

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Contrato de inclusión fonográfica. Contrato de intérprete. Relación entre el artista y el productor de fonogramas.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento

FECHA: 7-5-2009

JURISDICCIÓN: Arbitral

FUENTE: Texto digitalizado del laudo, cortesía del Tribunal de Arbitramento

OTROS DATOS: Omar Gelles Suárez vs. EMI MUSIC S.A.

SUMARIO:

“La celebración de un contrato entre un productor de fonogramas y un intérprete, ... es una institución jurídica propia de la regulación del derecho privado, convenio con el que se pretende reglamentar la inclusión en un fonograma de las interpretaciones de obras musicales de un artista intérprete, mediante su comercialización mediante el reconocimiento de una remuneración y otra serie de condiciones y estipulaciones”.

[...]

“En este tipo de contratos existe una enorme coincidencia de intereses entre el productor del fonograma y el artista intérprete, los que deben de ir de la mano en la promoción de la música grabada, en el acrecentamiento de la imagen personal del intérprete, en su trasegar por los medios de comunicación para darle a conocer al público consumidor el resultado de esa simbiosis artística entre productor e intérprete que es el fonograma. Un quebrantamiento de esta relación sería desventajoso para los resultados económicos de la misma; el uno necesita del otro en el logro de los fines del contrato. Confianza, credibilidad, honestidad contractual y buena fe son indispensables en el desarrollo del contrato. Un desajuste de estos valores, en especial hacia la fidelidad del vínculo contractual, sería desastroso para la relación de estos dos titulares cuyas aportaciones confluyen en las producciones de fonogramas”.

[...]

“Todo contrato, siempre, debe corresponder a un acuerdo que debe contener la manifestación de la voluntad real de los contratantes y solo hay contrato cuando las partes así lo han querido y pactado en forma expresa”.

“Los contratantes, una vez hayan acordado sus términos, quedan obligados a ejecutarlo y

cumplirlo conforme a lo que han querido, aceptado y pactado, pues es por virtud de ese acuerdo que el contrato adquiere entre ellos fuerza obligatoria, por aplicación del principio del respeto recíproco a la palabra dada (PACTA SUNT SERVANDA)”.

“En nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra consagrado en el artículo 1602 del Código Civil”.¹

“De esta norma fluyen inequívocamente, a sentir del Tribunal, los siguientes principios:

1) El de la autonomía de la voluntad o libertad contractual que le permite a los contratantes pactar todo aquello que sea lícito y no resulte contrario a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres; 2) El de la intangibilidad o fuerza obligatoria que adquieren para los contratantes las estipulaciones contenidas en uno válidamente celebrado entre ellos; y 3) El del mutuo disenso o desistimiento, que le permite a los contratantes mediante una simple convención o acuerdo de voluntades, declarar nulas o desistir en todo o en parte de las obligaciones que asumieron”.

“Por ello es que todo contrato válidamente celebrado, que contenga los elementos esenciales previstos en la ley para su existencia y validez para generar obligaciones entre los contratantes (capacidad, consentimiento exento de vicio, y objeto y causa lícitos), deviene necesariamente en una convención plenamente vinculante para ellos, y solo producirá efecto entre ellos por virtud del principio de la relatividad de los contratos”.

“De esa fuerza obligatoria que le dan los contratantes al aceptarlo libremente es que deriva el principio de su intangibilidad, conforme al cual ninguno de ellos puede alterarlo o modificar unilateralmente las obligaciones que adquirió para con el otro, ni el Juez puede alterarlas bajo ningún pretexto, por más estrictas que ellas sean, pues el Juez al interpretarlo estará siempre obligado a indagar, en primer lugar y como ámbito de búsqueda de su finalidad jurídica, cuál fue la real voluntad y la verdadera intención de los contratantes al celebrarlo”.

“En uso de esa autonomía, los contratantes pueden, igualmente, limitar o agravar sus responsabilidades y pactar garantías o penas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a su cargo”.

COMENTARIO: Como regla general, las legislaciones que se han ocupado de regular específicamente al “contrato de inclusión en fonogramas” o de “inclusión fonográfica”, se refieren a aquel por el cual el autor de una obra musical autoriza a un productor de fonogramas mediante remuneración, a grabar o fijar una obra para reproducirla sobre un disco fonográfico, una banda magnética, un soporte digital o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción y venta de ejemplares, o alguna otra fórmula equivalente. Lo primero a destacar es que, al menos en la citada definición legal (y sin perjuicio del principio de la autonomía contractual), este convenio no configura una cesión de derechos, sino una autorización,

¹ El artículo 1.602 del Código Civil establece que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*” (Nota del Laudo).

es decir, una licencia de uso, mientras que lo segundo, es que los legisladores han querido tipificar un contrato entre el autor de una obra musical (con o sin letra) y el productor de la fijación sonora, pero resulta que también hay una inclusión fonográfica cuando la grabación contiene una prestación artística, como resultado de una relación convencional entre el productor y el artista intérprete o ejecutante (en contrato también conocido como “de intérprete”). Sin perjuicio de la aplicación a este último contrato, *mutatis mutandis*, de las disposiciones generales que en materia de explotación de las obras por parte de terceros contienen muchas leyes nacionales (por ejemplo, respecto de la presunción *iuris tantum* de onerosidad, así como de la interpretación restrictiva de los contratos y de la independencia de los derechos), también muchas de las previsiones legislativas atinentes al contrato de inclusión fonográfica entre el autor y el productor, son pertinentes en la vinculación entre este último y el artista intérprete o ejecutante, como por ejemplo, las indicaciones relativas a la identificación del artista y el productor, al sistema de remuneración pactado (aunque las condiciones o los porcentajes sean diferentes) y el plazo máximo dentro del cual deben hacerse los pagos periódicamente, la obligación del productor de rendir cuentas y la del derecho del artista a verificarlas, inclusive “mediante la inspección de comprobantes, oficinas, talleres, almacenes y depósitos, sea personalmente, a través de representante autorizado o por medio de la entidad de gestión colectiva correspondiente”. En todo caso, como lo resolvió otro laudo arbitral colombiano, “el contrato de intérprete, como tal, no está regulado en la Ley 23 de 1982 [sobre derecho de autor] ni tampoco dentro de nuestra legislación civil ni comercial. Pero esto no obsta para que podamos enmarcarlo dentro de otros contratos, a partir de un análisis de sus características particulares”². © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE OMAR
 GELLES SUAREZ vs. EMI MUSIC COLOMBIA
 S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de 2009

ÍNDICE

CAPITULO I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento
2. El pacto arbitral

3. Trámite inicial

- 3.1 Nombramiento del Tribunal
- 3.2 Instalación del Tribunal y sustitución de la demanda
- 3.3 Honorarios y gastos del Tribunal

4. La competencia del Tribunal

- 4.1 Las Partes y su representación
- 4.2 La demanda
 - 4.2.1 Los hechos en que se sustenta la demanda
 - 4.2.2 Las pretensiones
- 4.3. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal
- 4.4. Admisión de la demanda sustituida.
- 1.5 Contestación a la demanda y excepciones

² Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 28-2-2003.

5. Audiencia de Conciliación
6. Primera audiencia de trámite

7. Las pruebas del proceso
8. Término del proceso

- 5.4 Pretensión 5.4
- 5.5 Pretensión 5.5.

6. Sexta pretensión: el resarcimiento del daño moral
7. La objeción por error grave formulada frente al dictamen pericial por la parte convocante.
8. La tacha de la testigo Laura Mendoza
9. Costas

CAPITULO II. ALEGACIONES DE LAS PARTES

CAPITULO III. CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Protección jurídica del intérprete y del productor de fonogramas. Desarrollo en la ley.
2. La obligatoriedad e importancia del debido proceso.
 - 2.1 El principio de la necesidad probatoria como pilar fundamental en torno al cual se edifica el debido proceso.
 - 2.2. La necesidad de fallar sobre lo debatido.
 - 2.3 Conclusiones con respecto a la forma de la decisión.
3. El principio del "Pacta Sunt Servanda".

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1. Las pretensiones de la demanda
2. Primera y segunda pretensión: el incumplimiento del contrato y su resolución
3. La tercera pretensión: el daño emergente
4. Cuarta pretensión: nulidad de la expresión contenida en la cláusula octava
5. Quinta pretensión: lucro cesante

- 5.1 Pretensión 5.1
- 5.2 Pretensión 5.2
- 5.3 Pretensión 5.3

PARTE RESOLUTIVA

CAPITULO I ANTECEDENTES

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el nueve (9) de abril de 2008, el Señor OMAR GELLES SUAREZ, a través de apoderado designado para el efecto, formuló una demanda arbitral en contra de la sociedad EMI MUSIC COLOMBIA S.A.

2. El pacto arbitral

En el presente caso, el Tribunal advierte que el pacto arbitral está contenido en la cláusula décima octava del "Contrato de Intérprete Exclusivo" celebrado entre el Señor OMAR GELLES SUAREZ y la sociedad EMI MUSIC COLOMBIA SA., el treinta y uno (31) de agosto de 2005, cuya copia obra a folios 01 a 10 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente.

En la mencionada cláusula se estableció:

"DECIMA OCTAVA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación se resolverá por un Tribunal de arbitramento designado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio

de Santafé de Bogotá D.C., mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN MERCANTILES de dicha Cámara. El Tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres árbitros: b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN MERCANTILES DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ: c) El Tribunal decidirá en derecho: d) El Tribunal funcionará en Santafé de Bogotá D.C., en el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN MERCANTILES de la Cámara de Comercio de esta ciudad y e) el laudo deberá ser emitido en un plazo máximo de siete (7) meses de instalado el Tribunal.”

3. Trámite inicial

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado del señor OMAR GELLES SUAREZ, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C, procedió a invitar a las partes a una audiencia para la designación de los árbitros que habrían de fallar la controversia, mediante comunicaciones de fecha diez (10) de abril de 2008.

3.1 Nombramiento del Tribunal

De acuerdo con el pacto arbitral previamente referido, el nombramiento de los árbitros se realizó el veintidós (22) de abril de 2008, mediante la modalidad de sorteo público, habiendo sido designados los doctores Guillermo Zea Fernández, Fernando Triana Soto y Daniel Peña Valenzuela, quienes aceptaron el cargo dentro del término legal.

3.2 Instalación del Tribunal y sustitución de la demanda

Surtida la actuación que antecede, el Centro de Arbitraje y Conciliación invitó a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el día veintinueve (29) de mayo de 2008.

En dicha audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, se nombró como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas, y se ordenó informar de la Instalación del Tribunal a la Procuraduría General de la Nación.

Adicionalmente, se ordenó a la parte convocante aclarar sus pretensiones a efectos de determinar la cuantía del trámite arbitral.

El día cinco (5) de junio de 2008 el apoderado de la parte convocante presentó un escrito por medio del cual sustituyó la demanda inicial.

En audiencia de esa misma fecha, el Tribunal declaró que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria, el trámite se sometería al procedimiento contenido en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

3.3 Honorarios y gastos del Tribunal

En la audiencia que tuvo lugar el cinco (5) de junio de 2008, se llevó a cabo la fijación de gastos y honorarios del Tribunal.

La parte convocante depositó dentro del término que establece la ley lo que a ella correspondía. La parte convocada se abstuvo de hacerlo, por lo cual la parte demandante canceló lo que correspondía a la demandada, dentro del término que para el efecto establece el artículo 114 del Decreto 1818 de 1998.

Posteriormente, EMI MUSIC depositó a favor de Omar Gelles, las sumas que a ella correspondía,

según consta a folio 173 del Cuaderno Principal número 1 del expediente.

4. La competencia del Tribunal

Una vez finalizada la audiencia en que se fijaron los gastos y honorarios del trámite arbitral, el Tribunal procedió a invitar a las partes a la siguiente audiencia que tendría lugar el día primero (1) de julio de 2008.

En dicha audiencia, el Tribunal se pronunciaría sobre su competencia, para lo cual entró a estudiar la cláusula compromisoria antes transcrita, y, además, los siguientes aspectos, entre otros:

4.1 . Las partes y su representación

- a. Convocante: OMAR GELLES SUAREZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 77.024.994, domiciliado en la ciudad de Valledupar – Departamento del Cesar.

La parte convocante ha sido representada por apoderado reconocido dentro del proceso.

- b. Convocada: EMI COLOMBIA S.A., sociedad comercial con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida por escritura pública número 6468 de la Notaría Cuarta de Santafé de Bogotá, otorgada el 29 de julio de 1992, inscrita el 31 de julio de 1992 bajo el número 373282 del libro IX. La sociedad de la referencia cambió su nombre de EMI COLOMBIA S.A., por el de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., mediante escritura pública número 0041 de la Notaría Sexta de Santafé de Bogotá, otorgada el 6 de enero de 1999, inscrita el 20 de enero de 1999 bajo el número 664051 del libro IX. La representación legal de esta sociedad está en cabeza de su gerente general, Camilo Kejner. Todo lo anterior consta en

el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folio 014 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del expediente.

La sociedad convocada ha sido representada por apoderado reconocido dentro del proceso.

4.2 La demanda

El nueve (9) de abril de 2008, el apoderado de la parte convocante, radicó la demanda, la cual fue sustituida el día cinco (5) de junio del mismo año. La demanda sustituida contiene la identificación de las partes, los hechos, los fundamentos de derecho, las pretensiones y las pruebas solicitadas.

4.2.1 Los hechos en que se sustenta la demanda

A continuación se transcriben la relación de hechos contenida en la demanda:

“1.- El día 31 de agosto de 2005 se suscribió contrato de intérprete exclusivo, entre la sociedad EMI MUSIC COLOMBIA S.A., y el señor OMAR GELLES SUAREZ, en el cual EMI MUSIC COLOMBIA S.A. suscribió en calidad de Productor y el señor OMAR GELLES SUAREZ en calidad de intérprete. El objeto del citado contrato consignado en la cláusula primera se hizo consistir en:

“PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: EL INTERPRETE, siguiendo un plan artístico y técnico de EL PRODUCTOR, por cuenta y riesgo de éste último, interpretará obras musicales, elegidas según el criterio de EL PRODUCTOR quien consultará al artista y considerará sus deseos en el momento de escoger éstos trabajos musicales, que EL PRODUCTOR fijará por cualquier

proceso fonográfico o videográfico, o cualquier otra forma de fijación, inclusión, transmisión o acceso que pueda realizarse a través de medios analógicos, digitales, electrónicos o de cualquier otro sistema o tecnología creada o por crearse.

Las fijaciones sonoras e interpretaciones resultantes podrán ser destinadas por EL PRODUCTOR, en forma exclusiva para todo el sistema solar, en adelante denominado como “El territorio”, para su publicación, distribución, comercialización, puesta a disposición y explotación en general, en fonogramas y videogramas, o cualquier otra forma de fijación, inclusión, transmisión, disposición o acceso que pueda realizarse a través de medios analógicos, digitales o de cualquier otro sistema o tecnología creada o por crearse” (Negritillas nuestras).

“2.- Así mismo el literal a) de la cláusula séptima del contrato señala:

“SEPTIMA. OBLIGACIONES GENERALES: a). Durante la vigencia del presente contrato EL INTERPRETE se obliga a interpretar un mínimo de cuatro (4) producciones fonográficas de larga duración (...)(Subrayas y negritillas nuestras).

“3.- El término estipulado para la vigencia del contrato suscrito, se encuentra señalado en la cláusula décima quinta, la cual expresa:

“DECIMA QUINTA. VIGENCIA: El presente contrato entrará en vigencia el día 31 del mes de Agosto de dos mil cinco (2005), y tendrá una duración de cuatro (4) años, siempre y cuando se

hayan realizado y entregado las cuatro fijaciones objeto de este contrato. (...) Este contrato podrá ser terminado unilateralmente por EL PRODUCTOR a partir del SEGUNDO año de su vigencia, mediante comunicación dirigida a EL INTERPRETE, sin que por ello se causen daños, perjuicios o reclamaciones de ninguna naturaleza a favor de la (sic) intérprete, cuando a juicio exclusivo del productor éste considere que han mermado las calidades interpretativas a EL INTERPRETE o disminuya ostensiblemente en el mercado la demanda por las producciones de EL INTERPRETE o no se cumplan las metas de ventas proyectadas por EL PRODUCTOR (...)(Subrayas y negritillas nuestras.)

“4.- La cláusula sexta del citado contrato señala:

“SEXTA. OBLIGACIONES DEL PRODUCTOR: EL PRODUCTOR se obliga para con EL INTERPRETE a lo siguiente: a) A reservar el estudio de grabación, con el adecuado equipo técnico y artístico de producción y a contratar las orquestaciones o arreglos de las obras musicales pertinentes, excepto si estos son realizados directamente por EL INTERPRETE, cuando esta sea idónea para desarrollar tal labor musical. b) A realizar las fijaciones o grabaciones de las interpretaciones del INTERPRETE en estudios apropiados y debidamente equipados (con excepción de las grabaciones de espectáculos “en vivo”) y a reproducirlas en soportes de buena calidad, sustituyéndolas en los casos en que presenten defectos de fabricación debidamente comprobados...) (...)(Subrayas y negritillas nuestras).

“5.- A pesar de lo señalado en numeral anterior (literal b) de la cláusula sexta), a partir del 31 de agosto de 2005 el señor OMAR GELLES SUAREZ efectuó dos (2) de las cuatro (4) producciones contempladas en el contrato, producciones tituladas “El Vallenatón” y “Se Siente el Vallenato”, la última de las cuales fue recibida por EMI MUSIC COLOMBIA S.A. en el mes de mayo de 2006.

“6.- El señor OMAR GELLES SUAREZ, en virtud de lo anteriormente señalado, efectuó la elección de las canciones, los arreglos musicales para la interpretación de las mismas, contratación de las orquestaciones necesarias para su fijación en soporte físico, contratación del arte para la presentación de los discos compactos y finalmente la fijación de las canciones en soporte físico, de las dos (2) producciones anteriormente señaladas (“El Vallenatón” y “Se siente el Vallenato”), en su estudio privado de grabación OJS RECORD, ubicado en la ciudad de Valledupar – Departamento del Cesar, actividades que contractualmente estaban a cargo de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., pero que en el devenir del contrato se radicaron en cabeza del intérprete señor OMAR GELLES SUAREZ.

Su labor, en desarrollo del contrato, fue la de entregar a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. cada una de las producciones culminadas.

