

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO
CONTRA
CARACOL TELEVISIÓN S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil siete (2007).

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** y **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda, contestación y correspondientes réplicas.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.- Partes y representantes.

La parte convocante es **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, persona natural, mayor de edad, domiciliado en Bogotá y quien obra en este proceso en su propio nombre. Su apoderado judicial es el Doctor **GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ**, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar en el proceso de acuerdo con el poder especial obrante a folio 9 del cuaderno principal.

La parte convocada es **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, persona jurídica de derecho privado, debidamente constituida y matriculada, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y representada legalmente por **PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS**, en su calidad de Presidente de la Compañía, de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, obrante a folios 10 a 13 del Cuaderno Principal. Su apoderado judicial es el Doctor **JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO**, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso de conformidad con el poder obrante a folio 23 del cuaderno principal, poder que le fue conferido de manera verbal en la audiencia o reunión de designación del árbitro único.

2.- El pacto arbitral.

El pacto arbitral fundamento del presente proceso está incorporado en el numeral 20 del documento denominado “Anexo de Condiciones Generales” del contrato materia de controversia, esto es, el “Contrato para participar en un programa reality”, obrante a folios 1 a 6 del cuaderno de pruebas No. 1, pacto arbitral que es del siguiente tenor:

“20 CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las partes contratantes, cuyo nombre, domicilio y lugar exacto en que recibirán notificaciones se mencionan en este documento, se comprometen expresa y especialmente a que cualquier controversia o divergencia que ocurra entre ellas por causa de la aplicación, ejecución, terminación rescisión de este contrato, así como de la compensación de daños y perjuicios resultantes, se resolverá mediante la decisión de un árbitro designado por las partes, que ejercerá sus funciones en la ciudad de Bogotá D.C. y que decidirá en derecho aplicando la ley colombiana y el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En lo previsto en esta cláusula, se aplicarán las disposiciones pertinentes sobre proceso arbitral determinados por el Código de Procedimiento Civil o las normas que, dado el caso, llegaren a reemplazarlo en el futuro.”

3.- Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso.

La integración del Tribunal de Arbitramento y la etapa introductoria o inicial del proceso arbitral, se desarrolló de la siguiente manera:

3.1.- La demanda inicial fue presentada junto con todos sus anexos el día 13 de octubre de 2006 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien en desarrollo de las disposiciones procesales correspondientes, acatando lo previsto en la sentencia C-1038 de 2002 proferida por la Corte Constitucional y atendiendo lo acordado por las partes en el pacto arbitral, las convocó o invitó a la audiencia de designación del árbitro único, la cual se llevó a cabo el día 25 de octubre de 2006 y a ella asistieron el Convocante, su apoderado judicial, el Representante Legal de la Convocada y su apoderado judicial (Fls. 23 y 24 Cdo. Ppal.). Obrando de común acuerdo las partes designaron como árbitro único al Doctor **RAMIRO BEJARANO GUZMÁN**, quien habiendo sido notificado de su designación, aceptó de manera oportuna. (Fl. 27)

3.2.- El día 21 de noviembre de 2006 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, en la cual se fijó como sede del Tribunal y de su Secretaría las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente se designó como Secretario al Doctor **HENRY SANABRIA SANTOS**, quien de manera oportuna aceptó la designación e inició el desempeño de sus funciones.

3.3.- En la misma audiencia de instalación del Tribunal, mediante auto No. 1 se admitió la demanda por reunir los requisitos formales y se ordenó correr traslado de ella por el término de ley a la parte convocada, quien estando presente fue notificada de tal providencia y le fueron entregadas en ese mismo acto las correspondientes copias para surtir el traslado.

3.4.- Oportunamente la convocada contestó la demanda a través de su apoderado judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formulando las respectivas excepciones de fondo o de mérito. Igualmente solicitó el decreto y práctica de pruebas y aportó documentos.

3.5.- Surtido el traslado de las excepciones de mérito por el término y mediante el sistema de fijación en lista de que trata el artículo 108 del C. de P.C., la parte convocante reformó su demanda incorporando nuevas pretensiones y hechos, reforma que fue admitida por auto No. 2 del 23 de enero de 2007 (Fl. 63). Notificada dicha providencia a la parte convocada, ésta le dio oportuna contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formulando medios exceptivos, de los cuales se corrió traslado a la parte convocante por el término legal a través del sistema de fijación en lista, traslado durante el cual la convocante guardó silencio.

3.6.- Surtido el trámite anterior, el Tribunal señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación, la cual se realizó el día 8 de marzo de 2007. Durante esta audiencia las partes intentaron llegar a una solución directa y amigable de sus controversias, escuchando y debatiendo tanto las mutuas propuestas como las fórmulas de arreglo planteadas por el Tribunal, sin que se hubiese llegado a un acuerdo conciliatorio. En esa misma audiencia, luego de declararse fracasada la fase conciliatoria, mediante auto No. 5 (Fls. 81 a 84 Cdno. Ppal.) el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos del Tribunal, las cuales fueron pagadas en su totalidad por la parte convocante en la forma y término señalados en la Ley. Es de anotar que la parte convocada pagó extemporáneamente las sumas a su cargo, por lo que mediante auto No.7 del 29 de marzo de 2007 (Fl.89), se ordenó la devolución del correspondiente cheque.

4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1.- El día 11 de abril de 2007 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (Fls.93 a 101 Cdno. Ppal.), en la cual, luego de darle lectura al pacto arbitral, a las pretensiones de la demanda, a las excepciones de mérito y analizar el carácter transigible del litigio, el Tribunal mediante auto No.8 asumió competencia para resolver en derecho la controversia objeto del proceso.

4.2.- En firme la providencia mediante la cual el Tribunal asumió competencia, en esa misma audiencia mediante auto No. 9 se decretaron las pruebas pedidas por

las partes y las que de oficio estimó el Tribunal indispensables para resolver conforme a derecho la controversia.

Las pruebas fueron practicadas de la siguiente manera:

4.2.1.- El día 18 de abril de 2007 se practicó la diligencia de exhibición de documentos por parte de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, prueba decretada de oficio por el Tribunal. En esa diligencia fueron exhibidos todos los contratos celebrados por los demás participantes en el reality “Desafío 2006”, así como los recibos y comprobantes de pagos realizados a dichos participantes.

4.2.2.- En esa misma audiencia se practicaron los interrogatorios de parte tanto al extremo convocante como al representante legal de la sociedad convocada. De igual manera se recibieron los testimonios de **CAMILO ALBERTO ARGAEZ CASALLAS, JUAN PABLO GARAVITO LEGUIA, JAVIER ANDRÉS ROPERO GUEVARA** y **AMPARO GUTIERREZ CORNEJO**; los primeros decretados a instancia de la parte convocante y el último testimonio por solicitud de la convocada. Todas estas declaraciones fueron grabadas y posteriormente transcritas y puestas en conocimiento de las partes por el sistema previsto en el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.3.- El día 23 de abril de 2007 se recibieron los testimonios de **JULIANA MADRIÑAN SAA** y **WILTON SAÚL HUESO**, pruebas decretadas oficiosamente por el Tribunal. El día 3 de mayo de 2007 se recibió el testimonio de **CRISTINA PALACIO**, declaración cuya práctica fue solicitada por la parte demandada. Estas declaraciones igualmente fueron grabadas y tuvieron el trámite de que trata el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.4.- Se recibió prueba documental de parte de **IBOPE COLOMBIA S.A.** en respuesta al oficio remitido con tal fin y expedido por solicitud de la parte convocante. Esta documentación reposa a folios 148 a 154 del cuaderno de pruebas No.1.

4.2.5.- Se practicó, por solicitud de la parte convocante, un dictamen pericial económico y contable por parte de **ANA MATILDE CEPEDA**, perito designada por el Tribunal. Presentado el dictamen y durante su término de traslado ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones del experticio, las cuales fueron oportunamente rendidas por la auxiliar. Dicho peritaje fue objetado por la parte convocada **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, quien como prueba de la objeción solicitó la práctica de un nuevo dictamen pericial. Para tal efecto, el Tribunal designó a **CÉSAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARIZA**, quien rindió su experticio y posteriormente lo aclaró y complementó por solicitud de la parte convocante.

4.3. Surtido todo el trámite probatorio del proceso, el Tribunal señaló como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegaciones el día 17 de agosto de 2007,

audiencia en la cual los apoderados de las partes expusieron verbalmente sus alegatos y presentaron una versión escrita de los mismos, documentos que fueron aportados al expediente.

4. Término de duración del proceso.

El término de duración del presente proceso por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991 es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, término cuyo cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 11 de abril de 2007, razón por la cual la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del preciso término consagrado en la ley.

CAPITULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- Pretensiones de la demanda.

El convocante **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** reformó su demanda mediante escrito radicado el 11 de diciembre de 2006 (Fls. 49 a 62), integrando en un solo texto la demanda inicial y su correspondiente reforma. Las pretensiones incorporadas en la demanda son, entonces, las siguientes:

PRIMERA: Que se declare la existencia y validez de EL CONTRATO.

SEGUNDA: Que se declare la resolución de EL CONTRATO por la mora de CARACOL en el cumplimiento de sus obligaciones.

TERCERA: Que se declare la responsabilidad contractual de CARACOL por el incumplimiento de EL CONTRATO.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a CARACOL, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, a pagarle a JUAN ZEA los daños que resulten probados en este proceso y/o los daños que el Tribunal establezca en aplicación del principio de equidad.

QUINTA: Que se declare que CARACOL incurrió en abuso del derecho.

SEXTA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a CARACOL, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 830 del Código de Comercio, a pagarle a JUAN ZEA los daños que resulten probados en este proceso y/o los daños que el Tribunal establezca en aplicación del principio de equidad.

SÉPTIMA: Que se declare que CARACOL no podrá reproducir, radiodifundir, comunicar al público, transformar o utilizar de cualquier otra forma, las fijaciones audiovisuales donde aparezca JUAN ZEA o en las que se haga referencia específica a él, como tampoco podrá utilizar de manera alguna su voz, su imagen, su nombre y sus seudónimos (apodos).

OCTAVA: Que se condene a CARACOL a pagar la totalidad de las costas y gastos causados durante el presente proceso, debiendo hacerle a JUAN ZEA las restituciones que correspondan, incluyendo el pago de los honorarios de su abogado.”

2.- Hechos de la demanda.

En síntesis, los hechos de la demanda que fundamentan las pretensiones, son los siguientes:

2.1.- El día 5 de junio de 2006, **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** acompañó a su amigo **JUAN PABLO GARAVITO** al casting que estaba realizando **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, con el propósito de seleccionar a los participantes del reality “Desafío 2006”. Pese a que su intención no era participar en dicho programa, pues sus ocupaciones profesionales y académicas se lo impedían, en la medida que estaba terminando de cursar dos posgrados en derecho, **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** fue, por iniciativa de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, incorporado al equipo de participantes del mencionado reality; concretamente fue seleccionado para hacer parte del equipo de “Privilegiados”, el cual no había sido fácil conformar.

