

Laudo Arbitral

Lisa Galvis Lagoni

v.

EMI Colombia S.A.

Diciembre 6 de 2000

Bogotá, diciembre seis (6) de dos mil (2000).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al proceso arbitral entre Lisa Galvis Lagoni, de una parte, y de la otra, EMI Colombia S.A.

## I. Antecedentes

1. Lisa Galvis Lagoni por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a la sociedad EMI Colombia S.A. el día 22 de abril de 1999, con fundamento en las cláusulas compromisorias de los contratos de intérprete y aural celebrados entre ella y la sociedad convocada en Santafé de Bogotá, D.C. el 7 de febrero de 1997 y el 9 de marzo de 1998, respectivamente, así:

1) La cláusula sexagésima quinta del contrato del 7 de febrero de 1997, que obra a folio 40 del cuaderno de pruebas 1 que dice:

“Sexagésima quinta. Excepto para el cobro ejecutivo de la (sic) cláusulas penales establecidas en los (sic) cláusulas sexagésima y sexagésima primera (60 y 61), las diferencias que surgieren entre las partes en razón del presente contrato, se resolverán por un Tribunal de Arbitramento designado por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteos entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el centro de arbitraje y conciliación mercantiles de dicha cámara. El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en los códigos de Procedimiento Civil y de Comercio y demás normas pertinentes de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá; c) El tribunal decidirá en derecho; y d) El tribunal funcionará en Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. La instalación, funcionamiento y decisiones del tribunal, lo mismo que la designación de los árbitros que no fueren nombrados oportunamente, se sujetarán a las normas legales vigentes en cada caso”.

2) La cláusula décimocuarta del contrato del 9 de marzo de 1998, denominado contrato aural, que obra a folios 44 y 45 del cuaderno de pruebas 1, que dice:

“Décimocuarta - Arbitramento. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el centro de arbitraje y conciliación mercantiles de dicha cámara. El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres árbitros; b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; c) El tribunal decidirá en derecho, y d) El tribunal funcionará en Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad.

2. El centro de arbitraje admitió la solicitud de convocatoria por auto de mayo 3 de 1999. Dicha decisión fue notificada personalmente a la representante legal de la sociedad demandada el 26 de mayo de 1999 y se le corrió traslado de la demanda en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil; la sociedad demandada por conducto de apoderado especial contestó la demanda el 10 de junio de 1999 y propuso

excepciones de mérito (fls. 25 a 31 cdno. ppal.), cuyo traslado recorrió el apoderado de la convocarte en escrito de junio 26 de 1999.

3. Los días 30 de julio y 19 de noviembre, ambos de 1999, previa citación, se llevó a cabo la audiencia de conciliación ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, que resultó fallida, por lo cual se dispuso continuar el trámite arbitral (fls. 44 y 75 a 76 cdno. ppal.).

4. La junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de febrero de 2000 designó como árbitros para conformar este tribunal a los doctores Ramiro Bejarano Guzmán, Carlos Darío Barrera Tapias y Gilberto Peña Castrillón, quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal.

5. El Tribunal de Arbitramento se instaló el 6 de junio del año 2000 (fls. 107 a 110 cdno. ppal.); fue designado como presidente el doctor Ramiro Bejarano Guzmán y posteriormente como secretaria la doctora Florencia Lozano Reveiz. En la audiencia de instalación los árbitros señalaron las sumas de honorarios de los miembros del tribunal, así como la partida de gastos de funcionamiento y se fijó como sede del tribunal la nueva del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Las partes oportunamente consignaron las sumas correspondientes a honorarios y gastos del tribunal en manos de su presidente.

6. Una vez notificada la secretaria de su nombramiento, aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el presidente del tribunal según consta en el acta 3 (fls. 112 y 113 cdno. ppal.) y en la misma oportunidad se fijó fecha para primera audiencia de trámite.

7. El 31 de agosto de 2000 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (acta 5) en la que se leyeron las cláusulas compromisorias de los contratos que dieron origen a este proceso arbitral. Mediante auto de esa fecha el tribunal asumió competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones formuladas por Lisa Galvis Lagoni en los términos de la demanda y de las excepciones de mérito propuestas por EMI Colombia S.A., y decretó las pruebas pedidas por las partes y algunas de oficio. Tal providencia no fue objeto de recursos.

8. Como las partes no acordaron el término de duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite según lo disponen las normas pertinentes.

9. El tribunal durante el trámite del proceso sesionó en catorce (14) audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. Agotada la instrucción en la última audiencia el tribunal oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión.