“7.- Las obligaciones del intérprete, pactadas en el contrato, en su cláusula quinta, son las siguientes:

“QUINTA. OBLIGACIONES DE EL INTERPRETE: EL INTERPRETE se compromete para con el productor a prestarle los servicios exclusivos descritos en la cláusula primera de este contrato y en especial:

a) A comparecer puntualmente, al lugar indicado por EL PRODUCTOR, con sus interpretaciones debidamente memorizadas y ensayadas.

b) A repetir sus interpretaciones tantas veces como sea necesario, hasta que EL PRODUCTOR las apruebe y considere que la fijación de su interpretación reúne las indispensables condiciones técnicas y artísticas para ser incorporadas definitivamente a su repertorio o catálogo fonográfico.

c) A no utilizar fragmentos de obras musicales, interpretaciones, ejecuciones o “tracks” de otros artistas en las fijaciones objeto del presente contrato, sin la autorización previa y por escrito del PRODUCTOR o del respectivo titular. En caso de incumplir lo anterior, EL INTERPRETE se obliga solidaria e ilimitadamente a pagar al tercero perjudicado las cantidades que de dicho uso se reclamen, y en caso de que dichas cantidades sean pagadas por EL PRODUCTOR, EL INTERPRETE acepta en este evento que EL PRODUCTOR lo descuente de cualquiera de las cantidades que se generen en su favor en desarrollo del presente contrato.

d) En consideración a que las obras interpretadas por EL INTERPRETE forman parte del repertorio fonográfico de EL PRODUCTOR, EL INTERPRETE se obliga a no interpretarlas para su fijación sonora o audiovisual para si mismo o para terceros durante un plazo no inferior a quince (15) años contados a partir de la terminación del presente contrato o de su última renovación si la hubiere. (...)

“8.- La contraprestación para el señor OMAR GELLES SUAREZ con ocasión del contrato de

intérprete exclusivo, se pactó en la cláusula octava en los siguientes términos:

“OCTAVA. REMUNERACIÓN: Como única remuneración o precio por la realización de sus interpretaciones, cesión de derechos y demás obligaciones exclusivas asumidas por EL INTERPRETE, se obliga EL PRODUCTOR a pagar a EL INTERPRETE, durante la vigencia de este contrato, los siguientes derechos artísticos (...)” Subrayas y negrillas nuestras.

Al respecto de la contraprestación se establece un sistema porcentual, escalonado, basado en la cantidad de unidades distribuidas por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., de igual manera se fija la remuneración para otras formas de distribución como obtención digital vía Internet o cualquier forma de distribución electrónica, precios de línea económica, etc.

“9.- El artículo 29 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 2 de la Ley 44 de 1993, señala que:

“Los derechos consagrados a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión tendrán la siguiente duración:

Cuando el titular sea persona natural, la protección se dispensará durante su vida y ochenta años más a partir de su muerte. (...)”

“10.- La expresión “durante la vigencia de este contrato” que contiene la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo suscrito el 31 de agosto de 2005, entre EMI MUSIC COLOMBIA S.A. y OMAR GELLES SUAREZ es violatoria del artículo 29 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo

2 de la Ley 44 de 1993.

“11.- En desarrollo del contrato de intérprete exclusivo EMI MUSIC COLOMBIA S.A. se encargó de efectuar unilateralmente la liquidación de los derechos de intérprete al señor OMAR GELLES SUAREZ.

“12.- No obstante la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo prescribe que el señor OMAR GELLES SUAREZ recibirá lo contemplado en ella como única remuneración a las obligaciones adquiridas en calidad de intérprete, el tercer inciso del literal “a” de la cláusula séptima señala:

“SEPTIMA. OBLIGACIONES GENERALES: a). (...) La primera producción tendrá un costo de Cuarenta Millones de Pesos (\$40.000.000) la segunda un costo de Setenta Millones de Pesos (\$70.000.000), la tercera un costo de Ochenta millones de pesos (\$80.000.000) y la cuarta un costo de Noventa Millones de Pesos (\$90.000.000)”

“Teniendo en cuenta que el señor OMAR GELLES SUAREZ se encargó de desarrollar la labor de producción de sus interpretaciones, toda vez que efectuó la primera fijación de las mismas en su estudio de grabación, EMI MUSIC COLOMBIA S.A. pagó, en adición a la liquidación de los derechos artísticos contemplada en la cláusula octava del contrato, las sumas de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) por la producción “El Vallenatón” y SETENTA MILLONES DE PESOS (\$ 70.000.000) por la producción “Se Siente el Vallenato”, tal como estaban establecidos los costos de producción en la cláusula séptima del contrato.

“13.- En cumplimiento del contrato suscrito, y tras el recibo y pago de las dos primeras producciones por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. el señor OMAR GELLES SUAREZ desarrolló la tercera producción denominada “20 Años de Historia”,

en las mismas condiciones en las que había desarrollado las producciones anteriores y el 16 de julio de 2007 emitió comunicación vía fax, dirigida al señor ALVARO JOSÉ RIZO QUINTERO, representante legal de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., para esa época, en la que le informa que la tercera producción contemplada en el contrato había sido terminada, y la coloca a libre disposición de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. para lanzarla al mercado y con ello darle cumplimiento al objeto del contrato. En la misma comunicación le solicita una respuesta por escrito de acuerdo con lo estipulado en el contrato.

“14.- Durante el mes siguiente a la remisión de la comunicación anteriormente referida, el señor OMAR GELLES SUREZ sostuvo reunión con el representante legal de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. (señor ALVARO JOSÉ RIZO QUINTERO) y la doctora LAURA MENDOZA, funcionaria de esta entidad, con el fin de hacer entrega de la tercera producción preparada en desarrollo del contrato, producción denominada “20 Años de Historia”, en dicha reunión los señores Rizo y Mendoza le manifestaron al señor OMAR GELLES SUAREZ la intención de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. de dar por terminado unilateralmente el contrato de intérprete exclusivo, suscrito el 31 de agosto de 2005.

“15.- Teniendo en cuenta que lo manifestado en la reunión no se dejó sentado por escrito, y que la cláusula décima quinta del citado contrato señala:

“(…) Este contrato podrá ser terminado unilateralmente por EL PRODUCTOR a partir del SEGUNDO año de su vigencia, mediante comunicación dirigida a EL INTERPRETE (…)”

“Y, que el literal “c” de la cláusula séptima, del contrato de intérprete exclusivo prescribe:

“Las comunicaciones y notificaciones previstas en este contrato serán cursadas

por medio de cable, telegrama, fax, e-mail, o carta dirigida a las direcciones consignadas en este instrumento, si la otra parte no hubiere comunicado por escrito otra dirección.”

“El 14 de septiembre de 2007, el señor OMAR GELLES SUAREZ envía comunicaciones, por medio de su apoderado, a CAMILO KEJNER, representante legal de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., y a la señora LAURA MENDOZA, requiriéndoles que se le manifestara “(…) si existe o no interés por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. de terminar unilateralmente el contrato de intérprete exclusivo suscrito con el señor OMAR GELLES SUAREZ el día 31 de agosto de 2005.”

“16.- El señor OMAR GELLES SUAREZ no recibió respuesta por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a la comunicación citada en el numeral anterior.

“17.- EMI MUSIC COLOMBIA S.A. remitió al señor OMAR GELLES SUAREZ un documento titulado “Acuerdo de Terminación Anticipada”, que en su parte establece como fecha de suscripción el día 23 de noviembre de 2007, cuyo contenido se hizo consistir en:

“PRIMERO: EMI MUSIC COLOMBIA S.A. y EL ARTISTA, a partir de la fecha de cancelación de todas las cuentas pendientes por pagar existentes entre las partes, convienen en la terminación anticipado (sic) o revocación del Contrato de Intérprete Exclusivo, sus modificaciones y adiciones, suscrito entre EMI MUSIC COLOMBIA S.A. y EL ARTISTA, quedando únicamente vigente entre las partes aquí firmantes, todos los derechos y obligaciones que en razón del contrato antes identificado deban permanecer vigentes, aún rescindido dicho contrato.

SEGUNDO: EL ARTISTA, por medio del presente documento declara expresamente que la firma EMI MUSIC COLOMBIA S.A., no queda nada a deberle por ningún concepto, relacionado con el contrato indicado en este documento, de acuerdo a la liquidación de regalías y conciliación de cuentas por pagar realizada entre las partes, por lo cual le otorga el más amplio finiquito que en derecho pueda darse, sin perjuicio de los derechos y publicaciones derivados del antes mencionado Contrato que permanecen vigentes en el territorio de Colombia” (Subrayas y negrillas nuestras)

“18.- El señor OMAR GELLES SUAREZ se abstuvo de firmar el documento remitido, a que alude el numeral anterior, ya que quien había manifestado su intención de dar por terminado el contrato de manera unilateral fue EMI MUSIC COLOMBIA S.A.; a cambio el señor OMAR GELLES SUAREZ, mediante comunicación vía fax remitida el 11 de diciembre de 2007, le manifiesta a EMI MUSIC COLOMBIA S.A.:

“(…) sigo esperando que me defina mi situación respecto del contrato de exclusividad que nos une, ya que el documento que me enviaste, habla de un acuerdo entre nosotros que nunca ha existido.

Yo sigo esperando que me definan ya que no tengo por que firmar ningún documento.”

“19.- EMI MUSIC COLOMBIA S.A., hasta la fecha se ha abstenido de recibir la tercera producción musical realizada por OMAR GELLES SUAREZ, en cumplimiento del contrato de intérprete exclusivo, suscrito el 31 de agosto de 2005, ocasionándole enormes perjuicios económicos al artista, como se

demostrará en el desarrollo del presente proceso. “20.- El señor OMAR GELLES SUAREZ incurrió en costos para la elaboración de la tercera producción titulada “20 Años de Historia”, producción que EMI MUSIC COLOMBIA S.A. no quiso recibir, según lo estipulado en el literal a), inciso tercero de la cláusula séptima del contrato de intérprete exclusivo suscrito el 31 de agosto de 2005.

“21.- Los costos de realización de la tercera producción se pactaron contractualmente en una cuantía de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000) al tenor de lo señalado en el literal a), inciso tercero, de la cláusula séptima del contrato de intérprete exclusivo que señala:

“La primera producción tendrá un costo de Cuarenta Millones de Pesos (\$40.000.000) la segunda un costo de setenta millones de pesos (\$70.000.000), la tercera un costo de ochenta millones de pesos (\$80.000.000) y la cuarta un costo de noventa millones de pesos (\$90.000.000)”

“22.- EMI MUSIC COLOMBIA S.A. no ha pagado al señor OMAR GELLES SUAREZ los costos de la tercera producción musical, denominada “20 Años de Historia”, por cuantía de ochenta millones de pesos (\$80.000.000).

“23.- El señor OMAR GELLES SUAREZ, dejó de percibir los ingresos correspondientes a las regalías por la distribución de la tercera producción, por el incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al no recibirla y no reproducirla para posterior comercialización.

“24.- El contrato suscrito contempla en su cláusula séptima la interpretación y pago de un mínimo de cuatro (4) producciones, como se citó anteriormente.

“25.- El incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. ocasiona que el señor OMAR GELLES

SUAREZ deja de percibir también y los ingresos por las regalías correspondientes a ésta.

“26.- El señor OMAR GELLES SUAREZ en virtud del incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al negarse a lanzar al mercado la tercera producción (denominada “20 Años de Historia”), pactada en el contrato de intérprete exclusivo, celebrado el 31 de agosto de 2005, no ha podido contratar las previsible presentaciones en vivo de dicha tercera producción, lo que le ha ocasionado graves perjuicios económicos.

“27.- El señor OMAR GELLES SUAREZ, derivado del incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., dejó de percibir las utilidades por valor de \$750.000.000,00, que pudo obtener sino se hubiese frustrado la celebración y ejecución del contrato de representación artística a suscribirse con NKLABE C.A., el cual contemplaba la ejecución de treinta (30) presentaciones del trabajo artístico correspondiente a la tercera producción, por valor de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) cada una; esto reiteramos debido a que no se lanzó la tercera producción contemplada en el contrato de intérprete exclusivo, por el incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A.

“28.- El señor OMAR GELLES SUAREZ , en cumplimiento de lo estipulado en el contrato de interprete exclusivo celebrado con EMI MUSIC COLOMBIA S.A., no ha podido contratar con terceros la interpretación de sus producciones, hasta tanto se libere de la exclusividad pactada con EMI MUSIC COLOMBIA S.A., y se le indemnice de los perjuicios derivados del incumplimiento de ésta. Al respecto el 15 de mayo de 2008 el señor Rafael Mejía de DISCOS FUENTES EDIMUSICA S.A. remitió comunicación al señor OMAR GELLES SUAREZ, en la que le manifiesta lo siguiente:

“Le recuerdo que seguimos esperando la carta de libertad artística, de la cual hemos venido hablando en el transcurso

de nuestras conversaciones. Esto como requisito fundamental para dar por terminado la negociación verbal de la vinculación a nuestra Compañía de sus productos vallenatos. Esperamos recibir dentro de los próximos 15 días la notificación de la carta de libertad por parte suya., de no recibirla daremos por terminado cualquier principio de negocio dejándolo en libertad para futuras negociaciones con quien usted estime conveniente. (...) “

“29.- EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al negarse a efectuar el lanzamiento de la tercera producción y consecuentemente de la cuarta producción, contempladas en el contrato de intérprete exclusivo, celebrado el 31 de agosto de 2005, le ha ocasionado a OMAR GELLES SUAREZ perjuicios morales, toda vez que su nombre artístico se ha visto afectado al disminuir su actividad por la ausencia de lanzamiento de nuevas producciones al mercado y la imposibilidad de hacer presentaciones en vivo de dichas nuevas producciones.

“30.- EMI MUSIC COLOMBIA S.A. ha sido renuente a recibir la tercera producción denominada “20 Años de Historia” ejecutada por el señor OMAR GELLES SUAREZ o a manifestar su voluntad unilateral de terminación del contrato de interprete exclusivo suscrito.”

4.2.2 Las pretensiones

En la demanda reformada se formularon las pretensiones que se transcriben a continuación:

“1. Que se declare que EMI MUSIC COLOMBIA S.A. incumplió el contrato de interprete exclusivo suscrito con el señor OMAR GELLES SUAREZ el 31 de agosto de 2005.

“2. Que como consecuencia de lo anterior se declare la resolución del contrato de intérprete exclusivo

celebrado el 31 de agosto de 2005 entre las mismas partes.

“3. Que como consecuencia de la declaratoria de resolución del contrato de intérprete exclusivo suscrito el 31 de agosto de 2005 con el señor OMAR GELLES SUAREZ, por incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., se condene a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al pago a favor de OMAR GELLES SUAREZ del daño emergente a éste ocasionado, por concepto de los costos de la tercera producción (denominada “20 Años de Historia”), por valor de ochenta millones de pesos m/l (\$80.000.000).

“4.- Que se declare la nulidad del aparte “durante la vigencia de este contrato” contenida en la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo celebrado el 31 de agosto de 2005, entre EMI MUSIC COLOMBIA S.A. y OMAR GELLES SUAREZ, por ser violatoria del artículo 29 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 2 de la Ley 44 de 1993.

“5. Que como consecuencia de la declaratoria de resolución del contrato de intérprete exclusivo suscrito el 31 de agosto de 2005 con el señor OMAR GELLES SUAREZ, por incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., y de la declaratoria de nulidad de la expresión “durante la vigencia de este contrato” contenida en la cláusula octava del mismo, se condene a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al pago del lucro cesante ocasionado a OMAR GELLES SUAREZ, por los siguientes conceptos:

“5.1.- Liquidación de los derechos artísticos o regalías pactadas en la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo, correspondientes a la primera y segunda producción (“El Vallenatón” y “Se Siente El Vallenato”), del período comprendido entre el 31 de agosto de 2005 hasta la fecha en que se dicte laudo arbitral, y que no hayan sido pagados por EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a OMAR GELLES SUAREZ, según el dictamen que se solicita al respecto.

“5.2.- Las sumas correspondientes a las liquidaciones semestrales, que se causen con posterioridad al laudo arbitral, de los derechos artísticos o regalías de la primera y segunda producción (“El Vallenatón” y “Se Siente El Vallenato”), pactados en la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo, que se deberán pagar durante la vida del artista y ochenta años más, según el artículo 29 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 2 de la Ley 44 de 1993.

“5.3.- La suma correspondiente a la estimación de los derechos artísticos o regalías que debe pagar EMI MUSIC COLOMBIA S.A. por la tercera producción (“20 Años de Historia”), durante la vida del artista y ochenta años más, conforme al cálculo que para estos efectos determine el dictamen solicitado en el acápite de pruebas.

“5.4.- La suma correspondiente a la estimación de los derechos artísticos o regalías que debe pagar EMI MUSIC COLOMBIA S.A. por la cuarta producción, durante la vida probable del artista más ochenta (80) años, a favor de OMAR GELLES SUAREZ, según dictamen pericial que se solicita para estos efectos.

“5.5.- La suma de setecientos cincuenta millones de pesos m/l (\$750.000.000) por las utilidades dejadas de percibir al no poderse celebrar y ejecutar el contrato de representación artística con la sociedad NKLABE C.A., debido al incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. respecto de tercera producción (denominada “20 años de Historia”).

“6.- Que como consecuencia del incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. se condene a ésta al pago a favor del señor OMAR GELLES SUAREZ, de la suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios extrapatrimoniales por el menoscabo de su nombre artístico.

“7.- Que se condene a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al pago de las costas incluidas las agencias en

derecho.”

4.3 Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal

En primer lugar, el Tribunal reiteró que de acuerdo a la Cláusula Compromisoria, este proceso debía sujetarse al Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y de acuerdo con el mismo, el Tribunal procedía a pronunciarse sobre su competencia únicamente con base en la demanda y sus anexos, sin que hasta ese momento se hubiese trabado la litis procesal.

Así, el Tribunal consideró que la cláusula compromisoria contenida en el Contrato con base en el cual se convocó el trámite, se ajusta íntegramente a los límites materiales para asunción de competencia previstos tanto en el artículo 116 de la Constitución Política, como en los artículos pertinentes de la Ley 270 de 1996, de la Ley 446 de 1998 y en los términos de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

4.4. Admisión de la demanda sustituida.

Luego de haberse avocado competencia, el Tribunal admitió la demanda presentada por el apoderado del Señor OMAR GELLES SUAREZ, y corrió traslado de la misma a la parte convocada, por el término legal dispuesto en el artículo 10° del Reglamento de Procedimiento Prearbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

4.5 Contestación de la demanda y excepciones

Dentro del término legal, el apoderado de la parte demandada presentó la contestación de la demanda, en la cual se pronunció de fondo sobre los hechos, las pretensiones, las pruebas solicitadas y aportadas por el demandante, pidió pruebas, y propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. *Inexistencia de la obligación a cargo de EMI.*
2. *Cumplimiento del contrato por parte de EMI. Pago.*
3. *No hay mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de EMI.*
4. *Falta de causalidad entre el supuesto daño y cualquier conducta u omisión de EMI.*
5. *Culpa de la víctima.*
6. *Violación al principio de Buena Fe por parte del señor Omar Gelles.*
7. *Excepción de contrato no cumplido.*
8. *No existe causal alguna de nulidad.*
9. *Cualquier otra que el Tribunal encuentre probada*

De las excepciones de la contestación se corrió traslado, término dentro del cual el apoderado de la parte convocante solicitó pruebas.