2.2.- Entre el 7 y el 16 de junio de 2006, **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** recibió varias llamadas y visitas de parte de funcionarios de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, con el propósito de concretar su participación en el mencionado programa. En una de esas visitas fue filmado en su apartamento, en su oficina y haciendo deporte.

2.3.- **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** fue informado por funcionarios de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** que como contraprestación por su participación en el programa recibiría la suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana que durara al aire como participante del programa reality, factor que fue el determinante para aceptar participar en dicho programa y suspender sus actividades profesionales y académicas.

2.4.- Para integrar el grupo de los “Privilegiados” **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** tuvo bastantes problemas, como quiera que durante el casting no se encontraron con facilidad personas que reunieran los requisitos exigidos, razón por la cual quienes finalmente participaron lo hicieron a cambio de una contraprestación alta.

2.5.- El 16 de junio de 2007, mientras **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** se encontraba en un hotel de la ciudad de Bogotá y antes de emprender el viaje al sitio donde se grabaría el programa, le fue presentado el contrato y el anexo del mismo para su firma, documentos éstos elaborados por **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** Al observar que en el texto del contrato no se incluyó el valor de la remuneración acordada indagó por tal situación, a lo cual el funcionario de la demandada le contestó que todos los participantes del “Desafío 2006” firmarían el mismo contrato pero que la remuneración había sido negociada y acordada de manera independiente. En el texto del contrato aparece únicamente, en lo que toca con la remuneración, la cláusula segunda, según la cual “El pago de la contraprestación a que tenga derecho EL PARTICIPANTE, se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya producido la eliminación de EL PARTICIPANTE al aire”.

2.6.- **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** participó en el reality “Desafío 2006” y duró al aire siete (7) semanas hasta que fue eliminado el 20 de agosto de 2006. No obstante que transcurrieron los cinco (5) días hábiles de que habla el contrato, **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** no canceló la remuneración pactada. En todo caso, durante la semana del 21 al 27 de agosto de 2006, **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** participó en el programa “Día a Día”, en el Chat y en la caminata de “Solidaridad por Colombia” estuvo en la carroza de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**

2.7. De otra parte, en la cláusula 3 del “Anexo de Condiciones Generales” del contrato materia de este proceso, se pactó que **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** obraría como representante, asesor y promotor de **JUAN GUILLERMO ZEA**, durante la ejecución del mismo y por un (1) año más, para la realización de ciertas actividades relacionadas con el mundo del espectáculo, lo cual tampoco ha sido cumplido por **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**

2.8. CARACOL TELEVISIÓN S.A. abusó de sus derechos contractuales, especialmente de aquellos derivados de la citada cláusula contractual, pues nunca inició actividad alguna tendiente a ejecutar dichos derechos a pesar de que con su ejercicio se obtendrían beneficios económicos tanto para **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** como para la convocada.

3.- Contestación de la demanda y excepciones de mérito:

CARACOL TELEVISIÓN S.A. le dio oportuna contestación a la demanda, aceptando algunos hechos y negando otros. En cuanto a las pretensiones, se opuso a su prosperidad y formuló las siguientes excepciones de mérito:

3.1.- “Inexistencia de obligación de pagar.” Se fundamenta esta excepción en que en el contrato celebrado entre las partes no se pactó el pago de suma alguna a favor de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**. Según se dice por la convocada, el demandante es un profesional del derecho con varios estudios de posgrado y

experiencia el ejercicio de aquél, luego carece de sentido que, después de haber conocido el contenido del contrato y haberlo suscrito a sabiendas de que no se había estipulado el pago de suma alguna de dinero, quiera ahora buscar reconocimiento de dineros no pactados.

3.2.- “Terminación del contrato y las obligaciones pactadas en él”. Se basa este medio exceptivo en que el contrato materia del proceso terminó cuando el demandante **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** finalizó su participación en el reality, no quedando obligación alguna pendiente de cumplimiento, por lo que no es jurídicamente viable que se decrete su resolución, tal y como se pide en la demanda.

3.3.- “Cumplimiento de las obligaciones contractuales”. Se hace consistir en que el contrato fue cumplido por ambas partes y no existen obligaciones insatisfechas, pues nunca en el contrato se pactó remuneración a favor de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, siendo usual en los contratos que se celebran para la participación en un reality que no se acuerde el pago de suma alguna de dinero distinta a la fijada como premio al ganador del programa, salvo que se trate de alguna estrella deportiva o de la farándula, quien por elementales razones cobra algún dinero por su sola participación, no siendo éste el caso del demandante.

3.4.- “Falta de causa para pedir”. Carece el demandante de fundamento alguno para pedir la suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana que estuvo como participante del citado reality, pues ni en el contrato, ni en la correspondencia cruzada entre las partes, aparece pacto comercial en tal sentido.

3.5.- “Inexistencia de perjuicios”. Se afirma como fundamento de la excepción que los perjuicios en nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual surgen del incumplimiento de las prestaciones pactadas, incumplimiento que en este asunto no existe pues **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** cumplió con todas y cada una de las obligaciones a su cargo y, por consiguiente no hay perjuicio alguno por indemnizarle a **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**.

Finalmente, afirma que indebidamente el demandante pretende que por la vía de la tasación de perjuicios se determine en este proceso la remuneración que aquél afirma fue pactada, circunstancia que es contraria a nuestro ordenamiento, pues los perjuicios son de naturaleza distinta a la fijación del precio.

3.6.- “Las que aparecieren probadas dentro del proceso”.

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACIONES.

No advirtiéndose causal de nulidad que invalide lo actuado, esto es, reunidos a cabalidad los presupuestos procesales, corresponde abordar las consideraciones fácticas y jurídicas en las que se sustentará la decisión a adoptarse en el presente laudo, para lo cual este Tribunal se ocupará del estudio de los siguientes pilares dialécticos:

I.- EL CONTRATO.

II.- DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DE CARACOL POR RAZÓN DEL REALITY 2006.

III.- DEL EXAMEN DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A CUARTA DE LA DEMANDA.

IV.- DEL ABUSO DEL DERECHO.

V.- DEL DERECHO DE AUTOR A LA IMAGEN Y LAS FIJACIONES AUDIOVISUALES.

VI.- EXCEPCIONES DE MÉRITO.

VII.- OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.

VIII.- DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

En consecuencia, procede el Tribunal al estudio de la controversia siguiendo el orden propuesto:

I.- EL CONTRATO.

Aspecto cardinal a definir es el de establecer la naturaleza jurídica y alcance del negocio celebrado entre las partes, que denominaron CONTRATO PARA PARTICIPAR EN UN PROGRAMA REALITY (cfr. folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas No. 1) al cual se agregó, como parte integral del mismo, un documento intitulado ANEXO DE CONDICIONES GENERALES (cfr. folios 3 a 7 del cuaderno de pruebas No. 1).

Tal punto se torna imprescindible, no sólo porque del mismo dependerá el resultado final de este litigio, sino, además, porque la parte convocante en su enjundioso alegato de conclusiones, planteó al tribunal como escenarios posibles acerca de cómo debería definirse la naturaleza jurídica del contrato celebrado, los

siguientes: la de considerarlo un contrato innominado pero tipificado en los artículos 165 y s.s. y 100 y 104 de la ley 23 de 1982; la de considerarlo un contrato típico de arrendamiento de servicios inmateriales nominado y regido por los artículos 1973 y 2063 y siguientes del código civil; o la de entenderlo como un contrato de mandato con representación.

Sea lo primero señalar que las propias partes en la cláusula primera del contrato por ellas suscrito, definieron que *“en virtud del presente contrato, EL PARTICIPANTE se compromete a tomar parte como concursante “PRIVILEGIADO” en las competencias, ensayos, montaje y fijación en soporte material de sonidos sincronizados con imágenes o de imágenes sin sonido del programa Reality que realizará CARACOL denominado DESAFIO 2006.....”*. A pesar de que en estricto sentido el contenido de la cláusula se refiere a la obligación de participar en el programa, lo cierto es que también permite avizorar que si las partes titularon esta disposición contractual con el nombre de OBJETO, fue porque tuvieron la inequívoca intención de que quedara claro que la finalidad del contrato entre ellas celebrado era definir las bases para que **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** participara en un programa concurso de los denominados *REALITY*, anglicismo con el que se conocen estos eventos que en los últimos tiempos han revolucionado la televisión en Colombia y en general en el mundo entero, los cuales en español bien podrían denominarse REALIDAD o CONCURSOS REALES. Tan cierto es lo anterior, que en el mismo sentido apunta el título que las partes dieron al contrato, como el negocio *“PARA PARTICIPAR EN UN PROGRAMA REALITY”*.

En el numeral 16 del ANEXO DE CONDICIONES GENERALES (Cfr. folio 5 vuelto) se lee que las partes decidieron definir el contrato entre ellas celebrado como uno de *“naturaleza civil, puesto que se trata de una actividad autónoma e independiente. Por tanto, se deja constancia de que entre los contratantes no existe ni ha existido para la ejecución del objeto de este contrato ninguna clase de relación laboral”*.

A juzgar por los apartes del contrato y su anexo antes transcritos, no hay duda de que los contendientes en este litigio lo que pretendieron fue celebrar un negocio jurídico de naturaleza civil, para regular sus compromisos con ocasión de un programa concurso de la televisión que prepararía y emitiría **CARACOL TELEVISIÓN** y en el que participaría **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**.

Tal acuerdo negocial, sin duda novedoso y complejo, no tiene tratamiento autónomo en el Código civil bajo la denominación de un contrato determinado e individualizado, por lo que se trata de un negocio en el que conviven disposiciones tanto de los contratos aleatorios previstos en los artículos 2282 a 2286 del Código Civil, como de la ley 23 de 1982, reguladora del derecho de autor, según el siguiente resumen de las cargas consignadas en los dos documentos suscritos por las partes, así:

Obligaciones relacionadas con la participación en el Reality.

En efecto, en lo que tiene que ver con la participación del doctor **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** en el programa DESAFIO 2006, para este Tribunal resulta claro que, de un lado, **CARACOL TELEVISIÓN** se obligó a realizar el programa y *“en caso de que el participante llegare a ser el ganador del Reality, tendrá derecho a que CARACOL le entregue el premio definido previamente por Caracol”* (Cfr cláusula 2, folio 1, cuaderno No 1 de pruebas), y, por el otro, que el extremo convocante se obligó a participar en ese programa, lo cual suponía tomar parte *“en las competencias, ensayos, montaje y fijación en soporte material de sonidos sincronizados con imágenes o de imágenes sin sonido del programa Reality que realizará CARACOL”*.