10. Presupuestos procesales. El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral; lo que se verificó desde la primera audiencia de trámite, por lo cual puede proferir laudo de mérito. En efecto las partes acreditaron su existencia y representación y su actuación se llevó a cabo por abogados, según poderes especiales a ellos conferidos. Las pretensiones son transigibles y las actuaciones se desarrollaron conforme con las previsiones legales correspondientes.

11. Conforme a lo pactado entre las partes en este proceso arbitral el laudo habrá de proferirse en derecho.

## II. Pretensiones

Lisa Galvis Lagoni en la demanda, solicita que mediante laudo arbitral que haga tránsito a cosa juzgada se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“(…)

1. Que se declare que EMI Colombia incumplió gravemente las obligaciones que contrajo para con Lisa Galvis por virtud del “Contrato de intérprete” que la demandada extendió a la demandante en el mes de febrero de 1997 y por el cual se buscaba regular las relaciones entre esa compañía y mi representada como intérprete de unos temas musicales.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a EMI Colombia S.A. a pagar a Lisa Galvis, a la ejecutoria del laudo arbitral, el valor de todos los perjuicios materiales, directos e indirectos, que le fueron causados por la demandada con ocasión del incumplimiento culpable de las obligaciones a su cargo, incluyendo en ellos el valor de todos los gastos en que la demandante incurrió para satisfacer las obligaciones contraídas para con terceros que participaron en la producción del fonograma “destino”; el valor de las utilidades y regalías dejadas de percibir durante el término de duración pactado en el precitado contrato; el valor de las regalías dejadas de percibir con ocasión de la ejecución pública de las interpretaciones de la demandante; el valor de los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad de celebrar otros negocios como intérprete y de interpretar públicamente los temas incluidos en el fonograma “destino”; los montos de dinero que por concepto de la producción antecitada ha debido cancelar en favor de terceros y los demás que se demuestren en el proceso.

3. Que se declare que EMI Colombia incumplió gravemente las obligaciones que contrajo para con Lisa Galvis por virtud del contrato autoral que la demandada extendió a la demandante en el mes de marzo de 1998 y por el cual se buscaba regular las relaciones entre esa compañía y mi representada como autora de diez (10) temas musicales para ser publicados y utilizados en: inclusión en fonogramas; traducción, arreglo o cualquier forma de adaptación (sic); inclusión en película cinematográfica, videograma o cualquier otra forma conocida o por conocer; ejecución pública de la obra, etc.

4. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a EMI Colombia S.A. a pagar a Lisa Galvis, a la ejecutoria del laudo arbitral, el valor de todos los perjuicios materiales, directos e indirectos, que le fueron causadas por la demandada con ocasión del incumplimiento culpable de las obligaciones a su cargo, incluyendo en ellos el valor de las regalías que de acuerdo con las estipulaciones contractuales hubiere podido devengar la autora en el territorio del contrato; el valor de la pérdida de oportunidad que mi poderdante sufrió al no haber podido celebrar como autora otros negocios de inclusión de temas de su autoría en fonogramas propios o de terceros.

5. Que se condene a la sociedad demandada al pago de las costas y gastos del presente proceso.

(...)

### III. Excepciones de mérito propuestas por EMI Colombia S.A.

Por su parte, el apoderado de EMI Colombia S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito:

“(…).

Inexistencia de causa jurídica para demandar. El llamado “Contrato de intérprete” impone a la empresa demandada unas obligaciones de grabar unas obras musicales con la intérprete demandante, las que deben de ser lanzadas al mercado nacional, sin limitaciones o condicionamientos, dentro de la libertad de disponer políticas de mercadeo por parte de la demandada. La demandante ha decidido unilateralmente el no darle cumplimiento al contrato, como lo confiesa en los hechos de la demanda y ha impedido a la demandada el ejecutarlo normalmente. La empresa demandada realizó la producción, la colocó en el mercado nacional y no es su culpa contractual el haber encontrado un rechazo del público consumidor y de los medios de comunicación que son los que hacen conocer del público estas interpretaciones.

El llamado “contrato de autor” impone a la demandada la obligación de incluir esas obras musicales en un fonograma, hecho que ha sido confesado por la demandante y que se probará en el proceso. Ese contrato no tiene condiciones o limitaciones para publicar y promocionar la obra, actividades que deben realizarse durante el período de duración del contrato que es igual al término de protección legal de la obra, es decir, la vida de la autora y 80 años más.