5. Audiencia de conciliación

Mediante auto del cinco (5) de agosto de 2008, que consta a folio 174 del Cuaderno Principal número 1 del expediente, se fijó fecha para una audiencia de conciliación, y se dispuso que en caso de que fracasara se daría inicio a la primera audiencia de trámite.

El dos (2) de septiembre de 2008, de acuerdo a lo programado se llevó a cabo la audiencia de conciliación sin que se lograra llegar a un acuerdo, por lo cual, el Tribunal declaró fracasado el intento conciliatorio y ordenó continuar con la primera audiencia de trámite.

6. Primera Audiencia de Trámite

En la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el dos (2) de septiembre de 2008, el Tribunal procedió a resolver sobre las pruebas pedidas por las partes.

7. Las pruebas del proceso

Según Acta No. 6, que consta a folios 183 y

siguientes del Cuaderno Principal número 1 del expediente, el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegadas por las partes

Se ordenó tener como pruebas los documentos relacionados en la demanda sustituida que aparecen a folios 82 y 83 del Cuaderno Principal número 1 y que fueron anexados con la demanda inicialmente presentada; un CD “donde consta la denominada tercera producción ‘20 años de historia’; y los documentos relacionados y anexados en la contestación de la demanda que aparecen a folios 121 y siguientes del Cuaderno Principal número 1 del expediente.

Documental oficios

El Tribunal decretó librar los siguientes oficios solicitados por la parte convocante:

1. A EMI MUSIC COLOMBIA S.A.: Se elaboró oficio el diez (10) de septiembre de 2008, cuya copia obra a folios 187 y 188 del Cuaderno Principal del expediente. El día veintidós (22) de septiembre de 2008, durante la audiencia de exhibición de documentos a cargo de la parte convocada, el Tribunal determinó que los documentos solicitados en el oficio habían sido exhibidos e incorporados al expediente.
2. A la Cámara de Comercio de Bogotá: Se elaboró oficio el diez (10) de septiembre de 2008, cuya copia obra a folio 190 del Cuaderno Principal número 1 del expediente. La respuesta a dicho oficio se recibió el 15 de septiembre de 2008 según consta en el Acta No. 9 del veinticuatro (24) de septiembre de 2008

que obra a folio 060 del Cuaderno de Pruebas número 1.

3. A ACINPRO: Se solicitó en escrito de aclaraciones y complementaciones presentadas por el apoderado de la parte convocante al dictamen de la perito Ana Matilde Cepeda, el Tribunal lo decretó en audiencia del dos (2) de diciembre de 2008, y se no se recibió respuesta.

Interrogatorios de parte

- Al demandante, OMAR GELLES SUAREZ: Fue practicado en audiencia del veinticuatro (24) de septiembre de 2008, según consta en el Acta No. 9 del Cuaderno Principal número 1 del expediente, y cuya transcripción consta a folio 227 y siguientes del Cuaderno de Pruebas.
- Al representante legal de EMI MUSIC COLOMBIA S.A, doctor Enrique Vélez Román, fue practicado en audiencia del veinticuatro (24) de septiembre de 2008, según consta en el Acta No. 9 que obra en el Cuaderno Principal número 1 del expediente, y cuya transcripción obra a folios 222 a 226 del Cuaderno de Pruebas.

Inspecciones Judiciales con exhibición de documentos

- Exhibición de documentos a cargo de EMI MUSIC COLOMBIA: Durante la audiencia del (2) de septiembre de 2008, el Tribunal decretó la exhibición de documentos por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. en la sede del Tribunal. Y frente a la solicitud de inspección judicial el Tribunal determinó que se pronunciaría posteriormente.

En audiencia del veintidós (22) de septiembre

de 2008 se llevó a cabo la exhibición de documentos por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., tal como consta en el Acta No. 7.

El apoderado de la parte convocante desistió de la inspección judicial a EMI MUSIC y el Tribunal aceptó el desistimiento.

- Exhibición de documentos a cargo de OMAR GELLES SUAREZ:

En audiencia del veintidós (22) de septiembre de 2008 se llevó a cabo la exhibición de documentos por parte de OMAR GELLES SUAREZ, tal como consta en el Acta No. 7.

El apoderado de la parte convocada desistió de la inspección judicial a la sede contable de Omar Gelles en la misma audiencia de exhibición de documentos, y el Tribunal aceptó tal desistimiento.

Dictámenes Periciales

El apoderado de la parte convocante solicitó un dictamen pericial, para el cual el Tribunal nombró como perito a la señora Ana Matilde Cepeda, quien se posesionó el (22) de septiembre de 2008. En la audiencia de posesión el apoderado de la parte convocante solicitó ampliar el cuestionario formulado, y así mismo, el Tribunal decretó de oficio una ampliación adicional del mismo, como consta en el Acta No. 7 que obra a folio 193 y siguientes del Cuaderno Principal del expediente.

El dictamen pericial fue presentado dentro del término legal, y obra a folios 188 y siguientes del Cuaderno de Pruebas. Del mismo se corrió traslado el veinte (20) de noviembre de 2008. El apoderado de la parte convocante presentó escrito solicitando la aclaración y complementación del dictamen el día veintiséis (26) de noviembre de 2008.

El Tribunal en Acta No. 12 del dos (2) de diciembre de 2008 ordenó a la perito aclarar y complementar el dictamen, y a su vez oficiar a ACINPRO para que enviara al proceso la información solicitada por la perito en su dictamen.

La perito presentó dentro del término las aclaraciones, de las cuales se corrió traslado a las partes. El apoderado de la parte convocante objetó por error grave el dictamen y solicitó nuevas pruebas. Del escrito de objeción se corrió traslado en los términos del numeral 5 del artículo 238 del C.P.C., en auto del quince (15) de enero de 2009.

En el término de traslado de la objeción el apoderado de la parte convocada presentó escrito en el que solicitó negar por improcedente la objeción por error grave formulada por la parte convocante.

Mediante auto del nueve (9) de febrero de 2009, el Tribunal se pronunció sobre el escrito de objeción al dictamen, anticipando que de acuerdo a lo establecido al numeral 6 del artículo 238 del C.P.C el Tribunal se pronunciaría sobre la objeción únicamente al dictar laudo.

En lugar de decretar otro dictamen como prueba de la objeción, el Tribunal ordenó a la perito Ana Matilde Cepeda aclarar y complementar el dictamen en relación con los puntos en los que se fundamentó la objeción en los términos del Acta No. 14, y que aparece a folios 255 y 256 del Cuaderno Principal del expediente.

Finalmente, las aclaraciones y complementaciones al dictamen fueron presentadas el dieciséis (16) de febrero de 2009, corriendo el término de traslado en silencio.

Testimonios

Los testimonios decretados por el Tribunal, se practicaron de la siguiente forma:

- *El testimonio del señor Daimer Javier Sierra, se llevó a cabo el veintidós (22) de septiembre de 2008, según consta en el Acta No. 7. La transcripción de su declaración obra a folios 257 a 263 del Cuaderno de Pruebas del expediente.*
- *Los testimonios de los señores Álvaro José Rizo, Richard Eliseo Peña Martínez, Jorge Mario Gutiérrez Zequeda y Laura Mendoza Sánchez se llevaron a cabo el veintidós (22) de septiembre de 2008, según consta en Acta No. 8.*

Durante el testimonio rendido por la señora Mendoza, ésta aportó documentos que fueron incorporados al expediente y constan a folio 175 y siguientes del Cuaderno de pruebas. Terminada la declaración, el apoderado de la parte convocante formuló tacha de testigo.

Las transcripciones de las declaraciones obran a folios 264 a 270, 243 a 249, 271 a 274, y 250 a 256 del Cuaderno de Pruebas del expediente, respectivamente.

- *Los testimonios de los señores Britt Fernando Amador Donado, Enrique Vélez Román, Eric Bautista Escobar González, Wilfran Castillo Utria, se llevaron a cabo el veinticuatro (24) de septiembre de 2008, según consta en Acta No. 9 del Cuaderno Principal número 1. Las transcripciones de las declaraciones obran a folios 234 a 242, 222 a 226, 216 a 221, y 208 a 215 del Cuaderno de Pruebas, respectivamente.*

En esta misma audiencia el apoderado de la parte convocada manifestó que desistía del testimonio del señor Diego Padilla.

8. Término del proceso

De acuerdo con la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Interprete Exclusivo en su literal e) establece: “el laudo deberá ser emitido en un plazo máximo de siete (7) meses de instalado el Tribunal. Teniendo en cuenta que el Tribunal se instaló en audiencia del veintinueve (29) de mayo de 2008, el término del proceso vencería el veintinueve (29) de diciembre de 2008.

Sin embargo, de acuerdo con las solicitudes de las partes que obran a folios 243 a 246 del Cuaderno Principal del expediente, el término del Tribunal fue prorrogado por seis meses contados a partir del veintiuno (21) de enero de 2009, según aparece en auto del quince (15) de enero de 2009 que obra a folio 247 del Cuaderno Principal.

Conforme a lo enunciado, el término del proceso arbitral vence el veintiuno (21) de julio de 2009, y por tanto, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

Capítulo II

ALEGACIONES DE LAS PARTES

El día treinta y uno (31) de marzo de 2009, tuvo lugar la audiencia de alegaciones finales.

El apoderado de la parte convocante presentó verbalmente su alegato de conclusión y la transcripción fue incorporada al expediente.

El apoderado de la parte convocada presentó un resumen escrito de sus alegaciones, el cual fue incorporado al expediente.

El alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandante se resume como sigue:

En primer lugar, afirmó que se acreditó la existencia del contrato celebrado entre la sociedad EMI MUSIC Colombia S.A. y el señor Omar Gelles Suárez suscrito el 31 agosto de 2005, cuyo objeto incorporaba la realización de cuatro producciones fonográficas de

larga duración, como una obligación del intérprete que consecuentemente aparejaba para EMI la grabación de esas producciones fonográficas, su lanzamiento al mercado y las demás obligaciones derivadas de su calidad de productor.

En el contrato se pactó una remuneración para el intérprete por concepto de regalías, así como el pago de los costos y gastos de cada producción. En particular, para la tercera producción, se estableció el valor de ochenta millones de pesos (\$80.000.000) por concepto de costos.

Adicionalmente, quedó demostrado que el intérprete presentó la tercera producción a EMI, pero no fue recibida por haber decidido esta empresa terminar unilateralmente el contrato celebrado, siguiendo instrucciones de la casa matriz.

Sin embargo, la terminación unilateral sólo estaba autorizada transcurridos dos años a partir de la firma del contrato, plazo que no se había cumplido aún, de manera que EMI tendría que indemnizar al demandante como consecuencia de la mencionada terminación.

Se plantea además, que EMI propuso al demandante dolosamente terminar de común acuerdo el contrato y renunciar a las prestaciones a las que tenía derecho. El demandante se negó a acceder al planteamiento de EMI y tuvo que iniciar el presente proceso arbitral.

De otra parte, EMI también incumplió sus obligaciones en cuanto a la primera y segunda producción, puesto que las labores a su cargo debieron ser asumidas por el demandante.

Así, los incumplimientos alegados dan lugar a que se declare la resolución del contrato celebrado entre las partes.

En cuanto a la indemnización derivada del incumplimiento, ella corresponde a los costos de la

tercera producción, por valor de ochenta millones de pesos, como daño emergente y por concepto de lucro cesante, a las regalías que se derivaran de la tercera y cuarta producción que se liquidan de acuerdo con lo devengado por la primera y segunda producción, en los términos calculados en el dictamen pericial.

Adicionalmente, EMI debe seguir pagando las regalías por concepto de las producciones primera y segunda por la vida del artista y ochenta años más, así como la pérdida de oportunidad por no haber lanzado al mercado la tercera producción, que se tradujo en la imposibilidad de suscribir el contrato con la empresa venezolana Nclave C.A.

De otra parte, el hecho de no haber lanzado la tercera producción se tradujo en que el demandante no fuera contratado para realizar presentaciones en vivo y su imagen y popularidad decayeran, perjuicios que no obstante ser futuros tienen el carácter de ciertos y previsibles.

En cuanto al perjuicio extrapatrimonial o daño moral está referido a que el incumplimiento del contrato por parte de EMI dio lugar a que fueran contratadas escasas presentaciones en vivo, a que dejara de sonar en la radio y a la frustración del contrato con la firma Nclave.

Adicionalmente, se solicitó la declaratoria de nulidad de la cláusula del contrato que se refiere a que el pago de las regalías se efectuaría durante la vigencia del contrato, puesto que tal disposición contraviene lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 2º de la Ley 44 de 1993, en cuanto dispone que debe pagarse durante la vida del artista y ochenta años más.

Finalmente, EMI nunca otorgó la “carta de libertad” al demandante, documento que en el medio se requiere para acreditar que no existe compromiso vigente con una casa disquera, de manera que el artista se encuentra en libertad de contratar con

otra, circunstancia ésta que confirma que el contrato celebrado con EMI se encontraba vigente.

Esto último, si se tiene en cuenta que EMI no podía terminar unilateralmente el contrato puesto que, además de no haber transcurrido los dos años a partir de la firma del contrato, no se cumplieron las otras condiciones pactadas para que la terminación unilateral fuera procedente.

Con fundamento en tales alegaciones se solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

El alegato de conclusión del apoderado de EMI se resume como sigue:

Se hace referencia a las excepciones formuladas y a la forma en que a su juicio quedaron demostradas, como sigue:

Inexistencia de la obligación a cargo de EMI

Afirma el apoderado de EMI que esta empresa tenía la plena potestad de no llevar a cabo la tercera producción, de manera que “Ninguna prueba obra dentro de estas actuaciones que permita concluir, ni remotamente inferir, que la denominada tercera producción fue realizada por orden, con la instrucción o aprobación de EMI.”

Agrega que “en el contrato no se menciona alguna periodicidad para la realización de las producciones, ni obra prueba que el convocante hubiera informado su iniciación o realización previo a haber asumido cualquier pago o compromiso frente a terceras personas...”

De la misma manera considera que “la pretensión de 750 millones de pesos por la supuesta no realización de un contrato de representación artística o la realización de conciertos y presentaciones públicas está por fuera de cualquier discusión por su impertinencia, porque esa no era la materia del contrato ni EMI tenía alguna obligación que tuviera que ver con las presentaciones del artista en vivo,

conciertos o similares actividades.”

A este respecto manifiesta además que el testimonio de Richard Peña, en relación con la pérdida de oportunidad, presenta “no pocas inconsistencias” pues “el mismo deponente señala que la salida de una nueva producción no era garantía de posicionamiento del artista.”

Cumplimiento del contrato por parte de EMI

Afirma el apoderado de la parte convocada que “EMI Music Colombia S.A. ha dado estricto y cabal cumplimiento a todos y cada uno de sus compromisos contractuales para con el señor OMAR GELLES” (Sic). Agrega que ninguna responsabilidad se atribuyó a EMI en relación con las producciones fonográficas anteriores, cuyos resultados económicos fueron insuficientes frente a los gastos incurridos para su realización y que fue precisamente el mal resultado en las ventas lo que explica la falta de interés en una nueva producción.

El día 6 de junio de 2007, el representante legal de EMI, Álvaro Rizo Quintero, en presencia de Laura Mendoza y de Enrique Vélez, informó al demandante la intención de dar por terminado el contrato y le entregó un documento para ser suscrito por las dos partes, de forma que se eliminara el carácter de terminación unilateral por parte de la productora, circunstancia que podría ser desfavorable para el artista.

A continuación, se cruzaron comunicaciones para liquidar las cuentas y EMI siempre entendió que el demandante estaba libre para firmar contrato con otras compañías disqueras y así lo afirmó a quienes le preguntaron al respecto.

De otra parte manifiesta que “los propios testigos del Convocante refieren su baja presencia en medios desde un tiempo que supera el que refiere esta disputa...”

No hay mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de EMI.

Estima el apoderado de la parte demandada que no hay lugar a atribuir responsabilidad a EMI por no haber sacado al mercado una tercera producción por lo siguiente: 1. De conformidad con el contrato no existía obligación de sacar al mercado todas las producciones pactadas, pues incluso el productor podía dar por terminado el contrato; 2. No existía un plazo que obligara a EMI a llevar al mercado una tercera producción; 3. No había un plazo para utilizar los trabajos realizados por terceros para el demandante; 4. La ejecución del contrato estaba “atada” al éxito de los trabajos y las cifras de ventas de los trabajos del demandante estaban muy por debajo de los costos de producción; 5. Nada de lo hecho por EMI impedía que el demandante ofreciera esa tercera producción a cualquier otra persona, e incluso él mismo reconoció que EMI podía no sacar la tercera producción porque no le gustara.

Falta de causalidad entre el supuesto daño y cualquier conducta u omisión de EMI.

Afirma el apoderado de EMI que “No existe prueba alguna en el proceso de un daño cierto e imputable a EMI MUSIC Colombia S.A.” y agrega que no es posible atribuir responsabilidad a esa compañía por la no realización de conciertos cuando en el contrato no se pactó una obligación a ese respecto.

Culpa de la víctima

A este respecto manifiesta el apoderado de EMI que “La falta de una respuesta concreta a EMI, la supuesta realización de una producción no autorizada ni consentida por quien legal y contractualmente asumía el riesgo de su producción y contaba con las más amplias facultades para determinar su contenido, denotan que el señor GELES (Sic) provocó dolosamente una situación de la que ahora pretende derivar injustificados beneficios de tipo económico.”

Agregó que los posibles contratantes del demandante hubieran podido constatar con EMI que él se encontraba en libertad para explotar su tercera producción.

Excepción de contrato no cumplido

El objeto del contrato celebrado con el demandante incluía la participación de EMI en la producción, de forma que si EMI no orientó la realización de la tercera producción, ni participó en las decisiones para llevarla a cabo, el artista conocía el riesgo de la no aceptación de esa producción por parte de EMI y el pago de lo invertido en ella solo nacía como obligación si EMI la aceptaba, cosa que no ocurrió.

Para finalizar agrega que pretender que el cálculo de los derechos económicos del demandante se haga sobre la base del derecho de autor se aleja del contrato.

Con base en lo expuesto se solicitó “despachar negativamente las pretensiones de la convocante y fallar este proceso declarando la ausencia de responsabilidad de EMI Music Colombia S.A.”

Capítulo III

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

PRECISIONES PRELIMINARES:

Tres precisiones conceptuales que el Tribunal juzga como orientadoras en su decisión, son procedentes:

1. Protección jurídica del intérprete y del productor de fonogramas. Desarrollo en la ley.

La consagración, en 1887, en el Código Civil, capítulo IX, artículo 2064, del derecho de los “cantores”, es complementada luego en la ley 86 de 1946, en cuyo artículo 43 se disponía, con un cambio terminológico, un derecho a los intérpretes para ser remunerados por la comunicación pública de sus interpretaciones o por la grabación de ellas

en “disco”, película o cinta. Un avance legislativo de importancia para la época.