Esta participación en el programa debía darse bajo el apremio de las obligaciones a cargo del convocante, consistentes en *“cumplir todas las leyes aplicables, incluidas las de protección del medio ambiente”* y a no incurrir en *“actos de violencia física en contra de cualquier otro participante, de cualquier miembro del personal técnico de CARACOL, o de cualquiera otra persona, o contra bienes de CARACOL o terceros”* (Cfr. folio 3, cuaderno de pruebas No. 1). Igualmente, el convocante se comprometió en la cláusula novena del Anexo de Condiciones Generales (Cfr. folio 4, cuaderno de pruebas No. 1) a asumir unas obligaciones antes del comienzo del viaje al lugar donde se desarrollaría la acción objeto del concurso, otras durante su estadía en ese sitio y unas más durante un mes después de que se hubiese emitido el último capítulo del Reality en Colombia, todo ello además bajo estricta confidencialidad (Cfr. folio 4 vuelto, cuaderno de pruebas No. 1), que de ser violada haría efectiva una cláusula penal pactada por las partes en **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.00)**, diferente de otra cláusula penal de **VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00)** incluida en el documento CONTRATO PARA PARTICIPAR EN UN PROGRAMA REALITY, para el evento de que el convocante incumpliera *“cualquiera de las obligaciones contenidas en este contrato y en el Anexo de Condiciones Generales”* (Cfr. folio 1, cuaderno de pruebas No. 1).

El convocante, según lo previsto en la cláusula 21 del anexo de Condiciones Generales, también se obligó a prestar *“una póliza que ampare el cumplimiento de las obligaciones que adquiere por medio de este contrato”*, cuyo costo debería asumir **CARACOL TELEVISIÓN** (Cfr. folio 6, cuaderno de pruebas No. 1).

A su turno **CARACOL TELEVISIÓN**, en relación con la participación del programa, se obligó para con **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** en el evento de que llegare a ser el ganador del Reality a entregarle *“el premio definido previamente por CARACOL”* (Cfr. folio A, cuaderno de pruebas No. 1), el cual consistió en el pago de la suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)**, según se probó a lo largo y ancho del proceso a través de varios medios probatorios.

Aun cuando el contrato no lo menciona expresamente, es obvio que **CARACOL TELEVISIÓN** igualmente se obligó a asumir los costos de traslado y estadía del convocante hasta el sitio donde se realizó el concurso y por ende las grabaciones del programa, circunstancia igualmente acreditada durante el curso del proceso.

Obligaciones relacionadas con el derecho autoral.

Como ya se indicó, al lado de las reglas contractuales de participación en el Reality y su eventual remuneración, las partes, por razón de la difusión televisada del concurso y las necesidades obvias que ello entraña, pactaron otras obligaciones relacionadas con el derecho autoral, tales como la de que el convocante designaba a **CARACOL TELEVISIÓN** en forma exclusiva como *“asesor, representante y promotor en Colombia y en el resto del mundo, durante la duración (sic) de este contrato y un (1) año más, para el desarrollo de las siguientes actividades, en cualquier teatro, escenario, o medio conocido o por conocer, incluyendo, sin limitarse a, televisión abierta o cerrada, radio, prensa, internet y cine”*, actividades que las partes denominaron como de *“Entretenimiento”* (Cfr. folio 3, cuaderno de pruebas No. 1).

Igualmente las partes previeron que para que **CARACOL TELEVISIÓN** pudiera ejercer sus labores como asesor, representante y promotor exclusivo de la parte convocante *“suscribirá con terceros los contratos que estime convenientes, y EL PARTICIPANTE estará obligado a cumplirlos”* (Cfr. folio 4 vuelto del cuaderno No. 1 de pruebas), por lo que recibiría a título de contraprestación comisiones que oscilarían entre el 30% y el 20% de los futuros contratos que se llegaren a celebrar.

A estas obligaciones se sumó también la del convocante de *“ceder a CARACOL sin limitación de tiempo o territorio, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual que correspondan sobre las prestaciones personales realizadas en virtud de su participación en el Reality y aquellos que le correspondan sobre cualquier obra en la que se incluyan estas prestaciones personales”*, como también ceder *“los derechos patrimoniales de su imagen ,voz, fotografía y animación sobre las prestaciones realizadas”* (Cfr. folios 5 y 5 vuelto, cuaderno de pruebas No. 1). El alcance de esta cláusula 13 de las condiciones generales fue tal que inclusive en el parágrafo se dijo que *“los mecanismos de explotación anteriormente mencionados tienen un carácter eminentemente enunciativo, quedando CARACOL facultada para explotar, en cualquier momento y por cualquier medio conocido o que llegare a surgir, las prestaciones personales realizadas en virtud de este contrato y cualquier obra en la que se incluyen estas”*

No se aprecia ni el contrato ni en su anexo, ni en ningún otro documento, que las partes hubiesen previsto una remuneración a favor del convocante y a cargo de **CARACOL TELEVISIÓN**, por concepto de la cesión de sus derechos

patrimoniales, prevista en la cláusula 13 de las condiciones generales del contrato, ni tampoco que haya mediado renuncia alguna por la parte convocante a tales prestaciones, aspecto sobre el que posteriormente volverá el tribunal a propósito de pronunciarse sobre las pretensiones y excepciones incoadas.

En relación con el otorgamiento de la póliza que debería prestar la parte convocante para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, ya se dijo que el costo de la misma debió ser asumido por **CARACOL TELEVISIÓN** (Cfr. folio 1, cuaderno de pruebas No. 1).

Revisadas las cargas contractuales para cada parte, estima el Tribunal que respecto de la participación y eventual remuneración por razón del Reality, las partes se sometieron a un típico contrato aleatorio, mientras que en lo relacionado con los temas del derecho autoral, pretendieron valerse de la normatividad consignada en la ley 23 de 1982 y disposiciones concordantes.

En efecto, la participación en el programa estaba sujeta a una remuneración o “premio” al que solamente tendría derecho aquel de los participantes que después de un difícil proceso de eliminación mediante diversas pruebas o competencias quedara como único sobreviviente entre los varios participantes. En otras palabras, el premio sólo debería recibirlo el ganador del concurso, y éste sería aquel que después de someterse a las reglas del mismo, terminara ganando la simpatía y el favor del público en general.

Así las cosas, el concurso diseñado por **CARACOL TELEVISIÓN** implicaba para el participante desplegar un esfuerzo que le permitiera sobrevivir entre varios participantes y ganarse además el aplauso del público al cual estaban dirigidas las grabaciones de todo lo que ocurriera en la ejecución de las denominadas “*actividades de entretenimiento*”. Es decir, no se trataba solamente de un simple azar, sino el reconocimiento a la actuación de quien a la postre resultare vencedor.

A juicio del Tribunal, la forma como fuera definido lo relacionado con la participación en el Reality y su sistema de remuneración, calza perfectamente en la estructura de un contrato aleatorio, no precisamente el juego y la apuesta, los cuales, como se sabe, “*no producen acción ni excepción*” (artículo 2283 código civil), sino en la modalidad prevista en el artículo 2286 del mismo estatuto. Si bien el Código Civil no concede acción ni excepción para el juego o la apuesta, en todo caso exceptúa aquellos “*juegos de fuerza o destreza corporal*”, según las voces del artículo 2286 del mismo código, el cual dispone:

“Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 2283, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pié o a caballo, pelota, bola **y otros semejantes**, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de policía”.

Sabido es que Don Andrés Bello, redactor del que vino a convertirse en nuestro Código Civil, acudió en muchas disposiciones a la metodología del ejemplo, como mecanismo para definir un concepto o una institución. Esa metodología se aprecia también en el precitado artículo 2286 del Código Civil, pues en esta disposición se consagran unos juegos que sí conceden acción, siempre que el interesado o comprometido en los mismos deba asumir esfuerzos o enfrentar una competencia. Dicho de otra manera, el espíritu de la norma antes transcrita, es el de que cuando el juego consista en que algún participante en el mismo venza a otros por virtud de su esfuerzo personal y no como fruto del solo azar, en tal evento quien resulte ganador sí tiene acción para reclamar un premio.

La expresión que utiliza el artículo 2286 del código civil, en cuanto señala que la regla allí prevista se aplica a otros “*juegos semejantes*” permite concluir que en el caso sub lite, el Reality es uno de aquellos juegos, entendiendo por tales los concursos, en los que prevalece la fuerza, la destreza corporal, que usadas con talento y habilidad han de convertir en ganador a quien sobreviva o elimine a sus competidores.

No está en duda que en el caso del Reality media la destreza corporal y la fuerza del participante, pues sin estas cualidades mínimas el concursante ni siquiera estaría en condiciones de intervenir en el certamen. Bajo esa óptica, toma también sentido la cláusula 12 del anexo del Acuerdo de Confidencialidad, sobre exoneración de responsabilidad (Cfr. folio 5 cuaderno No. 1 de pruebas) en la cual las partes previeron que el participante “*entiende y acepta que las actividades a desarrollar dentro del Reality conllevan riesgos, y por lo tanto estará expuesto a sufrir daños y lesiones de diversa índole*” por lo que pactaron que **CARACOL TELEVISIÓN** quedaba a salvo de futuros reclamos por esos eventuales daños que no estuvieren cubiertos por una póliza de seguro que debió tomar la parte convocada, como también por las “*afecciones que EL PARTICIPANTE pudiese sufrir física, psíquica, y psicológicamente causadas directa o indirectamente por su participación en el Reality*” así como por “*las eventuales pérdidas o perjuicios económicos que EL PARTICIPANTE pudiese sufrir en sus relaciones matrimoniales, familiares, sentimentales, sociales, laborales o profesionales, por causa directa o indirecta de su participación en el Reality*”.

Sentado que el Reality es uno de los juegos similares a que se refiere el artículo 2286 del código civil, este Tribunal concluye que en ese aspecto el contrato suscrito entre las partes fue un contrato aleatorio para ambas partes, no uno innominado, ni de arrendamiento de servicios inmateriales, como lo propuso la parte actora en su importante escrito de alegaciones finales.

Aunque bastaría señalar que el contrato por ser aleatorio no puede ser de otra naturaleza, el tribunal considera pertinente insistir en que el contrato no fue innominado, porque lo acordado por las partes se tipifica como un negocio

aleatorio, al que se le agregaron, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, disposiciones propias del derecho autoral.

Tampoco es un contrato de arrendamiento de servicios materiales, porque el núcleo central de este negocio gravita en la prestación de "*obras inmateriales en las que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso*" según lo previsto en el artículo 2063 del código civil. Por lo demás, el hecho de que el DESAFIO 2006 no sólo demandase destreza corporal sino además talento de cada concursante, en modo alguno implica que el contrato supone la prestación de un servicio fijo, conocido, sujeto además a un resultado preestablecido o esperado, pues, por el contrario, la actividad de cada participante sólo tendría remuneración en razón de su participación en el concurso, de resultar vencedor. Este aspecto es el que hace que el contrato sea aleatorio, no otro, como lo sostiene la parte actora.