### IV. Resumen de hechos

Aunque el tribunal adelante hará referencia a los hechos determinantes de este Laudo, los 56 hechos que sirven de fundamento a la demanda pueden resumirse así:

EMI Colombia S.A. entabló una relación artística y comercial con Lisa Galvis Lagoni desde agosto de 1995 empresa que publicó su fonograma “Llegó la navidad”, cuyo máster le entregó para ese efecto. Un año después se acordó entre ellos producir otro fonograma con temas de la autoría de Lisa Galvis, el cual se produjo bajo el título “Destino” y se contrató y pagó por EMI la dirección musical y realización al músico Moisés Herrera por \$ 25.000.000, que se llevó a cabo entre noviembre de 1996 y junio de 1997. En septiembre de 1997 la artista entregó a EMI el DAT (Digital Audio Tape).

El 7 de febrero de 1997 EMI Colombia S.A. y Lisa Galvis Lagoni firmaron el “contrato de intérprete” que se ocupa de las relaciones entre el productor y Lisa Galvis como intérprete de temas musicales, y el 9 de marzo de 1998 las mismas partes suscribieron el denominado “contrato autoral” para regular las relaciones con Lisa Galvis en su condición de autora de 10 temas incluidos en el fonograma “Destino”.

Las partes acordaron un “Período de lanzamiento al mercado” de 270 días para presentar la producción, lo que EMI empezó a realizar en tiempo y programó el lanzamiento del fonograma. Se recibió un material publicitario de Félix Duarte —coordinador de la producción— en abril y mayo de 1998. Se planeó un evento, inicialmente para el 25 de marzo de 1998, que luego se cambió para el 19 de mayo del mismo año. Se realizó una campaña de expectativa y se enviaron 3.000 discos que incluían un tema promocional de la producción “Destino”. Se hicieron varios ensayos que fueron pagados al productor de los eventos por EMI.

Quince días antes de la fecha programada para el lanzamiento se perdió todo contacto con EMI, cuyo nuevo gerente Álvaro Rizo no atendió los llamados de Lisa Galvis, quien por esa razón y otras causas le imputa a la demandada el incumplimiento de ambos contratos, al mismo tiempo que solicita el resarcimiento de los perjuicios supuestamente sufridos.

Respecto al “contrato autoral” se afirma que EMI no se preocupó de promover la difusión de la obra contenida en el fonograma “Destino” y no cumplió su obligación de remunerar a la artista por la utilización con fines comerciales de los temas comprendidos en dicho contrato.

En fin, EMI incumplió sus obligaciones y ello condujo a la pérdida de oportunidades de desarrollar su vocación como autora e intérprete por parte de Lisa Galvis.

#### V. Pruebas decretadas y practicadas

En la primera audiencia de trámite (ago. 31/2000) el tribunal decretó las pruebas, y en esta oportunidad considera útil, para el sustento de la decisión que adoptará en esta providencia, relacionar las pruebas allegadas al proceso y que se incorporaron al expediente, así como las practicadas, todas las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a su consideración:

1. Declaraciones de parte. Rindieron declaración de parte ante el tribunal Lisa Galvis Lagoni, demandante, y Álvaro Rizo Quintero, representante legal de EMI Colombia S.A., el 5 de septiembre de 2000 (acta 6); la versión escrita de estas declaraciones aparece a folios 81 a 109 del cuaderno de pruebas 1.

2. Declaraciones de terceros. Se practicaron por el tribunal los testimonios de Neyla Rodríguez, Édgar Pérez Henao, Ricardo Rodríguez González, Eduardo de Narváez Mc. Allister, Félix Duarte Raad, Jaime Alberto Hernández y Moisés Herrera Acosta. Los apoderados desistieron de los testimonios de Carlos Figueroa, Jorge Santos y Víctor Pascuales (acta 8 de sep. 8/2000), y Norberto Sáenz (acta 10 de oct. 4/2000), desistimientos que fueron admitidos por el tribunal.

3. Inspección judicial con exhibición de documentos. El tribunal practicó inspección judicial en la sede de EMI Colombia S.A. el 5 de septiembre de 2000 (acta 7).

4. Dictámenes periciales. Se practicaron dictamen pericial técnico por parte del perito Elkin Mesa y pericial contable por Matilde Cepeda. Los apoderados de ambas partes presentaron memoriales con solicitudes de aclaración y complementación de los dictámenes, las que fueron decretadas por el tribunal y presentadas por los peritos.

5. Exhibiciones de documentos. El tribunal practicó la diligencia de exhibición de documentos por parte del Teatro Nacional La Castellana (acta 9) y prescindió de la exhibición de documentos que debía realizar la sociedad Sáenz Impresores Ltda. (acta 10).

6. Documentales y oficios. Se aportaron por el apoderado de Lisa Galvis Lagoni los documentos entregados con la demanda. La convocada, EMI Colombia S.A., acompañó los anunciados en la contestación de la demanda y los que dispuso el tribunal en la inspección judicial. Igualmente se agregaron al expediente los entregados por algunos testigos en sus declaraciones.