El legislador colombiano en 1982, acudiendo a su obligación de recoger en leyes los hechos sociales que evolucionan y los principios de los tratados internacionales, dictó un estatuto completo sobre derechos de autor y derechos conexos en el cual se dispone la titularidad de los derechos protegidos por esa ley, así:

“Artículo 4.- Son titulares de los derechos reconocidos por la ley:

- a) El autor de su obra;
- b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución;
- c) El productor, sobre su fonograma;
- d)”.

En nuestra legislación, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones (art. 166, *ibídem*). Gozan tales titulares, además, de idénticos derechos morales a los consagrados para los autores (art. 171), como son los de paternidad, de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de sus interpretaciones o ejecuciones, a conservarlas inéditas o a retirarlas de la circulación comercial bajo previa indemnización.

Los productores de fonogramas, por su parte, tienen consagrados los derechos de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, y a recibir, con el artista intérprete o ejecutante, una remuneración única y equitativa, por la comunicación pública de sus fonogramas.

Derechos semejantes y evolucionados en algunos de sus principios, se encuentran consagrados para

ambos titulares en la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones.

La normatividad nacional y la regulación de la citada Decisión 351 no se ocupan de reglamentar contrato alguno entre productor de fonogramas e intérprete, lo que constituye a tal acto jurídico en un contrato atípico o innominado.

La celebración de un contrato entre un productor de fonogramas y un intérprete, como el que es objeto del presente proceso, es una institución jurídica propia de la regulación del derecho privado, convenio con el que se pretende reglamentar la inclusión en un fonograma de las interpretaciones de obras musicales de un artista intérprete, mediante su comercialización mediante el reconocimiento de una remuneración y otra serie de condiciones y estipulaciones.

2. La obligatoriedad e importancia del debido proceso.

El debido proceso, consagrado material y sustancialmente como derecho fundamental en la Constitución Política (artículo 29), es el medio acordado socialmente para desarrollar la función jurisdiccional y la solución de las controversias. Su importancia se relaciona directamente con la seguridad jurídica y existencia del Estado, y en virtud de ello, se eleva al grado sumo de derecho esencial para la convivencia humana, “aplicable de forma obligatoria y preferente en cualquier actuación judicial”, sin que ello signifique o conduzca al desconocimiento o supremacía sobre el derecho sustancial, frente al cual se presenta como un medio para solucionar las “litis”.

Al respecto, el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil afirma: “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al aseverar: “La Corte debe afirmar

que las garantías procesales, derivadas del artículo 29 de la Constitución, obligan de manera directa y preferente”, y más adelante, afirma: “Por lo tanto, según lo dispone el artículo 85 de la Constitución, el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que, para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita.”³

2.1 El principio de la necesidad probatoria como pilar fundamental en torno al cual se edifica el debido proceso.

Uno de los principios y pilares básicos de ese derecho fundamental al debido proceso, es el principio de la necesidad probatoria, consistente en que cualquier hecho o acto jurídico que sustente un derecho, requiere de prueba o expresa presunción probatoria para ser reconocido y aplicado judicialmente. El derecho como tal existe sin su prueba, pero cuando es reclamado frente a terceros y especialmente frente a autoridades jurisdiccionales, la manera de establecer en los demás la propia conciencia individual sobre la existencia del derecho, es mediante la comprobación del mismo.

El principio procesal que se conoce como principio de la necesidad probatoria, que no es otro que aquel que contiene los conocidos principios del derecho romano *Da mihi facti, ego tibi ius*⁴ y *ius ex facto oritur*⁵, se ve plasmado a lo largo de la legislación en diversas normas. Debe señalarse en especial el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que reza: “Toda disposición judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

De este imperativo se deduce, por un lado, que las decisiones del juez siempre deberán cimentarse, sostenerse y fundamentarse en un sustrato probatorio, no pudiéndose preestablecer como cierto cualquier hecho o acto jurídico sin ser probado, y por otra parte, de esta norma se deduce que ese sustrato probatorio, conductor de la sana crítica del juez deberá ser parte y resultado del proceso, o sea que deberá haber sido allegado durante el desarrollo de la actuación procesal de acuerdo a las normas pertinentes.

Para complementar lo anterior debe mencionarse el artículo 304 del código de procedimiento civil que establece que cuando el juez falle, la motivación de su sentencia “deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales”.

Normalmente, las pruebas pretenden encaminar sus objetivos hacia la dilucidación y corroboración de los hechos que fundamentan la demanda. Así lo han entendido importantes tratadistas y doctrinantes del tema. “La finalidad de la labor probatoria es poner en claro si un determinado suceso (o situación) se ha producido realmente (...) Por regla general el objeto que se persigue con tales empeños son hechos⁶”. Sin embargo, las pruebas no siempre se deberán utilizar para probar hechos, en ocasiones son medios legales idóneos para probar actos jurídicos. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana continuamente: “Es deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho⁷”.

Obligatoriamente, en desarrollo del derecho fundamental del debido proceso, la autoridad judicial al momento de decidir la controversia, expresará su decisión con una argumentación

3 Corte Constitucional, Sentencia No C-217 de mayo 16 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 *Dame los hechos, que yo te daré el derecho.*

5 *El derecho nace de los hechos.*

6 DÖHRING ERICH, *La Prueba su práctica y apreciación*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pag 12)

7 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de agosto de 1946, LXI

lógica jurídica, basándose en la comprobación de los hechos y actos jurídicos que sostienen la existencia o inexistencia del derecho en conflicto. Esta argumentación deberá estar acompañada en todos sus segmentos, sin excepción, de elementos probatorios y razonamientos jurídicos.

Desde la primera afirmación o postulado del desarrollo secuencial racional que desarrolle el fallador, hasta la parte resolutive de la sentencia, deberán cimentarse en la ley y en las pruebas allegadas al expediente.

2.2 La necesidad de fallar sobre lo debatido.

Escudriñando precisamente en la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones judiciales, se establece por las normas procedimentales que la sentencia deberá decidir exclusivamente sobre lo pedido por las partes. Será este entonces el marco de acción del que no se podrán rebasar sus límites.

El juez tendrá entonces como lineamiento general para la sentencia una sana crítica guiada por el imperio de la ley, que, a pesar de su carácter volitivo, no podrá en ningún instante traspasar los límites de la controversia, esto quiere decir, lo debatido por las partes en el proceso, lo determinado específicamente por las pretensiones y sus correspondientes excepciones.

Al respecto el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil establece: “Congruencia: La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley.”

El juez entonces no podrá incurrir en lo que ha sido conceptualizado como incongruencias “ultra petita” y “extra petita”. La primera configurada cuando el fallador otorga más de lo que ha sido

pedido y la segunda suscitada cuando el juez decide sobre algo que no ha sido solicitado por las partes. La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en afirmar la necesidad que tiene el juez de no incurrir en este tipo de incongruencias, so pena de violar derechos fundamentales de las partes y la normatividad procesal. “La sentencia para ser congruente debe decidir sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no le habría dado oportunidad para contradecirlos. La inconsonancia de fallo se refiere a la falta de armonía o correspondencia que debe existir entre lo resuelto por el juzgador y lo que constituye la materia litigiosa, bien porque se condene a más o menos de lo pedido, bien porque se decide sobre algo a lo que no se refieren las súplicas de la parte actora⁸”.

2.3 Conclusiones con respecto a la forma de la decisión.

En conclusión, el presente Tribunal de Arbitramento que se estableció contractualmente para fallar en DERECHO, al emitir su laudo, estará, por un lado, sujeto a decidir sobre lo estrictamente pretendido y sobre las excepciones presentadas frente a ello, y por otra parte, dicha decisión deberá sustentarse en las pruebas debidamente aportadas al proceso y en los razonamientos eminentemente legales.

3. El principio del “Pacta Sunt Servanda”.

Todo contrato, siempre, debe corresponder a un acuerdo que debe contener la manifestación de la voluntad real de los contratantes y solo hay contrato cuando las partes así lo han querido y pactado en forma expresa.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de marzo de 1990, M.P. Eduardo García Sarmiento.

Los contratantes, una vez hayan acordado sus términos, quedan obligados a ejecutarlo y cumplirlo conforme a lo que han querido, aceptado y pactado, pues es por virtud de ese acuerdo que el contrato adquiere entre ellos fuerza obligatoria, por aplicación del principio del respeto recíproco a la palabra dada (PACTA SUNT SERVANDA).

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra consagrado en el artículo 1602 del Código Civil.⁹

De esta norma fluyen inequívocamente, a sentir del Tribunal, los siguientes principios:

1) El de la autonomía de la voluntad o libertad contractual que le permite a los contratantes pactar todo aquello que sea lícito y no resulte contrario a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres; 2) El de la intangibilidad o fuerza obligatoria que adquieren para los contratantes las estipulaciones contenidas en uno válidamente celebrado entre ellos; y 3) El del mutuo disenso o desistimiento, que le permite a los contratantes mediante una simple convención o acuerdo de voluntades, declarar nulas o desistir en todo o en parte de las obligaciones que asumieron.

Por ello es que todo contrato válidamente celebrado, que contenga los elementos esenciales previstos en la ley para su existencia y validez para generar obligaciones entre los contratantes (capacidad, consentimiento exento de vicio, y objeto y causa lícitos), deviene necesariamente en una convención plenamente vinculante para ellos, y solo producirá efecto entre ellos por virtud del principio de la relatividad de los contratos.

⁹ El artículo 1.602 del Código Civil establece que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

De esa fuerza obligatoria que le dan los contratantes al aceptarlo libremente es que deriva el principio de su intangibilidad, conforme al cual ninguno de ellos puede alterarlo o modificar unilateralmente las obligaciones que adquirió para con el otro, ni el Juez puede alterarlas bajo ningún pretexto, por más estrictas que ellas sean, pues el Juez al interpretarlo estará siempre obligado a indagar, en primer lugar y como ámbito de búsqueda de su finalidad jurídica, cuál fue la real voluntad y la verdadera intención de los contratantes al celebrarlo.

En uso de esa autonomía, los contratantes pueden, igualmente, limitar o agravar sus responsabilidades y pactar garantías o penas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Con estas premisas como guías orientadoras, entra el Tribunal a las siguientes

CONSIDERACIONES:

Cumplidos como se encuentran los presupuestos procesales y sin advertir causal alguna de nulidad, se procede a realizar el análisis de las pretensiones y excepciones de mérito de las partes, a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar sentencia, previos los siguientes análisis:

1. Las pretensiones de la demanda.

En su demanda, el convocante solicita, como pretensión primera, la declaración de incumplimiento del contrato celebrado con EMI MUSIC COLOMBIA S.A., (en adelante EMI o EMI MUSIC), el día 31 de agosto de 2005. Como consecuencia de la declaración anterior, en la pretensión segunda, solicita el convocante la resolución de dicho acuerdo de voluntades y el reconocimiento del daño emergente (pretensión tercera), por concepto de los costos de la tercera producción fonográfica titulada “20 Años de Historia”, por un valor de 80 millones de

pesos. Igualmente solicita, en la pretensión cuarta, la declaratoria de nulidad de la expresión contractual de la cláusula 8 del contrato que hace referencia a la remuneración debida “durante la vigencia de este contrato”, por considerarlo violatorio del artículo 29 de la ley 23 de 1982, modificado por el artículo 2 de la ley 44 de 1993. Luego, recogiendo las anteriores pretensiones, solicita, en la quinta, el reconocimiento del lucro cesante por concepto de liquidación de los derechos artísticos (5.1), correspondientes a las producciones primera y segunda, hasta la fecha en que se dicte laudo; los costos de la cuarta producción (5.2); (5.3) las liquidaciones semestrales que se causen con posterioridad al Laudo arbitral y “durante la vida del artista y ochenta años más”; en las pretensiones 5.4 y 5.5, solicita lo mismo de la pretensión 5.3 pero con respecto a la tercera y cuarta producción, definidas contractualmente. En la 5.6 reclama el reconocimiento de 750 millones de pesos por no haber realizado presentaciones públicas debido a la falta de lanzamiento comercial de la tercera producción “20 Años de Historia”. Finalmente, en la pretensión 6, solicita el reconocimiento de perjuicios morales que valora en 200 salarios mínimos legales y mensuales.

La empresa convocada, por su parte, interpone, fundamentándolas, las excepciones de mérito que denomina como (i) inexistencia de la obligación; (ii) cumplimiento del contrato, pago; (iii) inexistencia de mora en el cumplimiento de las obligaciones; (IV) falta de causalidad en el supuesto daño y cualquier conducta u omisión de EMI, (V) culpa de la víctima; (VI) violación al principio de la buena fe; y (VII) excepción de contrato no cumplido y (VIII) No existe causal alguna de nulidad.

No encuentra el Tribunal limitante jurídica alguna que le impida resolver la litis en los términos solicitados tanto en las pretensiones de la demanda como en sus excepciones, tal como quedó evidenciado en el auto en el que asumió competencia.

2. Primera y segunda pretensión: el incumplimiento del contrato y su resolución

En el cuaderno de pruebas número 1, a folios 01 a 010, aparece el texto del contrato que las partes celebraron con fecha de agosto 31 de 2005. En su cláusula primera se destaca el objeto del mismo, al definirse como una relación jurídica de interpretación por encargo de obras musicales “siguiendo un plan artístico y técnico de EL PRODUCTOR, por cuenta y riesgo de este último”, interpretaciones que serán fijadas o grabadas en diferentes soportes conocidos o por conocerse, para todo “el sistema solar” y con la finalidad de distribución o comercialización en diferentes modalidades.

Se ocupa luego el contrato en disponer la exclusividad de EL INTÉRPRETE, sus obligaciones, las de EL PRODUCTOR, otras “obligaciones generales” (Cláusula Séptima) en las cuales se destaca el reconocimiento de un precio fijo por la producción de cada una de las cuatro producciones de fonogramas contratadas, la remuneración por concepto de “derechos artísticos”, su forma de liquidación, el reconocimiento de la utilización secundaria, es decir, el derecho de comunicación pública que se causa a partir del uso público del fonograma comercial por parte de los usuarios de la música, la cesión de derechos, la vigencia del contrato, el control editorial de las obras musicales y el derecho de preferencia, entre otras cláusulas contractuales.

En este tipo de contratos existe una enorme coincidencia de intereses entre el productor del fonograma y el artista intérprete, los que deben de ir de la mano en la promoción de la música grabada, en el acrecentamiento de la imagen personal del intérprete, en su trasegar por los medios de comunicación para darle a conocer al público consumidor el resultado de esa simbiosis artística entre productor e intérprete que es el fonograma. Un quebrantamiento de esta relación sería desventajoso

para los resultados económicos de la misma; el uno necesita del otro en el logro de los fines del contrato. Confianza, credibilidad, honestidad contractual y buena fe son indispensables en el desarrollo del contrato. Un desajuste de estos valores, en especial hacia la fidelidad del vínculo contractual, sería desastroso para la relación de estos dos titulares cuyas aportaciones confluyen en las producciones de fonogramas.

Por mandato del artículo 1618 del Código Civil sobre la prevalencia de la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras, encuentra el Tribunal que en buena parte de lo acordado en el texto contractual, los contratantes cambiaron las normas escritas por otras diferentes aplicadas de hecho en la ejecución del contrato.

La lectura detenida del objeto de este acuerdo, en su sentido literal, como prueba documental aportada al expediente, contrasta con la prueba testimonial arrojada al proceso, especialmente por lo afirmado por el señor Álvaro José Rizo Quintero, quien ejerció con anterioridad las funciones de gerente de EMI MUSIC, firmante en tal calidad del contrato mencionado y ahora en su calidad de testigo, sin tacha alguna.

Afirma el señor Rizo Quintero, a folios 264 a 270 del cuaderno de pruebas #1, los siguientes hechos que el Tribunal, al darle plena credibilidad al testigo, desea resaltar:

En cuanto al conocimiento del intérprete por parte de EMI MUSIC:

“Venir acá para mí, es un poquito complicado pero conozco la ley y sé que tengo que decir la verdad de los hechos.

¿Cómo fue mi relación con el artista Omar Gelles? Llegó a mi en el 2003, 2004, con un disco, yo estaba en búsqueda de artistas, y Omar Gelles para mí era uno de

los artistas más importantes que hay en la industria del disco en su género vallenato, y para EMI era muy importante contar con este artista, porque era reconocido por sus ventas y reconocido también por su parte de composición, que para la compañía iba a ser..., tener un artista de esa calidad.

Mi relación con Omar Gelles durante todos estos años, hasta el año pasado, que lo vi la última vez, en junio de 2007, fue una relación de artista a compañía, o sea nunca, mi relación con él fue un poco más y mi amistad era una relación profesional, mi confianza en él era tan grande, que él llegaba con el disco, yo se lo recibía porque era un artista que uno sabe que lo trae es bueno”.

En cuanto al acuerdo de exclusividad:

“Hicimos primero un trato inicial con él, de un primer disco en licencia, y después hice todos mis esfuerzos, para firmarlo dentro de la compañía como artista exclusivo.

DR. ZEA: ¿En qué año fue ese contrato?

SR. RIZO: En el año 2005”.

En cuanto a la entrega o producción de los fonogramas:

“DR. ZEA: En ese relato nos ha dicho usted señor Rizo, que el señor Gelles, él llegaba con el disco. Cuéntenos, ¿qué quiere decir con esa expresión?

SR. RIZO: Con esa expresión quiero decir que la compañía tenía firmado 10 artistas, dentro de los cuales estaba Omar, con el resto de los artistas yo hacía un proceso de... artista repertorio desde el primer acorde del disco hasta que el disco estaba terminado.

Con Omar, justamente por mi confianza que tenía de él como artista, yo no estuve involucrado en el proceso de la grabación, como estaba involucrado con los otros artistas, estaba involucrado desde la parte cero del proyecto hasta que lo terminábamos y se lanzaba al mercado.

Omar yo lo veía casi cada año para este efecto, y cada año me llegaba con dos, primero con la primera producción que firmamos y la segunda producción que salió en el 2006, creo que fue, entonces era un artista que yo le permitía esa libertad, para hacer su disco, para grabarlo, para escoger las canciones, para todo este tema que era la producción del disco”.

En cuanto a la dirección artística y estudios de grabación de los fonogramas contratados:

“DR. ZEA: ¿Se le nombró un director artístico a él?

SR. RIZO: No, no nunca tuvimos un director artístico para él. Yo ejercía de director artístico de la compañía, pero en el caso de él yo no lo veía necesario.

DR. ZEA: ¿Quién seleccionó las canciones o repertorios más cerrados?

SR. RIZO: De los dos discos que lanzamos durante mi estadía en mis funciones en EMI, el me trajo los dos discos terminados, yo los escuché, me parecieron que eran buenos y tenía toda la calidad para venderlos y se los acepté.

DR. ZEA: ¿En qué estudio de grabación se realizaban estas grabaciones?