Menos el contrato suscrito entre las partes puede ser uno de mandato con representación, porque si bien en el contrato el demandante dijo designar a la entidad convocada para que actuara como su "*representante*", tal figura aunque implica representación, no es en estricto sentido idéntica a la prevista en el artículo 1262 del código de comercio como mandato, sino una figura propia del desenvolvimiento de las relaciones inherentes al derecho autoral, que en su contenido involucra la figura de la representación, sin que por ello el contrato deje de ser lo que es para convertirse en una institución contractual de naturaleza mercantil.

El alea del negocio celebrado, consistió en que **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** tendría derecho a un premio de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)** pagado por **CARACOL TELEVISIÓN**, sólo si resultaba vencedor en una competencia que se desarrollaría atendidas la fuerza y destrezas corporales de los participantes, combinadas con su talento y condición humana.

Dada la peculiar competencia que entrañaba el alea del contrato celebrado, las partes debieron involucrar normas relacionadas con el derecho de autor, lo cual no desnaturaliza el negocio aleatorio que celebraron. Las normas de derecho de autor que necesariamente han de tenerse en cuenta para regular las mutuas obligaciones de las partes derivadas del mismo contrato, serán analizadas posteriormente al momento de definir si le asiste o no razón a la parte actora respecto de la pretensión de la demanda, tal y como quedó reformada.

II.- DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DE CARACOL POR RAZÓN DEL REALITY 2006.

Definido que el contrato suscrito entre las partes fue aleatorio, el Tribunal debe ocuparse de cuáles prestaciones dinerarias debió atender **CARACOL TELEVISIÓN** a favor de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, para definir además

si se probó o no en el proceso que adicionalmente al premio, el convocante hubiese tenido derecho a pagos adicionales.

El pago del premio por la suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 300.000.000.00)** solamente se habría causado siempre y cuando **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, hubiese resultado vencedor en el Reality 2006. Como esa circunstancia no se dio, es obvio que **CARACOL TELEVISIÓN** no estaba obligada a pagar suma alguna por este concepto.

En relación con los emolumentos reclamados por el convocante, que según su dicho le fueron ofrecidos por una funcionaria de **CARACOL TELEVISIÓN**, el Tribunal considera pertinente, en primer término, definir si tal pago, en el evento de que resultase probado su ofrecimiento, sería incompatible con la naturaleza de aleatorio del Reality.

A juicio del Tribunal, un pago adicional y fijo a un concursante, en modo alguno implica que se desfigure la esencia del alea que entraña participar en un concurso. En efecto, si sobre las partes sigue pesando la incertidumbre de quién resultará ganador del premio, independientemente de que alguno de ellos haya recibido un pago por el tiempo de permanencia, ello hace que siga vigente el alea, que es lo que caracteriza e individualiza un contrato como aleatorio. En el caso objeto del litigio, los contratos celebrados con aquellos participantes que recibieron pagos adicionales por participar, no dejaron de considerar el alea de que alguno de ellos ganara, por lo que no obstante lo recibido, el negocio siguió teniendo la naturaleza de aleatorio.

El actor ha insistido a lo largo del proceso que cuando telefónicamente le fue confirmada su participación en el Reality, recibió una llamada telefónica de una persona vinculada a **CARACOL TELEVISIÓN**, quien le anunció que a él le sería cancelada una prestación fija de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana que durara su estadía en el lugar donde se realizaría la competencia y las grabaciones del programa.

Al proceso se allegaron abundantes pruebas, algunas por petición de las partes, otras en forma oficiosa, que no permitieron confirmar la versión del actor, sino que por el contrario, la infirmaron, según se aprecia en los medios probatorios que a continuación se precisan.

En el interrogatorio de parte rendido por el doctor **JORGE MARTÍNEZ LEON**, se advierten la pregunta número 10 y su respuesta, así:

“Dr ZEA FERNÁNDEZ: Los pagos hechos por CARACOL TELEVISIÓN a GLORIA GARCIA y a JUAN MANUEL CAMACHO, recuerda usted en qué fecha se negociaron aproximadamente, antes de iniciar el programa, o algo que nos pueda dar una indicación ?”

CONTESTÓ: Fueron pactados previamente, así lo demuestran los documentos que se iban de aportar al expediente, y repito surgieron en la medida en que las personas manifestaron que ese era un dinero que requerían para el mantenimiento de su casa, de sus labores ordinarias, en la medida en que iban a estar por fuera de su sede normal de su domicilio, de su sede de trabajo, y requerían de esos dineros para atender obligaciones periódicas, ese fue realmente el pacto que se hizo con ellos”. (Cfr. folios 158/9 cuaderno de pruebas No. 1).

En el mismo sentido apunta el dictamen pericial rendido por la doctora **ANA MATILDE CEPEDA**, en el que de acuerdo con la información solicitada por **CARACOL TELEVISIÓN**, se estableció que de los concursantes del denominado grupo de PRIVILEGIADOS, del que hizo parte el convocante, sólo se hicieron pagos a **GLORIA INÉS GARCÍA CAJIAO** por la suma de **QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000.00)** y a **JUAN MIGUEL CAMACHO SANINT** por la suma de **CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00)**, tal y como se lee en la página 24 del dictamen.

Del mismo modo en los contratos suscritos por **GLORIA INÉS GARCÍA CAJIAO** y **JUAN MANUEL CAMACHO SANINT**, se aprecian a folios 14 y 21 del cuaderno de pruebas número 1, la cláusula segunda, idéntica para ambos casos, excepción hecha del monto pagado a cada uno de estos participantes y las fechas en las que debían realizarse tales cancelaciones, así:

En el contrato de **GLORIA INÉS GARCÍA CAJIAO**:

“**SEGUNDA: CONTRAPRESTACIÓN ÚNICA:** CARACOL se obliga a pagar a EL PARTICIPANTE, por todas las actividades de actuación, participación en, o promoción del reality y todas las demás obligaciones contenidas en este contrato y en el Anexo de Condiciones Generales, la suma única de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$ 15. 000. 000. 00) que se pagarán de la siguiente manera: CARACOL hará un primer pago a EL PARTICIPANTE por el cincuenta por ciento (50%) del valor establecido en la presente cláusula, equivalente a la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS CON CERO CENTAVOS (\$ 7 . 500. 000. 00) el veintitrés (23) de junio de 2006, y un segundo y último pago por el cincuenta por ciento del valor restante, el cual se hará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se haya producido la eliminación del participante al aire.”

En el contrato de **JUAN MANUEL CAMACHO SANINT**:

“**SEGUNDA: CONTRAPRESTACIÓN ÚNICA:** CARACOL se obliga a pagar a EL PARTICIPANTE, por todas las actividades de actuación, participación en, o promoción del reality y todas las demás obligaciones contenidas en este contrato y en el Anexo de Condiciones Generales, la

suma única de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$ 40. 000. 000. 00) que se pagarán de la siguiente manera: CARACOL hará un primer pago a EL PARTICIPANTE por el cincuenta por ciento (50%) del valor establecido en la presente cláusula, equivalente a la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20. 000. 000. 00) el cinco (5) de julio de 2006, y un segundo y último pago por el cincuenta por ciento del valor restante, el cual se hará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se haya producido la eliminación del participante al aire.”

Adicionalmente, en el contrato suscrito con **GLORÍA INES GARCIA CAJIAO**, a la transcrita cláusula segunda se le agregaron dos párrafos, uno de los cuales dispuso:

“**PARÁGRAFO PRIMERO.** En caso de que el Participante llegare a ser el ganador del Reality, tendrá derecho al premio definido previamente por CARACOL pero no tendrá derecho a la contraprestación pactada en esta cláusula. Por lo anterior, los valores cancelados a EL PARTICIPANTE en virtud del presente contrato se entenderán como parte del premio y se descontará de la suma que se le deba entregar como premio”.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que en el caso de estos dos participantes, en los contratos respectivos ambas partes pactaron en forma expresa un pago previo, lo que confirma que tales erogaciones fueron discutidas y aprobadas previamente a la suscripción de los documentos respectivos. Expresado en otras palabras, dicha remuneración requirió de una estipulación a propósito.

Tal precedente es de importancia en el presente litigio, porque en el contrato celebrado entre **CARACOL TELEVISIÓN** y el convocante, no se incluyó una cláusula igual a la que sí se registró en los contratos de **GLORIA INÉS GARCÍA** y **JUAN MANUEL CAMACHO SANINT**, por medio de la cual **CARACOL TELEVISIÓN** se obligó a pagarles a los participantes unas sumas, que en el caso de la primera se imputarían al premio final, de resultar ella ganadora del certamen.

En principio, habría que concluir que si en el contrato objeto de litigio no se incluyó una cláusula semejante a la que sí trajeron los convenios de **GARCIA** y **CAMACHO**, fue porque en el primero las partes no discutieron tal erogación, ni la contemplaron. Empero, como el demandante tanto en la demanda y después en el curso del proceso ha reiterado que a él le fue ofrecido por un funcionario de **CARACOL TELEVISIÓN** un pago de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana que durara el Reality, es necesario examinar si en el proceso se probó o no esa circunstancia.

La testigo **AMPARO GUTIÉRREZ CORNEJO**, Gerente de Producción de **CARACOL TELEVISIÓN**, quien afirmó ser la única persona autorizada por la convocada “*para acordar la remuneración que se llegue a pactar cualquier de los artistas, actores y participantes*” (Cfr folio 195 cuaderno reprobadas No. 1), de

entrada negó haber conocido al convocante antes del programa, por lo que está descartada como probable funcionaria de la parte convocada que hubiere hecho ofrecimiento al actor. A esta testigo le fue formulada una pregunta concreta sobre el tema, que respondió también de manera categórica:

“Dr ARBOLEDA: Sabe usted si entre el 7 de junio del año 2006, y el 16 de junio del mismo año, alguna de las personas que trabajan en producción o alguien de producción, le comentó a usted que había convenido pagarle alguna suma de dinero al señor Juan Zea Osorio ?”

Sra GUTIÉRREZ: No, y absolutamente eso no puede suceder porque es que ninguna persona que esté bajo mi responsabilidad puede hablar de negociaciones, nadie, ni de pagos, ni de absolutamente nada” .

Adicionalmente, esta testigo es coherente con su dicho, en cuanto al ser interrogada sobre qué persona era quien había negociado en nombre de **CARACOL TELEVISIÓN** los pagos previos a los otros concursantes privilegiados, **GARCIA** y **CAMACHO**, sin dubitación alguna respondió “*Yo, personalmente*”. Es decir, ella asumió la responsabilidad de haber negociado antes con los otros concursantes que sí recibieron los pagos que echa de menos la parte actora en su favor.

La testigo **JULIANA MADRIÑÁN**, trabajadora ocasional de **CARACOL TELEVISIÓN**, concretamente para los programas Reality , quien en contra de lo afirmado por el actor, a la pregunta sobre a qué se debe que ella sea señalada como la persona que en compañía de un funcionario de una notaría le entregó el contrato al demandante, respondió: “*Completamente falso, yo no estuve cuando le entregaron el contrato, ni estuve cuando leyó el contrato, ni cuando lo autenticó*” (Cfr. folio 207 cuaderno de pruebas No. 1).

La testigo **CRISTINA PALACIO CONDE**, Vicepresidente de Desarrollo de **CARACOL TELEVISIÓN**, le fue formulada la siguiente pregunta en torno al tema que ocupa la atención del tribunal:

“Dr ARBOLEDA: Usted sabe si alguien le ofreció al señor Juan Guillermo Zea alguna remuneración por su participación en el Desafío 2006 ?.

SRA PALACIO: Nadie, pues que yo conozca nadie, la persona autorizada para hacer este tipo de ofrecimientos, es la señora Amparo Gutiérrez, con quien yo trabajo de la mano, y se sabía de antemano que solamente a estas dos personas se les iba a hacer una remuneración” (Cfr folio 219 cuaderno reprobadas No 1).

Finalmente, el testigo **WILTON SAUL HUESO**, funcionario de la Notaría 35 de Bogotá, citado oficiosamente a declarar en el proceso, quien fue la persona que por encargo del titular de esa Notaría concurrió al hotel donde estaba hospedado

el demandante antes de emprender el viaje para participar en el Reality, para realizar el trámite de la autenticación del contrato, de quien el actor refiere fue enterado de sus reparos para firmar el contrato por no haber incluido el tema relacionado con los pagos previos, a la pregunta de si recordaba que el actor hubiese expresado que hacía falta algo en el contrato, contestó:

“No, no expresé nada, la verdad yo siempre pregunto, están de acuerdo con lo que dice el contrato, lo leyeron ¿, no me consta, porque uno nunca sabe si lo leyeron o lo miraron o ¿ pero me dicen si, entonces procedo, préstame su cédula, me prestan la cédula, firman y su huella para la respectiva autenticación”. (Cfr folios 213 del cuaderno de pruebas No 1)

Es más, este testigo, como bien lo recordó el apoderado de **CARACOL TELEVISIÓN** en su intervención oral en la audiencia de alegatos, ni siquiera reconoció a **JULIANA MADRIÑÁN**, como la persona que lo acompañaba al momento de tomar la firma del convocante para su autenticación.

Analizadas en conjunto las anteriores evidencias, se desprende, sin lugar a dudas, que en el expediente no milita evidencia que confirme la versión del actor, según la cual, alguna persona de **CARACOL TELEVISIÓN** o autorizada por la misma, le ofreció un pago de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana de duración del programa.

Ante esa realidad, el tribunal sólo puede concluir que no se probó que alguien de **CARACOL TELEVISIÓN** hubiese ofrecido pagar suma alguna al convocante diferente de la del premio de llegar a resultar ganador, pues, por el contrario, las evidencias antes reseñadas indican lo contrario.

III.- DEL EXAMEN DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A CUARTA DE LA DEMANDA.

Con base en los pilares sustanciales que se han dejado previamente sentados, procede el Tribunal a ocuparse de las pretensiones primera a cuarta, relacionadas con la existencia y la validez del contrato, su eventual resolución o declaratoria de incumplimiento por la parte convocada, y el reconocimiento consecuencial de perjuicios.

En relación con la pretensión primera, por medio de la cual se busca “*que se declare la existencia y validez de EL CONTRATO*”, se accederá a ella, porque se probó su existencia, y no hay motivo alguno que permita invalidarlo o restarle eficacia jurídica.

En efecto, se trata de un contrato que fue elevado a escrito debidamente reconocido y autenticado por ambas partes, que recoge un clausulado que se

ajusta a las prescripciones legales, que no implica desconocimiento de norma imperativa alguna, y que fue celebrado por sujetos plenamente capaces.

Adicionalmente, téngase presente que ninguna de las partes ha cuestionado la existencia o la validez del contrato entre ellas celebrado, pues, por el contrario, ambas han coincidido en que se ajusta a las prescripciones legales.

En consecuencia, el Tribunal acogerá favorablemente la primera pretensión, en el sentido de declarar existente y válido el contrato suscrito entre las partes.

En lo que concierne con las pretensiones segunda a cuarta, el tribunal encuentra que las mismas están concebidas a partir del alegato de la parte actora, según el cual **CARACOL TELEVISIÓN** ha debido pagar al convocante una suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana de duración de su participación en el Reality, pues en relación con el pago del premio de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)**, éste solamente se habría causado de haber resultado ganador, evento que no se dió.

Así las cosas, el Tribunal considera que frente a estas específicas pretensiones segunda a cuarta de la demanda, han de prosperar las excepciones de mérito de *inexistencia de la obligación de pagar, cumplimiento de las obligaciones contractuales, falta de causa para pedir e inexistencia de perjuicios*, las cuales aunque se han denominado de diversa manera, en el fondo giran sobre el mismo hecho exceptivo, consistente en que **CARACOL TELEVISIÓN** no estaba obligada a pagar la suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana de duración del Reality. Habría bastado formular una sola excepción fundada en el mismo hecho que resultó probado en el plenario, para que ese medio exceptivo se abriese camino favorable al demandado. En el presente evento, el demandado opuso al hecho invocado por el actor acerca de un pago de una suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** por cada semana que permaneciere en el Reality, otro hecho, que se hizo consistir en que jamás hubo tal ofrecimiento ni pacto en ese sentido, lo cual fue probado durante el proceso, como antes quedó explicado.

Probado el hecho común de las excepciones de mérito *inexistencia de la obligación de pagar, cumplimiento de las obligaciones contractuales, falta de causa para pedir e inexistencia de perjuicios*, lo que procede es la declaratoria de las mismas, se repite sólo respecto de las pretensiones segunda a cuarta, que fue en relación con las cuales se formularon las mismas, según se deduce de su contenido.

En efecto, si a las pretensiones segunda a cuarta de la demanda, el demandado planteó como hecho exceptivo el que jamás estuvo obligado a pagar suma diferente de la del premio por la participación del convocante en el Reality, de ello se sigue que **CARACOL TELEVISIÓN** no ha incurrido en mora alguna en el

cumplimiento de sus obligaciones, y que, por lo mismo, no puede abrirse camino la resolución deprecada en la pretensión segunda. La ausencia de una prestación económica en tal sentido a cargo de la convocada, descarta, como es apenas obvio, cualquier referencia a su eventual o hipotética mora.

Del mismo modo, si **CARACOL TELEVISIÓN** no estuvo obligada a pagar esa suma diferente a la del premio, conclúyese sin ninguna hesitación que la parte convocada no ha incurrido en evento alguno que amerite la declaración de que es responsable contractualmente por un supuesto incumplimiento del contrato, como se pretende en la petición tercera de la demanda.

En relación con la pretensión cuarta, formulada como consecuencial de la precedente tercera, esta última naufragará por la prosperidad de las excepciones de mérito, y correrá la misma suerte de las pretensiones principales. En efecto, si la petición consecuencial no será acogida, menos puede serlo el pedimento consecuencial de que se decrete el reconocimiento de los supuestos daños reclamados por el convocante.

Por las razones que se han dejado consignadas, el tribunal declarará probadas las excepciones de mérito *inexistencia de la obligación de pagar, cumplimiento de las obligaciones contractuales, falta de causa para pedir e inexistencia de perjuicios*, respecto de las pretensiones primera a cuarta de la demanda, las que en consecuencia no se acogerán.

IV. DEL ABUSO DEL DERECHO.

El abuso de derecho que le enrostra la convocante a la parte demandada, se hace consistir, según el hecho 19 de la demanda reformada, en que “*CARACOL abusó de sus derechos contractuales, en especial de aquellos derivados de la cláusula referida en el hecho 22 (sic) anterior: CARACOL, injustificadamente, nunca inició actividad alguna tendiente a ejecutar dichos derechos a pesar de que con su ejercicio JUAN ZEA y CARACOL obtendrían beneficios económicos*” (Cfr. folio 50 cuaderno No. 1).

Sea lo primero advertir que la demanda no tiene un hecho 22, ni en su versión inicial, ni en la reformada, por lo que de la lectura de la última (Cfr folio 50 del Cuaderno No. 1), se concluye que el hecho precedente al que se hace alusión es el 18, en el que se afirmó que “*CARACOL incumplió las obligaciones correlativas que se derivan de la cláusula referida en el hecho anterior, pues no ha realizado ninguna gestión tendiente a su cumplimiento*”. La cláusula del contrato a la que se hace alusión es la 3 del Anexo de Condiciones Generales, la cual reza

“EXCLUSIVIDAD. EL PARTICIPANTE designa exclusivamente a CARACOL como su asesor, representante y promotor en Colombia y en el resto del mundo, durante la ejecución de este contrato y un (1) año más,

para el desarrollo de las siguientes actividades, en cualquier teatro, escenario, o medio conocido o por conocer, incluyendo, sin limitarse a, televisión abierta o cerrada, radio, prensa, Internet y cine”.

En conclusión, el supuesto abuso de derecho del que se sindicó a **CARACOL TELEVISIÓN**, se deriva de la circunstancia de que la demandada omitió realizar los actos de asesoría, representación y promotor del demandante, durante la ejecución del contrato y un año más, para el desarrollo de varias actividades. Es decir, el abuso del derecho que se endilga al convocado es en la modalidad de omisión por parte de **CARACOL TELEVISIÓN**.

Si el deber de conducta desatendido en aparente abuso del derecho, como lo pregonó la parte actora, consistió en no haber adelantado **CARACOL TELEVISIÓN** las labores de asesoramiento, representación y promoción de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, es preciso establecer si efectivamente tal situación se presentó y cuáles las razones para ello.

Es claro, que mientras el doctor **ZEA** estuvo participando en el Reality, **CARACOL TELEVISIÓN** cumplió con su deber de promocionar y difundir el programa, por lo que por este período no hay queja alguna elevada por la parte actora.

El demandante admite en el hecho 15 de la demanda inicialmente presentada, que *“durante la semana del 21 al 27 de agosto de 2006, JUAN ZEA participó en el programa DÍA A DÍA de CARACOL, en el CHAT de CARACOL y en la caminata de la solidaridad por Colombia, obviamente en la carroza de CARACOL”* (Cfr folio 3 del cuaderno No 1).