SR. RIZO: En unos estudios en Valledupar.

DR. ZEA: ¿De propiedad de quién?

SR. RIZO: Tengo entendido que eran de Omar. Nosotros no acordábamos un presupuesto de producción. Yo no tenía control sobre lo que él gastaba en la producción. Solamente acordábamos un precio por esa producción que incluía la parte gráfica, la parte de grabación.

En cuanto al número de producciones de fonogramas:

DR. ZEA: ¿Recuerda usted cuántas producciones se acordaron grabar durante la vigencia del contrato?

SR. RIZO: Entiendo que son cuatro, no estoy muy..., pero por lo generalmente los contratos que se firmaban con EMI, era por cuatro producciones.

En cuanto al término de entrega de cada producción de fonogramas:

DR. ZEA: Ha dicho usted que EMI tenía un catálogo de unos 10 artistas nacionales, cuénteles a este Tribunal, qué experiencia tenía usted en cuánto a cada cuánto tiempo se grababan esas producciones.

SR. RIZO: Era muy relativo, era dependiendo de cada artista, dependiendo del desarrollo y la evolución de cada artista. Cada artista podía grabar en un año, dos producciones dependiendo de cómo fuera. Había artistas que pasaban dos años sin grabar, porque por su trabajo tenían que hacer promociones en otros países, sobre todo en otros países, pero no se podía combinar la grabación con la promoción, pongo en estos dos casos, a Cabas y a Fonseca, los dos fueron artistas que fueron exitosos fuera del país y sus grabaciones tardaban un poquito más por ese hecho de que tenían que estar fuera, no

podían estar dedicados en la producción y a la promoción al mismo tiempo.

En cuanto a la terminación del contrato:

DR. ZEA: El contrato entre EMI Music y el señor Gelles, ¿terminó por alguna causa?

SR. RIZO: En el mes de febrero recibí.

DR. ZEA: ¿De qué año?

SR. RIZO: Del 2007, febrero de 2007, recibí una comunicación de la casa matriz de Londres, vía a la regional de nosotros en Miami, donde anunciaban una reestructuración total de la compañía, en esa reestructuración iban incluidos, reducción de empleados, y reducción del...artista, es como se le llaman a los artistas que están firmado.

En esa comunicación tenía que sacar a mes de marzo de 2007, que era el año de cierre de año fiscal, a 10 empleados y sacar a 3 artistas, y dentro de la lista que venía de la regional, estaba Omar Gelles.

DR. ZEA: Y como consecuencias de esas instrucciones, ¿qué realizó la empresa?

SR. RIZO: En el mes de junio, Omar llegó a la oficina.

DR. ZEA: ¿De junio de qué año?

SR. RIZO: De junio de 2007. Omar llegó a la oficina y pidió una reunión conmigo, yo tenía ya las instrucciones claras de la regional de que tenía que dar por terminado el contrato, pero no lo había hecho porque el contrato decía que se podía dar unilateralmente en la terminación del contrato, a partir de los dos años.

En marzo, cuando me llegó la comunicación, el contrato no había cumplido dos años, el contrato se firmo en agosto si no estoy mal, entonces cuando llegó Omar a la oficina en junio de 2007, yo le comuniqué a Omar la decisión que tenía la compañía de terminar. El venía con su producción ya lista, que yo ni siquiera escuche porque ya tenía instrucciones de dar por terminado su contrato, y le entregue una comunicación donde se le anunciaba la terminación de su contrato, él me manifestó que tenía que hacerlo revisar de sus abogados.

En cuanto a la posible terminación unilateral del contrato:

SR. RIZO: Yo le dije pues que sí, porque en junio todavía no estaba vencido, no estaba el plazo de los dos años en los cuales EMI podía dar por terminado el contrato, y eso fue a principio de junio de 2007, el 10 de julio de 2007 me despidieron, como les comenté no pude volver a entrar a la compañía, no pude darle seguimiento a lo que paso a partir de ahí.

DR. ZEA: Conforme a esa respuesta anterior, ¿debemos deducir que el señor Omar Gelles se enteró de la reestructuración interna de la empresa en esa reunión o él ya la conocía?

SR. RIZO: No lo sé, por mí se enteró en esa reunión.

DR. ZEA: Y ¿cuáles fueron las justificaciones que le dio la empresa para informarle que había que terminar el contrato con él?

SR. RIZO: ¿La justificación que le dio EMI para la terminar el contrato? Era una decisión de la regional y de Londres, para hacer una reestructuración donde no solamente se reducían empleados sino artistas.

DR. ZEA: Por favor busquemos en el expediente la carta.

DR. TRIANA: Se le pone de presente al testigo en esta instancia, el documento denominado acuerdo de terminación anticipada del contrato.

DR. ZEA: Le quiero preguntar señor Rizo, si ese es el documento que le envió la empresa al señor Gelles, después de la reunión que usted dice tuvo con él en donde le informó de la situación interna de la empresa.

SR. RIZO: No, este no es, este está firmado por Camilo.

En cuanto al precio de las producciones de fonogramas:

DR. ZEA: Le pregunto, en el contrato existían unas sumas que se le pagaban al señor Gelles, por cada disco de larga duración grabado e interpretado por él, ¿esa suma correspondía a todos los gastos de estudio, de arreglos, de músicos?

SR. RIZO: Sí.

DR. ZEA: ¿El señor Gelles tenía o no la obligación de rendir un estado de cuentas por lo que él había realizado?

SR. RIZO: No en este caso.

DR. ZEA: ¿Así ocurrió con los dos discos que fueron grabados?

SR. RIZO: ...es cierto.

En cuanto a instrucciones o políticas de grabación:

DR. ZEA: Ha dicho usted en sus respuestas que EMI grabó dos discos con la interpretación

del señor Gelles. Le quiero preguntar, con antelación a lo que usted llama la entrega del disco, ¿EMI le envió algunas instrucciones, algunos delineamientos, algunas políticas con relación a esas grabaciones de tiempo de entrega, de obras a grabar, en fin, él tuvo eso sobre los dos primeros discos?

SR. RIZO: No,

DR. PEÑA: ¿Ni siquiera un cronograma?

SR. RIZO: No, es que como les explicaba inicialmente, el género vallenato es completamente diferente a lo que se manejan los demás géneros. El género vallenato son discos de muy poquita duración, y al ser muy populares son discos que terminan de la vida útil del artista para ser muy locales.

No se manejan de la misma forma, ni con la misma, cómo me explico, o sea, cuando me sentaba con otro artista diferente a Omar, y me sentaba y hacíamos un cronograma de grabación, qué queríamos grabar, dónde queríamos grabar, cuánto lo de presupuesto que teníamos para grabar.

En cuanto al precio de las producciones:

SR. RIZO: En el caso de Omar, hablamos siempre desde el principio desde que se firmó el contrato, cuánto se pagaba por las producciones, entonces de acuerdo a lo que se veía en el mercado y a lo que había, sabíamos que esas producciones tenían un valor x, para sus grabaciones y para su entrega final, por esa razón nunca hicimos, ese proceso de la preproducción y de toda la definición. El disco valía x valor de dinero y ese era el que se le pagaba.

En cuanto a la fecha de entrega de la tercera producción:

DR. ZEA: Recuerda usted ¿en qué época del año aproximadamente el señor Omar Gelles, le entregó la tercera producción a EMI Music?

SR. RIZO: Pero es que realmente no me la alcanzó a entregar, porque fue justamente este día, el 6 de junio, que él llevaba la producción para entregármela, que más o menos coincidía con las fechas de sacar un producto vallenato que se saca a mitad de año, para que en diciembre esté funcionando a su mayor popularidad. Entonces él tenía el disco, el iba a entregarme ese día el disco, y yo le expresé con esta carta, el deseo de la compañía de dar por terminado el contrato. Yo no escuche el disco.

DR. PEÑA: ¿Pero usted sabía que el estaba en la producción del disco ya?

SR. RIZO: No.

DR. PEÑA: Y en las dos anteriores, como no había cronograma, ¿usted cómo se enteraba de que si estaba grabando o no estaba grabando, o qué monitoreo o auditoría de cumplimiento de la obligación contractual hacía EMI Music?

SR. RIZO: En el contrato no había estipulado ningún cronograma de entrega, y como se los explique al principio, Omar es un compositor, y un compositor está produciendo todo el tiempo, y creo que un artista y creo que ustedes lo deben saber, cuando sale un disco inmediatamente empiezan a trabajar en el próximo.

Era mucho más de tiempo, que de llevarle seguimiento, era saber que en determinada época del año ese disco tenía que estar listo, para que ese disco pudiera tener el tiempo suficiente para hacerle la promoción

y el desarrollo para que en diciembre, que era época fuerte de venta de discos, sobre todo este género vallenato que la gente lo baila, estuviera bien.

DR. PEÑA: ¿Y recuerda usted las fechas aproximadas en que le entrego Omar Gelles a EMI Music los dos trabajos discográficos anteriores?

SR. RIZO: No recuerdo exactamente las fechas, pero el primer disco me lo entrego justamente en agosto cuando firmamos el contrato, y el segundo disco no recuerdo bien, no lo tengo presente pero creo que puede ser por mismas fechas, cuatro, cinco meses antes de finalizar, antes de diciembre.

En cuanto a la fecha de entrega de las producciones de fonogramas:

DR. PEÑA: ¿Hizo una entrega al año?

SR. RIZO: Hizo una entrega al año, eso es lo que más o menos decía el contrato, que era un disco por año.

DR. PEÑA: ¿Qué razón podía tener EMI, si hay alguna de su conocimiento, para incluir a Omar Gelles en la lista que salía de su...?

SR. RIZO: Fue una decisión que no estuvo bajo mi cargo, yo no participé de ella, no conozco lo que motivó, ni siquiera la salida del personal que teníamos, ni siquiera me lo consultaron, siendo yo la persona que manejaba el personal, o sea las personas que se despidieron en marzo. Era gente que yo necesitaba dentro de la compañía y nunca me consultaron cuáles eran los artistas o los empleados que yo estaba de acuerdo que tenían que salir. Llegó una comunicación esto es lo que tiene que hacer y esto es parte de la reestructuración.

En cuanto a la causa de terminación del contrato:

DR. PEÑA: ¿A usted de alguna manera lo sorprendió el hecho de que estuviera Omar Gelles en esa lista, si compara uno con los resultados y todos los antecedentes que tenía y frente a otros artistas?

SR. RIZO: Es subjetivo, comparar a un artista. Si uno va por la parte artística, si me sorprendía. Cuando se iba a mirar la parte de ventas, que quiero dejar esto también claro, las ventas que hacía EMI de Omar, no sé el 60 o 70% las hacía él mismo en sus fiestas. Eso es ser un artista bastante bueno para la compañía, porque él mismo vendía sus productos, en sus bailes, en sus presentaciones, nosotros le vendíamos a él y el vendía en sus fiestas.

DR. PEÑA: Y un poco retrocediendo a la realidad del 6 de junio, ¿cuáles fueron los principales puntos, cómo se desarrollaron?

SR. RIZO: Lo poco que recuerdo es que eran momentos muy complicados, para una reunión muy corta. Yo le expliqué que esa era la decisión de la compañía y no recuerdo mucho, de qué hablamos en concreto, me habló del disco, que lo tenía listo, que quería que lo oyera Yo le dije no lo iba oír, que le recomendaba que mientras él hacía mirar la carta de terminación con el abogado, que fuera buscando otra compañía para que mirara la posibilidad de que su disco saliera al mercado.

En cuanto a la facultad unilateral de terminación del contrato:

DR. ZEA: Le quiero preguntar, en su relato usted nos ha dicho que en el contrato existía una facultad de...darlo por terminarlo en forma unilateral. ¿Es cierto?

SR. RIZO: Sí.

DR. ZEA: Le pregunto. En esa reunión del día 6 de junio, usted ha dicho que le entregó una carta de terminación, y ha reconocido una carta que se titula acuerdo de terminación anticipada del contrato, le pregunto ¿por qué razón se tomó esta determinación y no la de enviarle una carta de terminación unilateral?

No sé si me comprende usted la situación. Cuando es terminación unilateral la empresa le dice: terminó el contrato facultado en esta cláusula. Pero cuando es una terminación anticipada, las dos partes se ponen de acuerdo: yo quiero terminar y usted me da su consentimiento.

¿Me he explicado bien? En esta carta lo que uno da a entender es que la empresa le dijo: queremos terminar el contrato y necesito su consentimiento y le entregaron el documento.

Dr. Peña: ¿Le pregunto por qué razón o por qué la empresa no tomó la otra determinación de decirle unilateralmente que lo terminaba?

SR. RIZO: Yo entiendo y yo no soy abogado, yo entiendo que era un acuerdo, porque no se podía entregar la carta unilateral porque todavía no estaban los dos años, eso es lo que lo entiendo así, en junio faltaban dos meses para que fueran los años, el término que EMI podía dar por terminado unilateralmente el contrato, entonces se buscaba un acuerdo.

DR. PEÑA: Al interior de EMI, ¿quién era el que digamos le asesoraba a usted, o era el que le daba a usted el camino jurídico para tomar esa decisión?

DR. TRIANA: En esta instancia de la

diligencia ponemos de presente al testigo el documento, denominado contrato interprete exclusivo, en efecto en la última página aparece su firma, suscrito el 31 del mes de agosto de 2005 y ante Notario el 19 de septiembre del mismo año. Le pregunto señor Rizo lo siguiente:

Teniendo en cuenta su dicho anterior en que, en efecto, no se pudo entregar esa acta de terminación unilateral porque a su parecer no era el camino adecuado toda vez que no se habían cumplido dos años de vigencia del contrato, tal y como mandaba la cláusula de terminación unilateral, sírvase relatarle al despacho si el memorando que mandó la casa matriz de EMI, en marzo de 2007, traía algún tipo de instrucciones sobre indemnizaciones previas para ser pagadas a Gelles por ese mismo hecho de que no había cumplido los dos años de vigencia el contrato y había que terminarlo unilateralmente, o si por el contrario la instrucción es: tiene que evacuar los tres artistas y los 10 empleados sin que le cueste nada a la compañía.

SR. RIZO: Específicamente no fue una instrucción como lo menciona últimamente, la instrucción era cuando comienza la reestructuración en el 2006, finales del 2006, nos hicieron enviarle a todos toda la información de la compañía, todos los contratos, todas las posibles contingencias que tenía cada uno de los contratos que teníamos, todas las fechas de iniciación de todos los empleados y cuál podría ser en su momento la indemnización de cada uno de ellos, en este caso de Omar, no recuerdo que había ninguna provisión ni ninguna instrucción de indemnización.

DR. TRIANA: Tampoco...administración, y precíseme una fecha, yo creí que era en marzo 2007 que recibieron el memorando

de la reestructuración.

SR. RIZO: No, el memorando se recibió en octubre, perdón en febrero de 2007, para ejecutarlo a final de marzo de 2007, que era cierre de año fiscal, internacional.

DR. TRIANA: Y usted ¿el día 6 de junio de 2008, aún no había sido notificado por parte de EMI de la terminación unilateral de su contrato de trabajo?

SR. RIZO: No.

DR. TRIANA: O sea, usted estaba en pleno ejercicios de sus funciones”.

De lo narrado por el testigo y resaltado por el Tribunal, se destaca lo siguiente:

Al momento de su contratación por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., era Omar Gelles Suárez un intérprete de obras musicales de reconocido prestigio artístico; merecedor de ser artista exclusivo de la sociedad demandada; tan conocedor de su ámbito artístico y musical que no requería de director artístico pues él mismo seleccionaba las obras musicales a contratar; fueron cuatro las selecciones de larga duración que se le encomendaron por merced del contrato celebrado; el Señor OMAR GELLES SUÁREZ inició el cumplimiento del contrato con la entrega consecutiva y en cada año, de las dos primeras producciones; finalmente, cuando procedió a entregar la tercera producción fue advertido por EMI MUSIC de la decisión administrativa de terminar su contrato, por virtud de una decisión adoptada por parte de la gerencia internacional de la empresa, razón por la cual ésta última terminaba así el contrato inicialmente celebrado.

El intérprete tenía pues, plena libertad de producir para la sociedad demandada, las cuatro producciones de fonogramas de larga duración

objeto del contrato, sin límites en este aspecto y con la plena confianza depositada en su trabajo artístico. La empresa, por su parte, en los términos deducibles de lo afirmado por el testigo previamente referido, renunció a lo expresado en el texto del objeto del contrato en cuanto a fijar un plan de grabación, seleccionar las obras musicales a interpretar, designar un director artístico y escoger el estudio de grabación apropiado. En tales términos, no encuentra el Tribunal razón alguna para atribuirle un incumplimiento contractual al intérprete convocante de este proceso en el entendido que su actuar estuvo siempre revestido de buena fe verificable al momento de ejecutar las prestaciones periódicas.

No sucede lo mismo con la empresa convocada, si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones que el Tribunal encontró necesarias:

Al negarse a recibir la tercera producción, la sociedad demandada aplica unas políticas superiores de reducción de contratos artísticos allegadas desde la sede matriz de la disquera (asentada en Londres – Reino Unido) y, al verse imposibilitada para aplicar la cláusula de terminación unilateral del contrato (las razones de esta inaplicación de la aludida cláusula las explica la testigo Laura Mendoza), le ofrece al intérprete la posibilidad de terminarlo por mutuo acuerdo. Esta oferta escrita fue a la postre rechazada por el convocante, como se encuentra probado a lo largo de lo actuado en el presente trámite arbitral.

Por otra parte cuando el convocante solicita su “carta de libertad”, es decir, la confirmación de estar plenamente facultado para contratar con terceros, la empresa convocada le afirma que puede hacerlo porque tenía a su disposición la oferta de terminación del contrato por mutuo acuerdo. Así se lo comunica a terceros interesados en la contratación del convocante, como lo afirma la testigo Laura Mendoza (Cuaderno de pruebas número 1, folios 250 a 256). Como este mutuo acuerdo no se cristalizó en la realidad, el intérprete

ha considerado que su contrato no ha sido terminado en legal forma. El contrato se extendía hasta completar cuatro producciones y hasta el 31 de agosto de 2009, fecha en la cual se acordaría una prórroga de seis meses en caso de no haberse entregado a esa fecha la última de las producciones acordadas.

De un momento a otro, sorpresivamente, la empresa convocada asume una posición de rechazo hacia el tercer trabajo fonográfico que, como en años anteriores, le presentó Omar Gelles Suárez. Este proceder de la empresa convocada está lejano de una actuación acorde con los postulados de la buena fe contractual, en especial, aquel que clama porque los contratantes deben evitarse entre sí el causarse perjuicios o daños en la ejecución y aún en la terminación del contrato.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal estima que lo estipulado inicialmente en el contrato, surcó otros rumbos en su desarrollo, como lo confirma tanto el testimonio antes referido del señor Rizo Quintero como en la declaración de parte rendida por Omar Gelles Suárez obrantes a folios 227 a 233 del cuaderno de pruebas número 1. En razón de ello, el Tribunal se encuentra en desacuerdo con lo afirmado por el señor apoderado de EMI MUSIC en sus alegaciones finales cuando fundamenta sus razones de rechazo a las pretensiones de la demanda, en lo expresado por el texto literal del contrato arrojado al expediente.