Si el 20 de agosto de 2006 se produjo la eliminación de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** del Reality, según lo refiere el propio demandante en el hecho 13 de la demanda (Cfr. folio 3 del cuaderno No. 1), tiene un alto significado que en la semana siguiente, ya de regreso a Bogotá, el demandante hubiese participado en el programa DÍA A DÍA y en el CHAT de CARACOL, y además en la caminata “Solidaridad por Colombia”, precisamente en una carroza preparada y patrocinada por **CARACOL TELEVISIÓN**. Tales actividades se desarrollaron precisamente como consecuencia de la participación del demandante en el Reality y obviamente en desarrollo del contrato que las partes suscribieron.

En otras palabras, al día siguiente de producida la eliminación del actor en el Reality, éste se involucró en claras actividades posteriores de promoción organizadas o patrocinadas por **CARACOL TELEVISIÓN**, lo que permite concluir que la intención primigenia de la demandada sí fue la de adelantar tales actividades de asesoramiento, representación y promoción del demandante, tal y como estaba pactado en el contrato. ¿Qué ocurrió entre las partes, para que esa inicial voluntad de ambas no avanzara o continuara con otras actividades similares a las desarrolladas entre la semana del 21 al 27 de agosto?

Obra a folios 12 y 13 del cuaderno de pruebas No 1, copia de un mensaje electrónico enviado el 5 de septiembre de 2006 por **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** a **CRISTINA PALACIO** y **AMPARO GUTIERREZ**, funcionarias de **CARACOL TELEVISIÓN**, en el que aquel se refiere a la reunión sostenida con estas el 30 de agosto de 2006, durante la cual se planteó el espinoso tema del pago de los **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)** que el demandante reclamó por cada semana de su participación en el programa Reality. En ese correo electrónico el demandante resume las posiciones enfrentadas de **CARACOL TELEVISIÓN** sobre este aspecto, y ante la perspectiva de que **CARACOL TELEVISIÓN** no accedió a sus reclamos, expresó con contundencia:

“Pasos a seguir.

Según el cronograma fijado en la reunión, el pasado viernes venció el término para que CARACOL me informara su deseo de negociar el quantum (sic) de mi remuneración, o su intención de contestar la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento que a habré de instaurar ante su negativa” (SIC)

Ante el silencio de CARACOL, he nombrado al doctor Guillermo Zea Fernández como mi abogado en este asunto quien se comunicará con ustedes en el transcurso de esta semana.

Espero que con él lleguen a un acuerdo justo que nos garantice mantener relaciones económicas de mutuo beneficio económico”.

Alrededor de un mes después de haberse enviado el anterior correo electrónico, el profesional del derecho designado por el actor para representarlo en sus conversaciones con **CARACOL TELEVISIÓN**, el día 13 de octubre de 2006, estaba radicando en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la solicitud de convocatoria del presente tribunal de arbitramento y la demanda.

De lo explicado lo que se colige es que las buenas o regulares relaciones que hubiesen existido entre las partes hasta el 30 de agosto de 2006, quedaron averiadas a partir de ese día y definitivamente rotas el 5 de septiembre de 2006, cuando el demandante notificó a **CARACOL TELEVISIÓN** que ante la imposibilidad de conciliar un arreglo, procedería a agotar las acciones judiciales, las que efectivamente concretó muy poco tiempo después, a través de la convocatoria de este tribunal.

Si esas relaciones quedaron fracturadas o al menos deterioradas, independientemente de quien tenga la razón sobre el punto controvertido, fácil resulta concluir que enfrentadas las partes por cuenta de la reclamación, el ultimátum de demanda y la convocatoria del tribunal, ninguna de las dos estuvo

dispuesta a continuar realizando actividades similares a las que desplegaron en la semana del 21 al 27 de agosto de 2006, una vez regresara a Bogotá el demandante.

En ese orden de ideas, mal puede concluirse que la omisión que se le imputa a **CARACOL TELEVISIÓN** de no haber realizado las labores de asesoramiento, representación y promoción de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, como en efecto ocurrió, obedeció a un ejercicio abusivo del derecho de la demandada. Otra fue la circunstancia que contribuyó a que no pudieran realizarse esas labores a cargo de **CARACOL TELEVISIÓN**, además imputables a ambas partes.

Si no se hubiese presentado la controversia que distanció a las partes y las condujo hasta el presente tribunal de arbitramento, todo hace presumir que ambas habrían continuado dispuestas a intervenir en esas actividades que requerían asesoramiento, apoderamiento y promoción. Pero enfrentadas primero en sus conversaciones preliminares y luego en este tribunal, ambas decidieron tácitamente en no continuar sus relaciones, pues no se aprecia que el actor hubiese insistido posteriormente en que se le asesorara, representara o promocionara, ni tampoco que **CARACOL TELEVISIÓN** hubiese expresado su intención de estar dispuesta a asesorar, representar o promover a quien se convirtió en su demandante

No aprecia, por tanto, el Tribunal que esa falta que se le enrostra a **CARACOL TELEVISIÓN** sea consecuencia de un abuso de su derecho. Lo que sucedió fue fruto obvio y esperado de las dificultades que se suscitaron, las cuales hicieron imposible continuar desarrollando actividades en forma conjunta y de contera el asesoramiento, la representación o la promoción. En otras palabras, la finalidad económica que potencialmente se buscaba con el asesoramiento, representación y promoción, perdió vigencia y utilidad ante la ruptura tácita de las relaciones entre ambas partes, por causa del presente conflicto.

No hubo, en consecuencia, ni dolo, ni culpa, imputable a **CARACOL TELEVISIÓN** en la omisión que le reclama el demandante, requisito necesario para que pudiera abrirse camino el reconocimiento de haber obrado con abuso del derecho.

Al respecto, conviene recordar la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 9 de agosto de 2000, proferida dentro del expediente 5372. M.P.: Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles, en la que se delinearon los elementos para que pueda prosperar una declaratoria de abuso del derecho, así:

“2.1. Al disponer el artículo 830 del Código de Comercio que ‘El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause’, acogió el ordenamiento legal colombiano, sin ambages, la regla denominada del "abuso del derecho" que de manera genérica señala que los derechos deben

ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes “de la persona y del ciudadano”, amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.

Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación...” (Casación del 19 de Octubre de 1994).”

En el mismo sentido, resultan esclarecedoras las conclusiones contenidas en el laudo arbitral proferido el día 8 de marzo de 1993 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre BANCO EXTEBANDES DE COLOMBIA S.A. y el BANCO CAFETERO¹:

“De este copioso aporte doctrinal y jurisprudencial puede llegarse a la conclusión de que la teoría del abuso del derecho adquirió carta de naturaleza y posición propia dentro del derecho colombiano, con los siguientes rasgos característicos:

- o La mencionada teoría vino a agregarse a las ya conocidas y de antaño consagradas fuentes de la responsabilidad aquiliana por el hecho personal

¹ Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores LUÍS CARLOS NEIRA ARCHILA, CRISTIAN MOSQUERA CASAS y ANTONIO DE IRRISARRI RESTREPO.

ilícito, reconocidas por los artículos 2341 y 2342 y concordantes del Código Civil.

○ **Dentro de ese preciso pero amplio enfoque, quien alegue en su favor y frente a su contraparte la comisión de actos abusivos del derecho, está en la obligación de demostrar los elementos axiológicos de toda responsabilidad civil por el hecho ilícito, a saber: una culpa o error de conducta cometido por el demandado, un daño o perjuicio que habrá de repararse, y una relación o nexa causal entre aquella y este último.**

○ El demandado a quien se le imputa la comisión de actos constitutivos de abuso en el ejercicio de sus derechos, se exonera de toda responsabilidad si acredita ora su ausencia de culpa, que al decir de un tratadista nacional, consiste en “la corrección en su obrar, diligencia, previsión, cuidado, advertencia y conocimiento normales”, ora la existencia del perjuicio alegado por el demandante o bien la ausencia de nexa causal entre el supuesto abuso y el daño alegado, porque entre el acto culposos, constituido por el ejercicio abusivo del derecho y el perjuicio se interpuso una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, o un caso fortuito, o la intervención de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima en la causación del perjuicio.

○ El abuso del derecho requiere como elemento característico fundamental que se esté en presencia del ejercicio de un derecho legal o contractualmente reconocido, con una finalidad totalmente extraña al objetivo con vista en el cual el derecho fue conferido por la ley o consagrado en el contrato o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, que se trate de actos que “se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu” (Cas. Civil, Sentencia del 5 de agosto de 1935, “Gaceta Judicial”, tomo XLV, Pág. 420).

○ Para la estructuración de esta especie de responsabilidad poco importa la oportunidad en la cual se produjo el perjuicio, pues tanto de que se trate de la violación de un deber contractualmente impuesto o asumido, como de la trasgresión de un deber universal o del abuso de prerrogativas concedidas por la ley.

○ El abuso del derecho ha de medirse primordialmente con el mismo patrón aplicable a la actividad ordinaria para determinar si los daños ocasionados son indemnizables, y se acredita entonces con el yerro de conducta con que define la culpa: todo error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas condiciones externas del agente.

Al decir de Peirano Facio, “el problema del abuso del derecho debe solucionarse de acuerdo a (sic) los principios generales de la responsabilidad extracontractual, esto es, de acuerdo (sic) las normas genéricas sobre la ilicitud y la culpa. **Habrá abuso de derecho cuando aún actuando formalmente de modo lícito, el sujeto de un derecho desarrolle su conducta de una manera sustancialmente ilícita, y, además, cuando sea subjetivamente imputable de dicha actuación, esto es, cuando actué con dolo, culpa o negligencia.** No existe en nuestro derecho razón alguna para pensar que si en cualquier caso de

responsabilidad civil la realización culpable de un acto acarrea responsabilidad, no ocurra lo propio en materia de actos ilícitos ejecutados en abuso de los derechos de sus autores” (Jorge Peirano Facio, “Responsabilidad Extracontractual”, 3ª edición, Temis, Bogota, 1981, pág. 297), Criterio que es compartido por Ordoqui y Olivera, quienes expresan que “Las hipótesis conceptualizadas como de ejercicio de los derechos subjetivos, no constituyen por tanto una categoría autónoma respecto a los delitos y cuasidelitos civiles. Son auténticos delitos y cuasidelitos civiles, cometidos en el ejercicio de una facultad jurídicamente consagrada. A esta solución se llega analizando los casos de abuso del derecho y los elementos requeridos para el delito y el cuasidelito civil. Estos encuadran perfectamente en tales hipótesis, pues es completamente indiferente al concepto de ilicitud y a la incursión en un comportamiento ilícito culposo el hecho de que esta conducta se ampare en un derecho subjetivo, independientemente de cuál de los “standards jurídicos” establecidos oportunamente se adopte, el ejercicio abusivo de un derecho deberá constituir una conducta contraria a la ley, a las buenas costumbres, a la moral, o diferente a la que adoptaría un buen padre de familia, ubicado ante la misma coyuntura. De otro modo, tales actos no serán susceptibles de generar responsabilidad” (Gustavo Ordoqui y Ricardo Olivera, “Derecho Extracontractual”, vol. II. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974, págs. 153 y 154. Negrillas fuera del texto.)” (subrayado no hace parte del original).