Por ello, el Tribunal procederá a decidir favorablemente las pretensiones relacionadas con el incumplimiento del contrato y su resolución a partir de la fecha de este laudo.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal rechazará las excepciones perentorias denominadas como (1) “Inexistencia de la obligación a cargo de EMI”; (2) “Cumplimiento del contrato por parte de EMI”; (3) “No hay mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de EMI”; (6) “Violación al prin-

cipio de Buena fe por parte de OMAR GELLES”; y (7) “Excepción de contrato no cumplido”.

3. La tercera pretensión: el daño emergente

La noción de daño se hace imprescindible en el entendimiento del tema a abordar. El Tribunal seguirá los dictados de la obra del profesor Juan Carlos Henao titulada “El Daño” (Universidad Externado de Colombia, 1998), al expresar:

“Para De Cupis, “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”. Para el tratadista Hinestrosa, “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”. Para Javier Tamayo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”. A su turno Escobar Gil escribe que “en el lenguaje corriente la expresión ‘daño’ significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”. Para Bustamante Alsina, daño “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”.

Se puede extraer el elemento común de lo hasta aquí expresado para llegar a la siguiente definición: daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima.”

Por otro lado, el perjuicio que se manifiesta en el daño emergente se entiende como aquellos desembolsos o pérdidas patrimoniales ocurridas con ocasión de los hechos de los cuales se intenta derivar la responsabilidad.

En el presente caso, el Tribunal observa que, la primera y segunda producción fueron realizadas a instancias del intérprete. Lo anterior significa que éste llevó a cabo la orquestación, fijación de la obra, y demás labores necesarias para la producción de la misma. Por la realización de estas labores, el convocante recibió por parte de EMI MUSIC la remuneración establecida en el contrato para cada una de las producciones.

El mismo procedimiento de producción de la obra se llevó a cabo en relación con la tercera producción, dando como resultado la producción titulada “20 Años de Historia”. Para ello, el convocante tuvo que incurrir en los costos propios de la actividad, los cuales, según las estipulaciones contractuales, estaban tasados en ochenta millones de pesos (\$80'000.000). Sin embargo, a diferencia de las dos ocasiones anteriores, el convocante no recibió el reembolso de los gastos incurridos.

Resulta claro para el Tribunal que, en virtud del contrato y del desarrollo del mismo, el señor Gelles debió haber recibido el reembolso de los costos incurridos por la producción de la obra “20 Años de Historia”. Así mismo, resulta claro que, por el hecho del incumplimiento, se configuró el daño emergente en perjuicio del convocante.

Así las cosas, encuentra el Tribunal un perjuicio cierto (no eventual o hipotético) causado al demandante por la demandada en la terminación anticipada del contrato, sin causa legal alguna, y en el rechazo que le hizo a la tercera producción titulada “20 Años de Historia”, como quedó probado y evidenciado en el trámite del proceso. Por ello el Tribunal considera probada la tercera pretensión y en consecuencia rechaza las excepciones de

(4) “falta de causalidad entre el supuesto daño y cualquier conducta u omisión de EMI”; y (5) “Culpa de la víctima”. Como consecuencia de ello, el Tribunal condena a EMI MUSIC a pagar ochenta millones de pesos (\$80’000.000) por concepto de daño emergente, como quedará expresado en la parte resolutive de este laudo.

4. Cuarta pretensión: nulidad de la expresión contenida en la cláusula octava

El apoderado del convocante solicita la nulidad del aparte de la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo celebrado el 3 de agosto de 2005 en el cual se incluye la expresión “durante la vigencia del presente contrato”. Lo anterior, como consecuencia de la violación del artículo 29 de la ley 23 de 1982, modificado por la ley 44 de 1993.

Omite, sin embargo, el vocero judicial del convocante especificar el fundamento o base de tal pretensión en las argumentaciones que presenta en la demanda. La única referencia por demás escueta a la mencionada pretensión se encuentra en el hecho 9 de la demanda en cuyo enunciado se repite, sin mayor detalle adicional, la nulidad del aparte contractual citado.

Corresponde al Tribunal desentrañar la procedencia de la pretensión en estudio mediante un juicio de valor respecto de: (1) la posible violación de la ley autoral por la porción de la cláusula contractual atacada y (2) determinar si la consecuencia de tal eventual violación trae como consecuencia la nulidad del aparte contractual. Por ende, es menester traer a colación tanto el texto de la estipulación contractual cuestionada como la norma autoral supuestamente violada.

La cláusula octava del contrato cuya nulidad parcial se pretende establece lo siguiente:

Octava. Remuneración. Como única remuneración o precio por la realización de sus interpretaciones, cesión de derechos y

demás obligaciones exclusivas asumidas por EL INTERPRETE se obliga EL PRODUCTOR a pagar a EL INTERPRETE durante la vigencia de este contrato, los siguientes derechos artísticos

(...)

Esta disposición contractual, en general se refiere a la remuneración que las partes pactan como precio a cargo del PRODUCTOR y en favor del INTÉRPRETE por la realización, por éste último, de sus interpretaciones, por la cesión de sus derechos de propiedad intelectual y en general por el adecuado y correcto cumplimiento de las obligaciones a cargo del INTERPRETE. En lo particular, el aparte cuya nulidad se pretende especifica el plazo contractual, es decir, el lapso de tiempo en el marco del contrato en el que el PRODUCTOR deberá pagar al INTÉRPRETE la contraprestación debida.

Por su parte el artículo 29 de la ley 23 de 1982, modificado por la ley 44 de 1993, establece:

Artículo 29. Los derechos consagrados a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión tendrán la siguiente duración:

Cuando el titular sea persona natural, la protección se dispensará durante su vida y ochenta años más a partir de su muerte.

Cuando el titular sea persona jurídica, el término de protección será de cincuenta años, contados a partir del último día del año en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, la primera publicación del fonograma o, de no ser publicado, de su primera fijación o la emisión de su radiodifusión.

Esta norma tiene una finalidad y alcance definido en materia autoral por el contenido de su propio texto, en el cual se establecen los plazos de protección que tienen los titulares de los derechos conexos. Estos derechos están sometidos a un plazo de protección

definido por el legislador, una vez expirado el cual éstos acrecen el dominio público y no es posible predicar respecto de ellos titularidad o prerrogativa alguna.

La duración del derecho conexo se refiere, entonces, al plazo determinado por la ley para que el titular pueda ejercer sus prerrogativas y derechos.

Corresponde ahora al Tribunal dilucidar si existe colisión entre la estipulación contractual y la norma legal y si es de la magnitud el choque como para justificar, como lo pretende el convocante, que la regla contractual sea declarada parcialmente nula.

Para el Tribunal, la estipulación contractual de contraprestación y plazo de las obligaciones de contrato de intérprete del artículo 8 es un reflejo del ejercicio pleno de la autonomía privada de las partes. No se encuentra en el proceso ni argumentado ni mucho menos probado que a esa cláusula se haya llegado con vicio de consentimiento alguno, o fuerza o coerción de una respecto de la otra. Es decir que por lo que aparece en las piezas procesales, las partes pactaron libre y voluntariamente un plazo en el cual una, el PRODUCTOR le pagaría una contraprestación a la otra, el INTÉRPRETE.

Esa disposición, voluntaria y libre, de intereses privados respecto del plazo de remuneración previsto en el contrato de intérprete no debe confundirse con el plazo que el legislador establece en general en favor de un intérprete para proteger sus derechos conexos. Lo anterior es evidente en la medida en que el contrato de intérprete entre OMAR GELLES y EMI tenía una duración y vigencia definida por la cláusula Décima Quinta del mismo y este plazo no afectaba ni repercutía en el plazo de protección que tenía el señor GELLES respecto de sus derechos conexos. Para efectos del contrato, tanto su vigencia como la obligación de remuneración durante ésta podían ser pactados por las partes sin que los mismos afectaran la protección legal establecida en favor del interprete en el artículo 29.

No encuentra tampoco el Tribunal que el aparte de la estipulación contractual configure alguno de los supuestos de la nulidad absoluta de los contratos, es decir, la ilicitud en su objeto o causa o la omisión de formalidad sustancial alguna ni tampoco se puede inferir ausencia de capacidad en los contratantes. Menos aún se configura una violación de la ley invocada.

Por lo anterior, el Tribunal desestima la pretensión planteada por cuanto la misma parte de una confusión entre el mencionado plazo de protección establecido en favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes y el plazo que estos titulares de los derechos conexos puedan establecer en ejercicio de su autonomía privada a la hora de celebrar negocios jurídicos en relación con los mencionados derechos.

Lo anterior significa, además, que el Tribunal encuentra probada la excepción octava presentada por el apoderado del demandante en el sentido de la inexistencia de causal de nulidad respecto del aparte solicitado de la cláusula número ocho del contrato.

5. Quinta pretensión: lucro cesante

Para resolver la pretensión indemnizatoria de la convocante, dividida en seis apartes, el Tribunal se fundamenta en la declaratoria de resolución del contrato en virtud del incumplimiento del convocado, cuya consecuencia natural es la reparación integral del daño.

5.1 Pretensión 5.1

El convocante solicita la liquidación de los derechos artísticos o regalías pactadas en la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo, correspondientes a la primera y segunda producción (“El Vallenatón” y “Se Siente el Vallenato”), del periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2005 hasta la fecha en que se dicte el laudo arbitral y que no hayan sido pagados por EMI MUSIC, según el dictamen que se

solicite al respecto.

Para el Tribunal es evidente que, de acuerdo con el dictamen pericial rendido por la perito Ana Matilde Cepeda, EMI MUSIC COLOMBIA S.A. ya ha pagado a OMAR GELLES por concepto de regalías para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2005 y el 31 de agosto de 2008, en relación con la producción “El Vallenatón”, el monto que asciende a dos millones seiscientos veinticuatro mil seiscientos nueve pesos con noventa y seis centavos (\$2'724.609,96)

Del mismo dictamen también se corrobora que por concepto de regalías para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2005 y el 31 de agosto de 2008, el señor OMAR GELLES SUAREZ ha recibido de EMI MUSIC COLOMBIA S.A, en lo que respecta a la producción “Se Siente el Vallenato”, el monto que asciende a tres millones trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos veintisiete pesos con cincuenta centavos (\$3'355.627,50).

El detalle de las regalías liquidadas y pagadas por EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a OMAR GELLES SUAREZ, de acuerdo con la respuesta del dictamen pericial a la segunda pregunta del cuestionario, en relación con las producciones “El Vallenatón” y “Se Siente el Vallenato” se encuentra a folios 195 a 198 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente.

De acuerdo con lo anterior, en sentir del Tribunal, no existía, por lo menos hasta el 31 de agosto de 2008, ninguna suma pendiente de pago por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. en relación con las dos primeras producciones musicales y por ende, no hay lugar a condenar por este concepto a EMI MUSIC, si se tiene en cuenta que la pretensión fue formulada en relación con las sumas que se encontraran pendientes de pago.

En cualquier caso, el Tribunal deja constancia de manera expresa a las partes que hasta tanto la

resolución del Contrato de Intérprete no se haga efectiva por ejecutoria del presente laudo, están obligadas a continuar en pleno cumplimiento de sus deberes contractuales y por tanto, en relación con la presente pretensión, EMI MUSIC COLOMBIA S.A. está obligada con OMAR GELLES a pagar cualquier suma pendiente de pago entre el 31 de agosto de 2008 y la fecha de ejecutoria el Laudo. Lo anterior no implica, sin embargo, que se haya acreditado, en relación con esta pretensión, incumplimiento alguno por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A.

5.2 Pretensión 5.2

El Tribunal observa que la demanda sustitutiva que obra a folios 073 a 085 del cuaderno principal, no contempla la pretensión original 5.2 referente a la solicitud de perjuicios por valor de 90 millones de pesos correspondientes al costo de la cuarta producción. En consecuencia, la pretensión 5.2 que analiza el Tribunal es la referida a la solicitud de liquidaciones semestrales que se causen con posterioridad al laudo arbitral de los derechos artísticos o regalías de la primera y segunda producción (“El Vallenatón” y “Se Siente el Vallenato”) pactados en la cláusula octava del contrato de intérprete exclusivo, que se deberán pagar durante la vida del artista y ochenta años más, según el artículo 29 de la ley 23 de 1982, modificado por el artículo 2 de la ley 44 de 1993.

El Tribunal, al no acceder a la pretensión 4 del convocante en relación con la nulidad parcial de la cláusula octava del Contrato de Intérprete, ha considerado que este contrato está vigente, es ley para las partes y por ende les obliga a lo pactado por las mismas.

En otras palabras, para el Tribunal, el hecho de no aceptar la pretensión encaminada a la declaración de nulidad parcial de la cláusula 8 implica que la remuneración pactada allí está referida y limitada temporalmente a la vigencia del contrato. Es decir que EMI MUSIC COLOMBIA S.A. solamente está obligada a pagar la remuneración pactada hasta la ejecutoria del presente laudo en el que se declara la

resolución del contrato.

Por lo anterior, se niega esta pretensión por cuanto las sumas solicitadas por el convocante correspondientes a la remuneración prevista en la cláusula octava del contrato fueron limitadas temporalmente por las partes en uso de su plena autonomía privada a la duración del contrato y cualquier extensión en tiempo de la vigencia escapa a lo que las partes pactaron en el mencionado contrato.

5.3 Pretensión 5.3

El convocante solicita la suma correspondiente a la estimación de los derechos artísticos o regalías que debe pagar EMI MUSIC COLOMBIA S.A. por la tercera producción (“20 Años de Historia”) durante la vida del artista y ochenta años más, conforme al cálculo que para estos efectos determine el dictamen solicitado en el acápite de pruebas.

Teniendo en cuenta que el Contrato de Intérprete vincula la remuneración del Intérprete a la vigencia del contrato, los derechos artísticos o regalías correspondientes a la tercera producción sólo se causan y se deben por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a OMAR GELLES hasta la ejecutoria del presente laudo arbitral.

El Tribunal accede a la pretensión invocada en el sentido de condenar a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al pago de regalías o derechos artísticos a OMAR GELLES en relación con la tercera producción. Sin embargo, debido a que el Tribunal no declaró la nulidad de la cláusula octava, y en consecuencia se mantiene la vigencia del contrato como única base sobre la cual debe calcularse la indemnización y no la vida del artista más ochenta años. Lo anterior debido a que la indemnización es una consecuencia del incumplimiento del contrato y la subsiguiente declaración de resolución del mismo. La declaratoria de nulidad solicitada en este caso no altera el hecho del incumplimiento, pero sí la base sobre la cual se

debe calcular la indemnización.

No podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que de la declaración de Álvaro Rizo, Representante legal del convocado en la época de la reunión del 6 de junio de 2007 entre las partes, se deduce que la razón de continuar la relación contractual no era otra que cumplir las órdenes de la casa matriz de la Convocada y evadir las posibles consecuencias indemnizatorias derivadas de la terminación unilateral del contrato de intérprete.

En consecuencia, el Tribunal considera que la base a partir de la cual debe calcularse la indemnización como consecuencia de la tercera producción se circunscribirá a un promedio de las regalías producto de las dos primeras producciones, de acuerdo con el dictamen pericial rendido en el proceso de la referencia. El Tribunal acoge la tasación hecha por el perito, la cual se resume en el siguiente cuadro:

TERCERA PRODUCCION:

SE ASUME QUE LA TERCERA PRODUCCION SE LANZARÍA EN SEPTIEMBRE DE 2007:

Sep-2007	\$ 234.000
Oct-2007	\$ 234.000
Nov-2007	\$ 234.000
Dic-2007	\$ 234.000
Ene-2008	\$ 234.000
Feb-2008	\$ 234.000
Mar-2008	\$ 234.000
Abr-2008	\$ 234.000
May-2008	\$ 234.000
Jun-2008	\$ 234.000
Jul-2008	\$ 234.000
Ago-2008	\$ 234.000
Regalía Estimada (Dictamen pericial de 18 de noviembre de 2008, pág.17)	\$ 2'808.000

En vista de que, tal como se afirma en el dictamen pericial, una vez se retira una producción del catálogo de la casa disquera las ventas y como consecuencia las regalías se tornan escasas, el Tribunal no estima procedente adicionar al cálculo realizado por la perito sumas presuntamente causadas desde la fecha en que emitió su dictamen hasta la fecha de este laudo.

5. 4 Pretensión 5.4

El convocante solicita la suma correspondiente a la estimación de los derechos artísticos o regalías que debe pagar EMI MUSIC COLOMBIA S.A. por la cuarta producción, durante la vida probable del artista más ochenta años, a favor de OMAR GELLES SUAREZ, según dictamen pericial que se solicita para estos efectos.

Como se ha reiterado en este Laudo, la resolución del Contrato de Intérprete trae consigo la imposibilidad para ambas partes de seguir cumpliendo sus obligaciones a partir de la decisión del Tribunal.

En consecuencia, no sería posible prima facie recompensar al convocado por efectos contractuales no consolidados ni probados como es el caso de la cuarta producción.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido en reiterados pronunciamientos que la indemnización derivada del incumplimiento de un contrato bien puede corresponder al costo de oportunidad sufrido por el contratante cumplido, en este caso OMAR GELLES SUAREZ, costo que debe ser asumido por la parte que no honró el contrato, en este caso EMI MUSIC COLOMBIA.

Ahora bien, en cualquier caso el perjuicio relacionado con la cuarta producción no puede llevarse al extremo de un término o plazo como el solicitado, es decir la vida probable del artista y ochenta años más, pues, como se ha insistido, la remuneración del intérprete estaba atada a la vigencia del contrato, sin

que la previsión de la Ley 44 de 1993, en la que el actor pretendió fundar la nulidad alegada, tuviera el carácter de norma imperativa que pudiera invalidar lo acordado por las partes..

En consecuencia, el Tribunal considera que la indemnización como consecuencia de la cuarta producción se circunscribirá a un promedio de las regalías producto de las dos primeras producciones, de acuerdo con el dictamen pericial rendido en este proceso.

Este promedio asciende a la suma de dos millones ochocientos ocho mil pesos (\$2.808.000.00) hasta la fecha en que se presentó el dictamen pericial.

Desde esa fecha y hasta la fecha de este laudo, se adiciona el cálculo por parte del Tribunal, siguiendo la misma metodología adoptada para realizar el dictamen pericial, cálculo que arroja el valor de un millón novecientos veintiséis mil seiscientos pesos (\$1.926.600.00) para un total de cuatro millones setecientos treinta y cuatro mil seiscientos pesos (\$4.734.600.00), según se discrimina a continuación.

CUARTA PRODUCCION:

SE ASUME QUE LA CUARTA PRODUCCION SE LANZARIA EN SEPTIEMBRE DE 2008:

Sep-2008	\$ 234.000
Oct-2008	\$ 234.000
Nov-2008	\$ 234.000
Dic-2008	\$ 234.000
Ene-2009	\$ 234.000
Feb-2009	\$ 234.000
Mar-2009	\$ 234.000
Abr-2009	\$ 234.000
May-2009	\$ 234.000
Jun-2009	\$ 234.000
Jul-2009	\$ 234.000

Ago-2009	\$ 234.000
Regalía Estimada (Dictamen pericial de 18 de noviembre de 2008, pág.18)	\$ 2'808.000

Sep-2008	\$ 234.000
Oct-2008	\$ 234.000
Nov-2008	\$ 234.000
Dic-2008	\$ 234.000
Ene-2009	\$ 234.000
Feb-2009	\$ 234.000
Mar-2009	\$ 234.000
Abr-2009	\$ 234.000
07-May-2009	\$ 54.600
Jun-2009	
Jul-2009	
Ago-2009	
Regalía Estimada hasta 07 mayo 2009	\$ 1'926.600

5.5 Pretensión 5.5

La parte convocante solicita la suma de setecientos cincuenta millones de pesos m/l (\$750.000.000.00) por las presentaciones de la producción 20 años de historia que se dejaron de efectuar, por parte OMAR GELLES SUAREZ por el incumplimiento de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., lo que determinó la imposibilidad de suscribir el contrato de representación artística con la sociedad NKLABE C.A.

Para el Tribunal, en el campo contractual, el daño resarcible depende del incumplimiento grave de las obligaciones contraídas y del perjuicio directo y cierto que sea probado. La presente pretensión debe, en consecuencia, estudiarse a la luz de la conducta de las partes durante la ejecución del contrato y del acervo probatorio acopiado durante

el presente proceso arbitral.

El Tribunal pone de presente la noción conocida que para que los perjuicios sean indemnizables, éstos deben ser directos y ciertos. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1616 del Código Civil, el perjuicio indirecto no es indemnizable, pues el deudor “es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. De allí que algunos doctrinantes afirmen categóricamente que hasta en la responsabilidad más grave, como lo es el incumplimiento doloso, el deudor se encuentra obligado a la reparación del perjuicio directo, excluyendo el perjuicio indirecto. En otros términos, el reconocimiento de perjuicios solo se produce con aquellos que tienen una relación de causalidad directa e inmediata con el incumplimiento de la obligación o con su tardía ejecución.

En razón de lo anterior, el Tribunal estima que la solicitud de perjuicios hecha por el demandante en su pretensión, 5.6 en la cual reclama el reconocimiento de 750 millones de pesos por no haber realizado presentaciones públicas debido a la falta de lanzamiento comercial de la tercera producción “20 Años de Historia”, no se encuentra llamada a prosperar por la inexistencia de causalidad directa o inmediata de los perjuicios solicitados con el incumplimiento o tardanza de la obligación por parte de EMI MUSIC. Lo anterior se afirma, sin vacilación alguna, en razón de la confesión del señor Omar Gelles, al afirmar en su declaración de parte:

“DR. PALACIO: PREGUNTA No 6: Dentro de su acuerdo con EMI Music Colombia S.A. ¿existía algún tipo de prohibición, algún tipo de regla, en virtud de la cual EMI Music Colombia S.A. estuviera en la obligación de proveerle a usted los medios para que los conciertos se dieran, tenía alguna participación en el tema de los conciertos, cómo era la relación de EMI Music Colombia S.A. con esa otra faceta suya de la

explotación de su producción artística?

SR. GELLES: ¿De los conciertos?

DR. PALACIO: ...

SR. GELLES: En 16 años que estuve con Codiscos, no recuerdo cuántos años, que han sido las únicas disqueras que yo he tenido Codiscos y EMI Music Colombia S.A., nunca en los conciertos ha tenido participación ni Codiscos ni EMI Music Colombia S.A. ni ninguna empresa, ninguna de las dos, siempre los conciertos han sido manejados por nosotros totalmente.”

En relación con el contrato de representación artística con la sociedad NKLABE es relevante el testimonio recogido al señor Richard Peña del cual se extractan los siguientes apartes:

Dr. Zea: ¿De qué año?

Sr. Peña: Del año pasado de 2007. Entre el 15 y el 20 de marzo, yo le propuse hacer esas actividades, él me dijo que sí, que ya tenía el disco terminado con EMI, que el iba a entregar el disco y que podíamos cerrar la fecha porque el con EMI lo que tenía era una relación discográfica más no de show. Llegamos a un acuerdo, en cualquier ciudad de Venezuela, yo le iba a pagar \$25.000.000.00 con todos los gastos incluidos. Eso quiere decir que el se pagaba todo su transporte, su viático, su hotel y todas esas cosas y yo le había dicho que eran 30 fechas.

Para mí en algunas ciudades era conveniente por la distancia, o de repente...o Ciudad Bolívar que está a 12 horas de Caracas, me salían las actividades mucho más económicas. En cambio las de Caracas me salían

un poco más caras, más o menos buscamos un precio ahí para concertar. Yo le entregue como prebenda de eso \$50.000.000 en su momento, para que me garantizara las actividades.

El en el mes de agosto, yo lo estaba llamando para las actividades, para estas actividades, el me dijo que lamentablemente no había podido sacar el disco y yo le dije que sin disco yo no podía, porque Omar tiene cuatro años que no suena en Venezuela, entonces la idea era aprovechar el boom del lanzamiento del disco nuevo. Y en el transcurso del año...entraba algo y yo poderlo (sic). Al no poder realizarme la fecha yo di por cancelado eso. Y el dinero que tenía abonado lo utilizamos para una actividad en el Poliedro de Caracas el 8 de diciembre y en el Hotel del Lago en Maracaibo el 17 de noviembre del año pasado.

Eso es lo que se ha dicho.

Yo estaba esperando que el me diga, cuándo va a sacar el disco, como en todos los países yo creo que aquí pasa igual, aquí si no se está promocionando un artista, no se ve y si no yo con un disco viejo, con temas viejos es muy difícil un artista como Omar que tiene rato que no suena.

Los testimonios citados permiten al Tribunal inferir la existencia de una relación comercial entre la sociedad que representa el Señor Richard Peña y OMAR GELLES. Los resultados económicos de esta relación dependían de la realización de conciertos, de la aceptación del público al intérprete OMAR GELLES y de otros factores determinantes del éxito de la ejecución pública.

Si bien es cierto que del dicho de los testimonios

hubiera sido interesante y quizás encomiable que se hubieran realizado los conciertos referidos, el Tribunal no encuentra la prueba sobre la relación de causalidad entre los tropiezos del contrato entre EMI y OMAR GELLES y un daño ocasionado a esta última en su relación con la sociedad NKLABE.

Para el Tribunal no existen los supuestos de responsabilidad contractual -relación de causalidad y daño probado- en relación con el incumplimiento del Contrato de Intérprete y la supuesta dificultad o imposibilidad de llevar a cabo conciertos en Venezuela. Si, en gracia de discusión, el Tribunal tuviera la competencia para declarar una responsabilidad extracontractual, tampoco se aprecia el daño directo requisito de aquella. Extraño es también que no existan pruebas idóneas documentales ni de la relación entre el señor GELLES y NKLABE, ni de los pagos o anticipos o de la devolución de dineros. Derivar una indemnización como la solicitada, además, tendría como consecuencia que el Tribunal fuera mucho más allá de la voluntad de las partes al consagrar en el Contrato de Intérprete, de manera expresa, un régimen o sistema de remuneración circunscrito a la producción de fonogramas, de una parte y a la interpretación como materia prima de los mismos.

Por lo anterior, el Tribunal no accede a la pretensión al no encontrar prueba suficiente del daño causado, así como ausencia de relación de causalidad en el supuesto daño –pérdida de oportunidad de lucro mediante los conciertos- y el incumplimiento de las obligaciones que recaían en EMI COLOMBIA S.A. como productor de fonogramas bajo el contrato de intérprete, objeto de la presente controversia.

6. Sexta pretensión: el resarcimiento del daño moral

A continuación se exponen las consideraciones del Tribunal relativas al desarrollo legal y jurisprudencial del denominado daño moral y consecuentes apreciaciones respecto a su reconocimiento dentro

del presente proceso.

Previo a referirse sobre la viabilidad y procedencia jurídica de la pretensión enumerada como sexta dentro del libelo de la solicitud de trámite arbitral, el Tribunal estima pertinente parafrasear de forma preliminar las consideraciones conceptuales y normativas que históricamente han servido para fundamentar la posibilidad de reclamar el reconocimiento de perjuicios morales como consecuencia de un daño irrogado y que también permiten decantar la cuantía en que el mismo debe ser tasado.

El alcance de la teoría del daño moral se ha tejido en el seno del Derecho colombiano a partir de las disposiciones contenidas en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil de cuyos texto se expone a continuación y de cuya aplicación práctica, se gestó Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, a través de fallo de Casación fechado julio 21 de 1992.¹⁰

Rezan los citados artículos:

Artículo 2341: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la Ley imponga por la culpa o delito cometido.

Artículo 2356: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta (...)

Por otra parte, en lo que respecta a la definición

¹⁰ HENAO, Juan Carlos. “El Daño”. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1998. En opinión de este tratadista, el aludido fallo se erige en el pronunciamiento seminal de la jurisprudencia colombiana respecto al daño moral, su alcance, implicaciones y reconocimiento.

de daño moral, El Dr. Jorge Suescún Melo en su obra “Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”, considera que el daño moral subjetivo vulnera bienes que de suyo integran el patrimonio moral y se manifiesta principalmente en lesiones a la órbita afectiva o a los sentimientos de un individuo determinado. Este daño, aunque su demostración y medidas son complejas, también debe ser reparado, según los dictados de la equidad para no dejar sin indemnización la aflicción y la pesadumbre que experimenta la víctima. Esta reparación se conoce como Pretium doloris.

Es menester aclarar que el alcance de la definición de daño moral se ha venido ampliando con el transcurrir del tiempo a través del desarrollo jurisprudencial y en la actualidad, según el Dr. Juan Carlos Henao, el campo es tan amplio que bastara con que el Juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción, compensables mediante una suma de dinero o mediante otra forma que el juez determine.

Es así que el objeto de la reparación del daño moral ha sido precisada por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo en los siguientes términos:

“(…) Así las cosas, tanto los bienes patrimoniales como los extrapatrimoniales otorgan como beneficio último una satisfacción a sus titulares. En ese sentido, pues, podría decirse que los perjuicios, en sentido jurídico, consisten en el menoscabo de la facultad de obtener satisfacciones derivadas de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Por ello, toda supresión de un bien constituye, además de un menoscabo patrimonial, una insatisfacción.

Pero, será posible reparar una

insatisfacción? Evidentemente el decurso de la existencia no puede borrarse, razón por la cual las pesadumbres pretéritas jamás podrán ser deshechas. En este sentido, ningún daño será reparable. No obstante, visto hacia futuro, las insatisfacciones provenientes de lesiones a bienes patrimoniales o extramatrimoniales podrán mitigarse y suprimirse, si se crean los mecanismos adecuados para ofrecer a la víctima una satisfacción que compense la pérdida ocasionada por la lesión al bien.

En cambio, si bien esa misma facultad de reparación no es posible tratándose del perjuicio extramatrimonial, no por ello hay que renunciar a la posibilidad de indemnizar. Al efecto, basta examinar las circunstancias de cada caso concreto con el fin de que se le otorgue a la víctima una indemnización que, en la medida de lo posible, elimine hacia el futuro no solo el daño en si mismo considerado, sino la insatisfacción actual y compense en parte la ya producida”

Es importante destacar que tal vez el aporte más significativo que esta atinada consideración aporta es la de racionalizar la naturaleza jurídica del daño moral en los siguientes sentidos:

- Por una parte, la lesión que el daño inflige a la víctima se traduce en vulneración a un bien extrapatrimonial.
- Consecuencialmente, la magnitud del daño debe considerarse como irradiada dentro de una esfera eminentemente subjetiva que gravita puntualmente sobre aspectos axiológicos inclusive de la personalidad interna de la víctima.

- *Finalmente y como consecuencia del sentido del daño causado, la naturaleza de la reparación es COMPENSATORIA y no INDEMNIZATORIA.*

En criterio del Tribunal esta distinción es fundamental en tanto se reconoce jurídicamente que lo que quiera que se entregue a título de reparación, cumple una finalidad de COMPENSACIÓN a fin de mitigar en cierta forma el padecimiento que el daño emergente causó sobre la persona del afrentado. Es así que se reconoce que una indemnización no es procedente para aliviar el peso dañoso del daño moral en tanto la persona nunca podrá ser restituida de forma indemne o in situ, a cómo le rodeaban las circunstancias de hecho previa la comisión del hecho dañino.

En sentido similar se pronuncia el Dr. Juan Carlos Henao, cuando afirma:

“En efecto la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor producido por el hecho dañino. Las lágrimas verdaderas están naturalmente fuera del comercio; el dolor es imposible de medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ángulo de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en el plano conceptual. En los eventos de indemnización del daño inmaterial, la naturaleza de la indemnización, se reitera, es compensatoria en el sentido de que mediante el bien equivalente del dinero o de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria.”

Aterrizando el tema a la materia objeto de la presente controversia, el Tribunal debe comenzar por señalar los hechos que el convocante aduce como fundamentos fácticos y objetivos de su legitimación para reclamar perjuicios morales irrogados y hacerse a su ulterior reconocimiento. El escrito demandatorio señala en su acápite de hechos los siguientes como relevantes:

“28: EMI MUSIC COLOMBIA S.A., al negarse a efectuar el lanzamiento de la tercera y consecuentemente cuarta producción, contempladas en el contrato de intérprete exclusivo, celebrado el 31 de agosto de 2005, le ha ocasionado a OMAR GELEZ SUÁREZ perjuicios morales, toda vez que su nombre artístico se ha visto afectado al disminuir su actividad por la ausencia de lanzamiento de nuevas producciones al mercado y la imposibilidad de hacer presentaciones en vivo de nuevas producciones”.

(Resaltado y subrayado fuera del texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de soslayar cualquier vicio procesal dentro de la disyuntiva falladora que puedan generar una situación de inequidad entre las partes, el Tribunal estima acertado considerar como único hecho relevante y relacionado con el potencial perjuicio moral causado en la persona del Convocante, el enumerado previamente. Así mismo, los apartes resaltados deberán analizarse e interpretarse aisladamente a fin de consolidar conclusiones acertadas sobre la existencia o no del pretendido perjuicio inmaterial.

De la lectura del citado hecho se concluye que el Señor OMAR GELLES SUÁREZ considera que el incumplimiento contractual endilgable a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. de forma unilateral, le generó, entre otras, las siguientes consecuencias:

1. Daño y afectación a su nombre artístico.
2. Disminución de su actividad profesional

Las premisas que anteceden se construyen a partir de un proceso lógico deductivo en el cual se infiere que el eventual daño al nombre artístico del Convocante, repercute en una sensible disminución de su reputación profesional. Por otra parte, la aludida disminución en su actividad comercial y profesional, genera el desaprovechamiento de su talento artístico y su consecuencial falta de realización profesional.

Así las cosas, el Tribunal considera que el perjuicio moral que el Convocante busca se le reconozca, se circunscribe puntual y específicamente a los 2 elementos antes mencionados.

El Tribunal comparte los planteamientos del Convocante en el sentido de que el hecho señalado así como las consecuencias lógicas del incumplimiento del contrato de intérprete exclusivo por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., tienen la virtualidad de generar un impacto psicológico en la persona del Señor OMAR GELLES, suficientemente idóneo para causar un daño moral susceptible de compensación. Sin embargo, al igual que en materia de perjuicios patrimoniales, el Tribunal reconoce que los daños morales deben ser sometidos a demostración probatoria a fin de verificar su existencia o no.

Al respecto, deberá estarse a lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que dispone:

Artículo 177: Carga de la prueba.: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Sobre este particular debe concluirse que aún cuando el principio general establece que quien reclama unos perjuicios morales tiene el deber de allegar al proceso las pruebas correspondientes, existe una excepción según la cual en el evento en que dichos perjuicios morales sean consecuencia de circunstancias que constituyen afirmaciones o negaciones indefinidas, quien reclama el perjuicio moral se encuentra eximido de la obligación legal de probar dichas afirmaciones o negaciones indefinidas.

Este Tribunal encuentra que de las circunstancias expuestas por el convocante como originarias de perjuicios morales, el aludido Daño y afectación a su nombre artístico que se aceptó como constitutiva de daño moral, se erige a su turno en afirmación indefinida imposibles de probar. No ocurre lo mismo en lo que refiere a la disminución de la actividad profesional del Señor OMAR GELLES por cuanto esta situación encuentra numerosos mecanismo de prueba susceptibles de contradicción.

Retomando el reconocimiento del daño al nombre artístico del Convocante imputable al incumplimiento contractual por parte de EMI MUSIC COLOMBIA S.A., tenemos pues que es una situación de derecho extraordinaria cuya prueba resulta imposible o al menos de un alto grado de dificultad y por lo cual el legislador considera como carga excesiva.

Por otra parte y si bien es cierto el Señor OMAR GELLES no estaba en condiciones de aportar al procedimiento arbitral pruebas de la afirmación indefinida traducida en su perjuicio moral, EMI MUSIC COLOMBIA S.A. si estaba en capacidad de aportar al proceso prueba de afirmaciones definidas suficientemente aptas para desvirtuar las expuestas por el Convocante. En este orden de ideas, EMI MUSIC COLOMBIA S.A. podría haber arrimado prueba de algún tipo de desempeño artístico por parte del Señor OMAR GELLES posterior a la cesación de ejecución unilateral del contrato de intérprete exclusivo, a través de la cual se advirtiera

algún tipo de desempeño o desarrollo profesional por parte del convocante y que a la postre desvirtuara la afirmación que este hace sobre el daño que a su nombre artístico sobrevino como consecuencia del incumplimiento convencional.

Así las cosas, no obra dentro de lo actuado ningún tipo de prueba susceptible de desvirtuar la afirmación indefinida argumentada por el Convocante y al estar éste relevado de su deber de probarla, el Tribunal la tendrá por cierta. Más aun si se tiene en cuenta que ha quedado suficientemente probado que EMI MUSIC COLOMBIA S.A. ejecutó de forma irregular las prestaciones contractuales que le eran endilgables, adoleciendo su actuar de buena fe contractual.

En lo que respecta a la alegada disminución de la actividad profesional del convocante, que a su turno se evidencia en un palmario desaprovechamiento de su talento artístico y su consecuencial falta de realización profesional, el Tribunal encuentra que dentro de las pruebas practicadas en la etapa procesal correspondiente y en particular, advirtiendo los resultados de los experticios y peritazgos correspondientes, así como de los testimonios rendidos, es claro que el Señor OMAR GELLEZ sufrió un detrimento subjetivo referido a su imagen artística que degeneró en una endémica situación de precariedad en el desempeño profesional.