En el presente evento, no se avizora que **CARACOL TELEVISIÓN** hubiese procedido con dolo, culpa o negligencia al no haber realizado las labores de asesoramiento, representación y promoción de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, a partir del 30 de agosto de 2006, ni menos un motivo inconfesable o el propósito deliberado de causar daño al demandante.

En otros términos, no está probado el abuso del derecho, por lo que en esas condiciones, el tribunal declarara impróspera la pretensión quinta de la demanda, por medio de la cual se reclamó una declaratoria acerca de que “*CARACOL incurrió en abuso de derecho*”, como también su consecuencial pretensión sexta del libelo, para que “*se condene a CARACOL, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y el artículo 830 del Código de Comercio, a pagarle a JUAN ZEA los daños que resulten probados en este proceso y/o los daños que el Tribunal establezca en aplicación del principio de equidad*”, como así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo.

V.- DEL DERECHO DE AUTOR A LA IMAGEN Y LAS FIJACIONES AUDIOVISUALES.

Como bien se indicó antes, en el contrato celebrado entre las partes, conviven las normas propias de un negocio aleatorio, con las del derecho de autor, concretamente las relacionadas con el derecho a la imagen y las fijaciones audiovisuales.

El punto a dilucidar es el de si en el asunto sub lite, con el contrato que las partes suscribieron, puede **CARACOL TELEVISIÓN** reproducir, radiodifundir, comunicar al público, transformar o utilizar de cualquier otra forma, las fijaciones audiovisuales, donde aparezca la imagen de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** o en las que se haga referencia específica a él, o utilizar de alguna manera su voz, su imagen, su nombre y sus seudónimos, como se reclama en la pretensión séptima de la demanda.

A pesar de que en el artículo 36 de la ley 23 de 1982 se prevé que “*la publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público*” el autor de una obra cinematográfica tiene derecho a su imagen y a explotarla como lo decida, y a ceder sus derechos de autor sobre la misma. Al respecto, el profesor DANIEL PEÑA VALENZUELA, ha expresado que “*los ordenamientos constitucionales usualmente protegen la imagen de los individuos como prolongación de la personalidad individual y como derecho personalísimo excepcionalmente limitado por la presencia en eventos públicos cuyo carácter información habilita su divulgación.....En Colombia, la regulación de la imagen de las personas aparece en la ley de derechos de autor en la que se establece que la publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público. **Los fines permitidos del uso del retrato están limitados de manera taxativa a las hipótesis previstas en la ley**” (“La explotación de bienes intangibles vinculados con actividades deportivas”. Artículo publicado en la revista del Centro de la Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Número 9, Primer Semestre 2006, pagina 48. Ed. Externado de Colombia).*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 76 de la ley 23 de 1982 “*los autores de obras científicas, literarias o artísticas y sus causahabientes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:*

- A.- *La edición o cualquier forma de reproducción.*
- B. *La traducción, arreglo o cualquiera otra forma de adaptación.*
- C. *La inclusión en película cinematográfica, videograma, cinta video, fonograma o cualquier otra forma de fijación*
- D. *La comunicación al público, por cualquier procedimiento o medios, tales como:*
 - 1.- *La ejecución representación, recitación o declamación*
 - 2.- *La radiodifusión sonora o audiovisual*
 - 3.- *La difusión por parlantes, telefonía con o sin cables, o mediante el uso de fonógrafo, equipos de sonido o grabación y aparatos análogos.*
 - 4.- *La utilización pública por cualquiera otro medio de comunicación o reproducción, conocido o por conocerse.”.*

En el mismo sentido se expresa el artículo 13 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al prever que “*el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

- a.- La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- b.- La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c.- La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d.- La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*
- e.- La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”.*

De las normas transcritas se desprende la facultad que le asiste al autor de una obra respecto de la disposición y utilización de la misma y de su propia imagen. Tal disposición de la obra puede realizarse a título gratuito u oneroso, según lo prevé el artículo 3 de la ley 23 de 1982, obviamente con exclusión de los derechos morales, que son inalienables e indisponibles. En la misma dirección apuntan los artículos 29 y 30 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El acto de enajenación del derecho de autor ha de constar en escritura pública o en documento privado debidamente reconocido y autenticado, como lo pregona el artículo 183 de la ley 23 de 1982, en concordancia con el artículo 6 de la ley 44 de 1993, la cual estableció que los actos dispositivos deberán ser inscritos en el registro nacional como condición de publicidad y oponibilidad ante terceros, sin que el registro sea un elemento de validez, ni constituya un requisito *ad substantiam actus* del negocio, el cual será válido independientemente de que se registre o no, pero oponible ante terceros solo a partir de su registro.

Cualquier obra - y en ello ha de incluirse el derecho a la imagen - puede transmitirse bien por causa de muerte o por acto entre vivos, tanto a título gratuito como a título oneroso, como ya se dijo.

En ese orden de ideas, es preciso señalar que como muy bien lo ha sostenido la demandada a lo largo y ancho del proceso, la única remuneración a cuyo pago estaba obligada fue la relacionada con el premio de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)**, que sólo se haría efectivo si el actor resultaba ganador del Reality. Al respecto en su interrogatorio de parte el representante legal de **CARACOL TELEVISIÓN**, dijo:

“SR MARTÍNEZ: El criterio era no remunerar la participación en la parte económica, CARACOL consideraba que la remuneración de alguna manera venía por la exposición en la pantalla, y por el hecho de poder acceder a un premio en el evento de que la persona

cumpliera todos los requisitos para acceder a ello. (subrayado fuera del texto).

Tal postura fue además ratificada en la versión oral del alegato de conclusión presentado por el procurador judicial de **CARACOL TELEVISIÓN**, en la que además se indicó que siendo plenamente capaz el demandante podía renunciar a recibir tales emolumentos.

Para el tribunal no es admisible la tesis de **CARACOL TELEVISIÓN**, acerca de que al menos en lo relacionado con la cesión del derecho patrimonial del demandante en su condición de autor, haya quedado remunerada con la “*exposición en la pantalla*”, así ella haya permitido, como en efecto lo permitió, hacer conocido del público el nombre y la imagen de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**. Tal interpretación, sin duda respetable, no hace justicia al contrato celebrado entre las partes, ni al criterio de interpretación previsto en el artículo 78 de la ley 23 de 1982, el cual manda lo siguiente:

”La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo”.

La clara disposición que viene de transcribirse, consagra el principio del *in dubio auctor*, que de alguna manera está además reiterado en el artículo 257 de la ley 23 de 1982, el cual dispone que “*en caso de conflicto o duda sobre las normas de aplicación de esta ley, se aplicará lo más favorable para el titular de los derechos de autor*”.

Así las cosas, si en el contrato no se dijo nada acerca de que los derechos patrimoniales que como autor tiene derecho a reclamar el demandante, quedarían remunerados con su exposición en televisión con ocasión de la transmisión del DESAFIO 2006, no se ofrece razonable concluir que tales derechos sí fueron cabalmente remunerados con la sola aparición del demandante en el citado programa. Tal interpretación no es restrictiva, como lo ordena el artículo 78 antes transcrito, sino bastante extensa, pues dispone del derecho del autor a partir de una premisa falsa, como lo es la de asumir que aceptó como remuneración en especie el hecho de aparecer en televisión.

El Tribunal no puede compartir la interpretación que ha propuesto **CARACOL TELEVISIÓN**, no sólo porque riñe con el espíritu del *in dubio auctor*, sino porque en el caso específico del DESAFIO 2006, hubo algunos participantes que no obstante haber aparecido en el programa de televisión, no por ello posicionaron o mejoraron su imagen pública, sino que, por el contrario, pudo resultar severamente afectada como consecuencia de las antipatías generadas en el público televidente.

Dicho de otra manera, no por aparecer en un programa de televisión como DESAFIO 2006, ello necesariamente se traduce en un factor positivo para la imagen de una persona, porque hubo situaciones adversas para varios de esos participantes que despertaron la malquerencia colectiva. Si se considerase que aparecer en televisión *per se* es una forma de remuneración, en el caso de que tal figuración genere resistencias colectivas a la imagen y el nombre, se llegaría al absurdo de que en vez de retribuir se estaría imponiendo una carga a quien tiene derecho a recibir una compensación. Del mismo modo, en el caso de aceptarse que quien participe de un Reality por el solo hecho de que su imagen y su voz aparezcan en televisión está siendo remunerado, tal “*remuneración*” no reportaría beneficio alguno en tratándose de alguien que ya es famoso o conocido del público en general.

De otro lado, para que pudiese considerarse como remuneración de un participante la sola aparición en un programa de televisión de un reality, a juicio del tribunal ello sería posible siempre y cuando expresamente las partes lo hayan previsto así en el contrato celebrado; pero lo que no es de recibo, es concluir que ante el silencio de las partes, pueda asumirse la interpretación de que el autor o cedente de sus derechos quedó remunerado con sólo aparecer en el programa.

Si en el contrato de marras, por ejemplo, las partes hubieran expresamente convenido que la remuneración al participante por permitir fijar su imagen, divulgarla, promocionarla y además ceder su derecho de autor a **CARACOL TELEVISIÓN**, estaría representada en la exposición televisada, ello sería otra cosa, porque en tal evento, ambas partes habrían convenido esa forma de retribución. Dicho de otra forma, si el contrato hubiese señalado que el participante quedaba remunerado con la divulgación y promoción de su imagen por televisión, no habría discusión, porque en tal hipótesis nada habría que interpretar sino simplemente allanarse a la clara e inequívoca voluntad y autonomía de las partes.

La interpretación que a juicio del Tribunal ha de imponerse es la de que cuando se trata de fijar la imagen de un participante en un reality en un medio audiovisual para ser transmitido y promocionado en el público, ese concursante tiene derecho a una remuneración, tanto más si va a ceder ese derecho al productor o a cualquier persona. Tal interpretación se compadece además con el manejo que da **CARACOL TELEVISIÓN** en el caso de la participación en telenovelas, según lo sostenido por la testigo **CRISTINA PALACIO CONDE**, funcionaria de **CARACOL TELEVISIÓN**:

“Dr BEJARANO: Bueno, pero mi pregunta es en criterio de CARACOL, cuando se fija la imagen en un medio audiovisual, y se va a utilizar, eso tiene que ser remunerado, o no tiene que ser remunerado ?.