En este punto el Tribunal considera importante, resaltar algunos de los apartes probatorios más destacados y que le asisten para darle asidero a las alegaciones morales formuladas por el convocante:

Testimonio rendido por el Señor RICHARD ELISEO PEÑA MARTINEZ, en Audiencia Pública celebrada el día 22 de septiembre de 2008

*DR. CASTRO:
Sírvese para ilustración del Tribunal, señalar por su experiencia en el medio, a la que ha*

aludido, en su presentación inicial, cuál es el efecto que tiene para la realización de conciertos en vivo, el que un artista como el caso de OMAR GELLES, no saque una producción o dos producciones nuevas, en un período de tiempo determinado, 1 o 2 años, eso tiene algún tipo de repercusión para efectos de la contratación de presentaciones en vivo y por favor explíquelo:

SR. PEÑA: (...) yo creo que un disco para cualquier artista es la continuidad de una carrera. Y como eso te puedo enumerar un millón de artistas. Si no fuera importante un disco, Jorge Celedón no estuviera haciendo un disco que se llama Canto de Mi Provincia. Y lo está haciendo todo en este año.

(...)Respecto de las contrataciones, un artista que no está actualizado y que no está sonando, por supuesto que le afecta las contrataciones.

(...) Yo busco un artista que esté pegado, llego a un acuerdo de precio.

Testimonio rendido por el Señor ERIS BAUTISTA ESCOBAR GONZALEZ, en Audiencia Pública celebrada el día 24 de septiembre de 2008

DR. CASTRO: Informe cuáles son los efectos para un artista de no sacar una producción musical con cierta periodicidad, qué consecuencias puede traer al artista el no sacar nuevas producciones al mercado especialmente en este ámbito de la música vallenata.

SR. ESCOBAR: Sencillamente si no se tiene música nueva en el mercado o producciones nuevas continuas, va a aminorar, va a bajar la cantidad del contrato que se puede efectuar mensual o anualmente de dicha agrupación.

(...) Los empresarios se basan en los éxitos de la agrupaciones para contratarlas, si no hay música nueva y actualizada en el mercado, las contrataciones van a ser pocas, yo creo que ahí repercute el no tener trascendencia ni continuidad en sacar producciones discográficas al mercado.

(...) primero que todo, el artista debe tener música actualizada, debe tener producciones en el mercado, donde haga referencia los éxitos que está teniendo actualmente para que los empresarios lo contraten y poder hacer las presentaciones.

(...) hay que estar actualizado, estar sacando producciones al mercado necesariamente para permanecer vigente como agrupación, para que los seguidores tengan nueva música que escuchar y los empresarios tengan de donde decidir, vamos a llamar a tal agrupación que está sonando con tal éxito y es importante meterla en cualquier certamen musical que tengan.

(...) Los artistas se dan a conocer por los éxitos y su continuidad y el nivel de presentaciones se da precisamente por eso. El señor OMAR GELLES ya no es tan nombrado como agrupación ahora mismo, porque le hace falta continuidad en la música. Le hace falta tener éxito como agrupación para que los empresarios lo puedan contratar, porque los empresarios se basan en eso, coger a los artistas que están mas pegados para tener ello éxito de taquilla.(...)

(...) OMAR GELLES y su agrupación han tenido muchos éxitos en su trayectoria musical, pero hace como 5 – 6 años que OMAR GELLES como agrupación, no tiene un éxito en la radio.

Así pues es claro también que esta situación de merma en el desarrollo artístico del convocante está

íntima y unívocamente ligada a la exclusividad que le demandaba el Contrato desistido por EMI MUSIC COLOMBIA S.A. en tanto el Señor OMAR GELLES se encontraba imposibilitado para desarrollar actividades de índole profesional en tanto subsistiera la relación sustancial y contractual. Por tal razón, el daño emergente que la sociedad demandada causó al sustraerse anticipada e ilegítimamente de sus obligaciones contractuales, tuvo la virtualidad concomitante de perpetrar un daño moral en cabeza del Convocante el maniarlo profesionalmente y por tanto, impedir que este sujeto desarrollase cabal y eficientemente su labor artística.

En mérito de lo anterior y como en el caso de la primera pretensión de reconocimiento de daño moral, este Tribunal encuentra asidero probatorio para que prospere la segunda de las pretensiones cabalmente aterrizadas.

Así las cosas, y determinada la existencia de un perjuicio moral en cabeza del Señor OMAR GELLES, este Tribunal deberá entrar a determina la respectiva cuantificación del aludido perjuicio.

Mediante Auto del 4 de agosto de 1981, la Corte Suprema de Justicia replanteó la posibilidad de tener como punto de referencia para esta tasación el límite de mil gramos oro en moneda nacional que contendía el otrora vigente artículo 106 del código Penal, y en su turno consideró:

“En la especie de esta litis, la Corte no puede prohiar en punto de bases para regular el daño moral, la tesis acogida últimamente por el H. Consejo de Estado porque teniendo como piso fundamental el precio del gramo oro, resulta evidente que por las frecuentes, desmedidas y sorpresivas fluctuaciones de su valor, las indemnizaciones resultan ser mayores o menores según el precio de este metal, lo que nada tiene que ver con la intensidad del daño.

Teniendo pues muy presente que el precio del oro no guarda simetría con el valor adquisitivo del peso colombiano, que las fuertes alzas y bajas del valor de aquél no guardan correspondencia con el continuo decrecimiento de nuestra moneda, el patrón oro no resulta base segura para estimar el Premium Doloris.

La Corte entonces para la satisfacción del daño moral, no proveniente de infracción de la Ley penal o de casos expresamente considerados en el Código de comercio o en otras Leyes, reafirma su tesis de que para regular el monto de cualquier perjuicio moral subjetivo, los jueves civiles no están ligados por lo que dispone el artículo 106 y 107 del Código Penal; El monto de ese daño moral, por ser inconmensurable, no puede ser materia de regulación pericial, sino del arbitrium judicis que aunque el daño moral subjetivo no puede ser totalmente reparado, si pueden darse algunas satisfacciones equivalentes para hacer mas llevadero el padecimiento sufrido”

Consagrado como quedó el principio orientador de la función judicial que libera al prudente arbitrio del juzgador la cuantificación de los perjuicios morales, en entender de la misma Corte, dicho arbitrio debía estar sujeto a un límite de razonabilidad que ha venido ajustando en función de la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano.

En tal sentido, existe reiterada jurisprudencia en la materia en donde en términos generales se señala que la cifra tope con que ha venido trabajando la Corte Suprema de Justicia se inclina hasta un total de COL \$10.000.000.¹¹, sin tener en cuenta cifras

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 20 de 2000. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

que por montos mayores se han reconocido cuando la naturaleza del daño moral irrogado obedece a factores de mayor entidad o de perturbación mucho más notoria o relevante como cuando se causa la muerte de un ser querido, el daño a la vida en relación, la funcionalidad corporal, etc.

Igualmente, en casos de estirpe arbitral y de nexa temático como el que hoy ocupa la atención de este Tribunal, se ha optado por sostener una condena en materia de perjuicio moral comprobado, acorde con los presupuestos fácticos en que se soporta y a su turno, que se compadezca con el racionio libre y razonado del fallador de instancia.¹²

Teniendo en cuenta que dentro del acápite de pretensiones, el apoderado del Convocante solicita a este Tribunal se le reconozca como daño moral un valor equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, COL \$99.380.000.¹³, este Tribunal no encuentra correspondencia argumentativa o correlación probatoria entre la suma pretendida y la afirmación indefinida y el acervo relacionado con la merma artística del Convocante, que sirven de fundamento para demostrar el daño efectivamente causado, por lo que en la parte resolutive se declarará la prosperidad parcial de la pretensión N° 6.

En consecuencia, luego de hacer una tasación proporcional, objetiva pero a las postre discrecional al amparo de la Ley, la Jurisprudencia y los criterios suplementarios que le asisten a la ratio decidendi de este Tribunal, dentro de la parte resolutive

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 6 de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

12 LAUDO ARBITRAL: Aura Crsitina Geithner Cuesta V/S SONOLUX S.A.. En este caso, e Tribunal de arbitramento convocado consideró que se habían causado 5 daños morales a la Convocante y en consecuencia condenó a la sociedad demandada, al pago de COL \$5.000.000.¹⁴

del presente fallo, se condenará a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. al pago de una suma dineraria por concepto de perjuicios morales irrogados en la persona del convocante OMAR GELLES SUÁREZ.

7. La objeción por error grave formulada frente al dictamen pericial por la parte convocante.

Con fundamento en las siguientes consideraciones el Tribunal ha decidido desestimar la objeción que por presunto error grave, formuló el apoderado de la parte convocante y por el contrario tener como válido y acertado, el dictamen pericial rendido por la perito designada para el efecto.

Y es que debe resaltarse el hecho de que a juicio de este Tribunal, el experticio rendido y acusado por el apoderado del Señor OMAR GELLES SUÁREZ, cumple cabalmente con los supuestos normativos que para el efecto tuvo a bien señalar el Tribunal cuando decretó la práctica de dicha prueba y en consecuencia, el mismo está revestido de las características precisas de claridad y suficiencia respecto al objeto pretendido.

Es así como se debe tener en cuenta que el Tribunal requirió la estimación de la suma que por derechos artísticos relativos a la tercera y cuarta producción, EMI MUSIC COLOMBIA S.A. debería pagar a favor de OMAR GELLES SUÁREZ, conforme los porcentajes estipulados en la cláusula 8ª del contrato de intérprete exclusivo, durante su vida probable y 80 años mas, tomando como referencia para el cálculo, cualquier parámetro razonable que le asistiere para la respectiva estimación.

Mal haría el Tribunal en considerar que adolece de error grave el dictamen por no haber hecho una operación aritmética de multiplicación de la suma de COL \$2.030.400.00 por 80 años, en el entendido que dicha omisión no invalida ninguna de las apreciaciones técnicas que sirvieron a la perito para rendir el experticio decretado. Por el

contrario, el Tribunal no encuentra ningún tipo de yerro o apreciación grave que de una u otra forma incida en la decisión final de cada pretensión y a su turno dicho experticio, se erige en una herramienta de gran importancia para la tasación de las sumas dinerarias pretendidas.

Adicionalmente, el Tribunal considera que los motivos en los que se fundamentó la objeción formulada quedaron desvirtuados al dar respuesta a las cuestiones que oficiosamente fueron encargadas a la perito.

En mérito de lo anterior, la objeción por error grave que se formuló en contra del dictamen pericial se desestima y el aludido dictamen se confirma convalidado en integridad por parte de este Tribunal de Arbitramento.

8. La tacha de la testigo Laura Mendoza

En audiencia que tuvo lugar el 22 de septiembre de 2008, según consta en el acta número 8, rindió testimonio la señora Laura Mendoza, prueba que había sido solicitada por las dos partes.

Concluida la declaración y firmada la constancia de comparecencia de la testigo, el apoderado de la parte convocante formuló la tacha a la que hace referencia el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil¹³, aduciendo como fundamento

13 **Art. 218.- Tachas.** Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindiera de toda otra prueba. Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración. El juez apreciará los testimonios sospechosos, de

de la misma la afirmación de la testigo en el sentido de desconocer el memorando interno enviado en febrero de 2007 por la oficina principal de EMI en Londres a todas sus subsidiarias poniendo de presente los criterios de reestructuración de la compañía y que de conformidad con el testimonio del señor Álvaro Rizo, contenía así mismo la instrucción de retirar del roster de artistas de EMI al señor Omar Gelles.

El Tribunal rechazó la tacha formulada por considerar que no se cumplieron los presupuestos que establece el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil para su procedencia, por tratarse de un testigo solicitado por las dos partes y por haberse formulado con posterioridad a haber concluido la diligencia de testimonio.

Contra dicha decisión se interpuso recurso de reposición, sin embargo fue confirmada por el Tribunal.

Ahora bien, aún cuando la tacha fue rechazada, el Tribunal ha considerado pertinente mencionar en este laudo las circunstancias en que ella fue propuesta, y el motivo de su rechazo, habida cuenta de que en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil se dispone que “los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia”.

Así pues, por haberse rechazado la tacha formulada, no hay lugar a hacer una referencia particular en esta oportunidad, a los motivos o pruebas en los que pretendió fundarse aquella.

9. Costas

El Tribunal estima las agencias en derecho para el presente proceso en la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000.00)

acuerdo con las circunstancias de cada caso.

En el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, se dispone:

“CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...

(...)

“6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

“9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Con posterioridad a la presentación del alegato de conclusión, el apoderado de la parte convocante presentó una relación de los valores que a su juicio se causaron en este proceso por concepto de costas y se anexaron documentos para acreditar su pago.

De dicho escrito se corrió traslado al apoderado de la parte convocada, quien no hizo manifestación alguna al respecto.

Adicionalmente el Tribunal solicitó que se acreditara el pago de las sumas correspondientes a los gastos de transporte de los testigos, solicitud que fue atendida por el apoderado de la parte convocante, quien presentó certificaciones de la aerolínea Avianca sobre la emisión de los respectivos tiquetes y su valor.

En cuanto a tales gastos, no obstante que las

certificaciones aportadas no aparecen firmadas, el Tribunal estima que constituyen prueba sumaria que permite deducir el valor pagado por concepto de gastos de transporte de los testigos citados por la parte demandante, a quien, por ser la peticionaria de la prueba correspondió asumir su pago.

De otra parte, entre las costas del proceso, el apoderado de la parte convocante incluye el valor de sus desplazamientos a Bogotá, rubro que en consideración del Tribunal no puede considerarse como costas del proceso, puesto que depende exclusivamente del acuerdo al que hubieren llegado el abogado y su cliente sobre las condiciones en que asumiría la representación.

Una vez sentado lo anterior, se tiene que en el presente caso la demanda ha prosperado parcialmente, mientras que las excepciones propuestas, salvo la de “inexistencia de nulidad” no quedaron demostradas.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal condena a la parte convocada al pago del ochenta por ciento (80%) de las costas y agencias en derecho causadas en el trámite arbitral que ha dado lugar al presente laudo.

Las costas que se causaron dentro del proceso ascienden a los siguientes rubros:

Honorarios de los tres árbitros	\$23.865.000.00
Honorarios de la secretaria	\$3.977.500.00
Gastos de nistración.....	\$2.055.000.00
Protocolización.....	\$3.240.000.00
Gastos del dictamen pericial	\$500.000.00
Honorarios del perito	\$1.500.000.00
Gastos de traslado de los testigos ...	\$2.061.980.00
Total	\$37.199.480.00
Agencias en derecho	\$7.500.000.00
Total liquidación de costas y agencias en derecho:	\$44.699.480.00

Como se dijo antes, de la liquidación total de costas

la parte convocada debe pagar a favor de la parte convocante el ochenta por ciento (80%), previa deducción de las sumas que ya ha cancelado, es decir el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios y gastos del Tribunal, porcentaje que asciende a dieciséis millones quinientos sesenta y ocho mil setecientos cincuenta pesos (\$16.568.750).

En este orden de ideas, la suma que, por concepto de costas y agencias en derecho habrá de pagar EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a OMAR GELLES SUAREZ, asciende a veintidós millones quinientos cuatro mil quinientos ochenta y cuatro pesos (\$22.504.584.00), según quedará establecido en la parte resolutive de este laudo.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las controversias contractuales entre OMAR GELLES SUÁREZ, como demandante y EMI MUSIC COLOMBIA S.A., como demandado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, debidamente habilitado por las partes y por la autoridad de la Ley.

RESUELVE:

Primero. RECHAZAR la objeción por error grave que formuló la parte demandada al dictamen pericial contable presentado por Ana Matilde Cepeda de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

Segundo. DESESTIMAR las excepciones de “Inexistencia de la obligación a cargo de EMI”; “Cumplimiento del contrato por parte de EMI. Pago”; “No hay mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de EMI”, “Falta de causalidad entre el supuesto daño y cualquier conducta u omisión de EMI”; “Culpa de la víctima”; “Violación al principio de Buena Fe por parte del señor Omar Gelles” y “Excepción de contrato no cumplido” propuestas

por la parte demandada en la contestación de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, salvo la excepción que se tituló “No existe causal alguna de nulidad” que prosperó, en los términos indicados en la parte motiva de este laudo.

Tercero. DECLARAR que EMI MUSIC COLOMBIA S.A. incumplió el contrato de interprete exclusivo suscrito con el señor OMAR GELLES SUAREZ el 31 de agosto de 2005.

Cuarto. DECLARAR, como consecuencia de lo anterior, la resolución del contrato de intérprete exclusivo celebrado el 31 de agosto de 2005 entre las mismas partes, a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo.

Quinto. CONDENAR a EMI MUSIC COLOMBIA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y como consecuencia de lo dispuesto en los numerales tercero y cuarto anteriores a pagar al demandante OMAR GELLES SUAREZ la suma de ochenta millones de pesos (\$80.000.000.00) por concepto de daño emergente, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

Sexto. CONDENAR a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a pagar a OMAR GELLES SUAREZ, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo, las sumas que se relacionan a continuación correspondientes a los diferentes rubros por concepto de lucro cesante:

A. La suma de dos millones ochocientos ocho mil pesos (\$2.808.000.00) por concepto de la estimación de los derechos artísticos o regalías por la tercera producción, con fundamento en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

B. La suma de cuatro millones setecientos treinta y cuatro mil seiscientos pesos (\$4.734.600) por concepto de la estimación de los derechos artísticos o regalías por la cuarta producción, con fundamento en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo. CONDENAR a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. a pagar a OMAR GELLES SUAREZ la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000.000.00), dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo, por concepto de perjuicios morales, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Octavo. DENEGAR, por lo dicho en la parte considerativa, las restantes pretensiones, es decir, la cuarta, la quinta numerales primero, segundo y quinto y denegar parcialmente la pretensión quinta numerales tercero y cuarto.

Noveno. CONDENAR en costas y agencias en derecho a EMI MUSIC COLOMBIA S.A. por la suma de veintidós millones quinientos cuatro mil quinientos ochenta y cuatro pesos (\$22.504.584.00), a favor del demandante OMAR GELLES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

Décimo. ORDENAR la expedición por Secretaría de sendas copias auténticas e íntegras del presente laudo con destino a cada una de las partes.

Undécimo. ORDENAR la protocolización del presente laudo en una notaría del Círculo de Bogotá y dejar constancia en el expediente de los gastos de funcionamiento y protocolización. Si quedare algún excedente, se restituirá lo correspondiente a las partes.

Esta providencia queda notificada en estrados.

GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ
Presidente

FERNANDO TRIANA SOTO
VALENZUELA
Árbitro

DANIEL PEÑA
Árbitro

ANNE MARIE MURRLE
Secretaria