SRA PALACIO: En los realitys la generalidad es que no.

Dr BEJARANO: Y en los demás eventos ?.

Sra PALACIO: No, en las novelas sí se remunera a todos”

Cierto es que el contenido patrimonial del derecho de autor es renunciable, por tratarse de un derecho de esta naturaleza, como bien lo explicó en su alegato oral la parte demandada, pero tal renuncia no puede ser sugerida o inferida sino expresa, lo cual no ocurrió en el caso de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**. De otro lado, mal puede considerarse que el actor renunció a sus derechos en forma tácita, cuando en este proceso ha expresado posición contraria, al reclamar en una de sus pretensiones los derechos que efectivamente le corresponden.

Así las cosas, para el tribunal la pretensión séptima sí está llamada a prosperar, en cuanto con ella se persigue “*que se declare que CARACOL no podrá reproducir, radiodifundir, comunicar al público, transformar o utilizar de cualquier otra forma, las fijaciones audiovisuales donde aparezca JUAN ZEA o en las que se haga referencia específica a él, como tampoco podrá utilizar de manera alguna su voz, su imagen, su nombre y sus seudónimos (apodos).*”, como así lo consignará en la parte resolutive del presente laudo.

Naturalmente, tal declaración se hará sin perjuicio ni menoscabo de los eventuales acuerdos que en el futuro puedan o lleguen a concluir las partes, si así lo decidieren. En lo que respecta a este litigio, el Tribunal simplemente ha constatado que por no haber recibido remuneración alguna por su derecho de autor en su condición de participante en el Reality, **CARACOL TELEVISIÓN S. A** no podrá realizar las conductas o actividades antes descritas, lo cual, se repite, en modo alguno significa que tal determinación sea perpetua, pues si las partes concilian una solución en el futuro, bien podrían acogerse a lo que les plazca.

La pretensión será acogida de la manera que vino formulada, sin otras declaraciones consecuenciales, porque respecto de este pedimento no se incoaron otros pedimentos que se deriven del mismo.

VI. EXCEPCIONES DE MÉRITO.

De las seis excepciones de mérito, ya el Tribunal dio cuenta de las razones por las cuales declarará probadas las de *inexistencia de la obligación de pagar, cumplimiento de las obligaciones contractuales, falta de causa para pedir e inexistencia de perjuicios*, como así lo reiterará en la parte resolutive del laudo.

En relación con la otra excepción intitulada “*Terminación del contrato y las obligaciones pactadas en él*” el tribunal la declarará no probada, en la forma en la que vino propuesta, pues no es exacto afirmar que las obligaciones surgidas del contrato terminaron cuando se produjo la eliminación de **JUAN GUILLERMO ZEA**

OSORIO del reality el 20 de agosto de 2006, pues, una cosa era la participación en el DESAFIO 2006 y otra las demás obligaciones. Al respecto recuérdese que en la cláusula 3 del ANEXO DE CONDICIONES GENERALES, las partes previeron a cargo de CARARCOL unas obligaciones adicionales “*durante la duración (sic) de este contrato y un (1) año más...*” (destaca el Tribunal).

En ese orden de ideas, el tribunal declarará no probada la excepción de fondo denominada por el demandado “*Terminación del contrato y las obligaciones pactadas en él*”. Del mismo modo procederá frente a la excepción genérica respecto de otros medios exceptivos que hubieren aparecido en el proceso, porque a juicio del tribunal no se probó otro medio exceptivo que pudiera ser declarado de oficio en el laudo.

VII.- OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.

Tal y como se indicó en el capítulo de antecedentes del presente laudo, el extremo convocado objetó por error grave el dictamen pericial elaborado por la doctora **ANA MATILDE CEPEDA**, por cuanto, en su sentir, incurrió en los siguientes yerros:

a.- Haber tomado como base para una posible indemnización o compensación económica al convocante, la remuneración fijada o pactada en los Realtys de los años anteriores y haber llegado a la conclusión de que, en tal virtud, por las seis (6) semanas de duración en el programa por parte de **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO**, éste debió recibir la suma de **CINCUENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$51.428.571.00)**, cuando lo cierto es que dicha remuneración, con apoyo en los contratos celebrados en años anteriores, debería ser de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)**.

b.- No haber tenido en cuenta, al momento de fijar la posible indemnización o remuneración, que durante el tiempo en que el convocante permaneció en el DESAFIO 2006, recibió todos sus gastos de manutención, alojamiento y alimentación, es decir, no tuvo que invertir dinero alguno para su propio sostenimiento. Así mismo, señala la parte convocada, se incurrió en error por no haber analizado si la sociedad **DERECHO Y TALENTO LTDA**, de la cual es socio el convocante, realizó pagos o no a éste y en que cuantía, aspecto determinante para verificar sus ingresos.

c.- No haber fijado el valor que representó para el convocante **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** la exposición a pantalla con ocasión de su participación en el citado Reality, por cuanto el convocante no lleva contabilidad al no estar obligado a hacerlo, ya que el único medio para determinar ese valor no es la contabilidad, existiendo otros mecanismos distintos de cuantificación de tal rubro.

Como prueba de la objeción se solicitó el decreto de otro experticio contable, para lo cual el Tribunal designó al perito **CÉSAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARIZA**, quien rindió un nuevo dictamen pericial, aclarado y complementado en tiempo por solicitud de la parte convocante.

Si bien es cierto la segunda experticia arroja resultados diferentes al dictamen inicial en cuanto a la determinación de los valores que eventualmente habrían de reconocerse al convocante **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** por su participación en el mencionado Reality, a juicio del Tribunal ello no implica que en el dictamen elaborado inicialmente se haya incurrido en error grave.

En efecto, se observa que ambos dictámenes llegan a conclusiones distintas en cuanto a los montos de las cifras que allí se expresan, pero ello no obedece a que las bases o fundamentos de la primera experticia sean erradas o alejadas de la realidad, es decir, la diferencia, en sentir del Tribunal, no obedece a un yerro que hubiese podido cometerse en dicho dictamen, sino simplemente a que los trabajos partieron de bases o presupuestos distintos que los condujeron a conclusiones disímiles en lo tocante con la cuantía de una posible remuneración, compensación o indemnización a favor del convocante.

En este sentido, es preciso recordar que se incurre en error grave cuando las conclusiones del perito se alejan totalmente de la realidad en razón de una indebida apreciación o la tergiversación de un determinado suceso, de suerte tal que de no haberse incurrido en el, las conclusiones serían otras por entero distintas. En el presente caso, las bases del primer dictamen no son alejadas de la realidad; simplemente la perito partió de unos supuestos que, en su opinión contable, podrían servirle de base para la elaboración del experticio, supuestos que fueron el fundamento de sus conclusiones, las cuales no se muestran erróneas, absurdas o alejadas de la realidad. El que se hubiese tomado como base la remuneración pactada en los anteriores realitys y se hubiese expresado una cifra en tal virtud, no comporta *per se* la existencia del error grave que se le enrostra a la experticia. De la misma manera, no se aprecia un yerro protuberante o trascendente en la determinación de los ingresos del convocante para determinar una posible remuneración, pues, se insiste, los criterios utilizados o los parámetros que siguió la perito no son erróneos sino por razones plausibles distintos a los considerados en el otro trabajo.

Así las cosas, pese a las diferencias conceptuales entre ambos dictámenes y a que éstos arrojan cifras disímiles, el Tribunal considera que no existe el error grave endilgado a la experticia elaborada por **ANA MATILDE CEPEDA**, sino simplemente una diferencia explicable y razonada de criterios y de fundamentos de cada uno de los trabajos, sin que ello signifique que en el primero se haya cometido yerro alguno, como así se declarará en la parte resolutive del presente laudo, con la consecuente orden de que los honorarios le sean entregados a la perito.

VIII.- DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Con fundamento en lo previsto en el numeral 6 del artículo 392 del C de P.C, dada la prosperidad parcial de pretensiones y también de las excepciones de mérito, el tribunal se abstendrá de imponer condena en costas a cargo de las partes, por lo que cada quien asumirá los costos que haya representado su comparecencia y actuación en este litigio.

En efecto, de la demanda prosperaron dos pretensiones, del mismo modo que de las excepciones de mérito prosperaron cuatro, como antes se explicó, situación que a juicio del tribunal es suficiente para no imponer condena en costas ni en agencias en derecho a ninguno de los extremos litigiosos.

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento integrado para dirimir las diferencias suscitadas entre **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** y **CARACOL TELEVISION S.A**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia y validez del contrato suscrito entre **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** y **CARACOL TELEVISION S.A**, el 16 de junio de 2006.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones de mérito *inexistencia de la obligación de pagar, cumplimiento de las obligaciones contractuales, falta de causa para pedir e inexistencia de perjuicios*, respecto de las pretensiones segunda a cuarta de la demanda, y, en consecuencia, denegar la resolución del contrato suscrito entre **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** y **CARACOL TELEVISION S.A**, el 16 de junio de 2006; igualmente denegar la pretendida responsabilidad contractual en contra de **CARACOL TELEVISION S.A** por un supuesto incumplimiento del contrato, y adicionalmente, denegar la pretensión consecuencial de la anterior, porque no se causaron daños y perjuicios.

TERCERO: Declarar improcedente la pretensión quinta de la demanda, en cuanto a que **CARACOL TELEVISION S.A** no incurrió en un abuso de derecho, y declarar igualmente improcedente la pretensión consecuencial, sexta de la demanda, por cuanto no se causaron los perjuicios reclamados por el convocante derivados del supuesto abuso de derecho.

CUARTO: Declarar que **CARACOL TELEVISION S.A** no podrá reproducir, radiodifundir, comunicar al público, transformar o utilizar de cualquier otra forma, las fijaciones audiovisuales donde aparezca **JUAN GUILLERMO ZEA OSORIO** o en las que se haga referencia específica a él, como tampoco podrá utilizar de manera alguna su voz, su imagen, su nombre y sus seudónimos (apodos).

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones de mérito de “*Terminación del contrato y las obligaciones pactadas en él*” y la genérica denominada por el demandado “*Las que aparecieren probadas dentro del proceso*”.

SEXTO: Declarar no probada la objeción al dictamen pericial rendido por la doctora **ANA MATILDE CEPEDA**. Como consecuencia de ello autorizar a la Secretaría a entregar el cheque respectivo de los honorarios fijados a la auxiliar.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En firme el presente laudo, protocolícese el expediente en una Notaría del lugar; practíquese la liquidación de gastos, ríndanse las cuentas a las partes, y, si fuere el caso, restitúyaseles lo que les corresponda.

NOVENO: Entréguese a cada parte copia auténtica de este laudo, con las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN
Árbitro Único

HENRY SANABRIA SANTOS.
Secretario