Con su trabajo la perito Matilde Cepeda acompañó copia de los documentos que le fueron entregados por EMI en folder de anexos que también se agregó al expediente.

Se libraron oficios a discos La Rumbita, Almacenes La Música y Prodiscos S.A. y las respuestas correspondientes se agregaron al expediente.

## VI. Consideraciones del tribunal

Como quiera que el tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y, no advirtiendo causal alguna de nulidad, procede a efectuar el estudio de las pretensiones y excepciones de mérito de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar el fallo, previas las siguientes consideraciones:

### 1. Del examen de las pretensiones

La demanda ha deprecado la declaratoria de incumplimiento grave imputable a EMI de sus obligaciones derivadas de los dos contratos suscritos con Lisa Galvis, junto con sus consecuenciales pedimentos de reconocimiento y condena al pago de los perjuicios irrogados.

No obstante lo expresado en el sesudo alegato de conclusión del apoderado de la parte actora, en el sentido de deprecar la declaratoria de resolución de los contratos, lo cierto es que en la demanda no se formuló petición alguna en ese sentido, ni tampoco en relación con una eventual declaratoria de terminación de los mismos. No hay duda de que el libelo solamente ejercitó en forma autónoma la acción indemnizatoria.

En su muy documentado alegato de conclusión el apoderado de la parte demandada, si bien reconoce que la jurisprudencia ha evolucionado para admitir la posibilidad de incoar una acción indemnizatoria autónoma, ha glosado el *petitum* del libelo, porque a su juicio el actor se quedó corto en este caso, al haber solicitado solamente la declaratoria de incumplimiento, pero no la resolución o el cumplimiento de los contratos.

En sentir del distinguido litigante, la posibilidad de promover una acción indemnizatoria autónoma solo se da siempre que el demandante no pueda “reclamar la resolución del contrato o su cumplimiento”, empero, cuando esa no sea la situación, “lo adecuado es mantener la posición jurisprudencial que se venía utilizando, consistente en la accesoria de la acción de indemnización de perjuicios”.

Así mismo, el procurador de la parte convocada concluye que como en este proceso, el actor pudiendo haber pedido la declaratoria de resolución o de cumplimiento del contrato de intérprete, no lo hizo, entonces para que el tribunal pueda considerar la pretensión indemnizatoria, ha de asumir que implícitamente Lisa Galvis lo que ha solicitado es la resolución, pues a su entender, eso es lo que puede deducirse de lo dicho en el hecho 30 de la demanda, porque en él se admitió que la demandante se abstuvo de cumplir sus obligaciones debido a que EMI incumplió las suyas.

Dicho en otros términos, el interesante ejercicio que propone el vocero judicial de la parte convocada es el de que el tribunal se pronuncie sobre la solicitud de perjuicios no en forma autónoma, sino además respecto de la resolución del contrato.

Para el tribunal es claro, entonces, que lo ejercido por la demandante fue solo la acción indemnizatoria autónoma respecto de ambos contratos, sin que en ningún caso se haya solicitado pronunciamiento sobre la resolución o

cumplimiento de los mismos.

Sabido es que la competencia de un Tribunal de Arbitramento es de suyo limitada al juzgamiento y definición de las controversias que le hayan sido planteadas al amparo del pacto arbitral suscrito entre las partes. Nada más ni tampoco nada menos han de dirimir los árbitros, quienes tienen el deber de advertir en la primera audiencia de trámite si asumen o no competencia sobre los reclamos y excepciones formuladas por las partes.

En el presente litigio se tiene que respecto del contrato de intérprete ninguna utilidad tendría un pedimento del actor o un pronunciamiento del tribunal, sobre la resolución o terminación del contrato, por la sencilla razón de que era razonable prever —como en efecto ocurrió— que en el curso del proceso operaría la terminación del mismo por expiración del término de los tres años pactados, dado que no operaron las condiciones convenidas para que se entendiese renovado o prorrogado. Es decir, tal contrato está terminado y lo único que resta es establecer si las partes lo cumplieron o no, para los fines de deducir los eventuales perjuicios que reclama la parte convocante.

Ninguna dificultad encuentra, pues, el tribunal para pronunciarse sobre la pretensión planteada en la demanda respecto del contrato de intérprete, como así lo definió en el auto por medio del cual asumió competencia.

En el caso del contrato autoral, este todavía se encuentra vigente, pues el término de duración convenido fue el de la vida del autor y 50 años más, pacto permitido en nuestra legislación autoral.

La circunstancia de que este contrato siga vigente, en modo alguno impide solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento con la consecuencial condena al pago de perjuicios, como así lo reconoce el propio apoderado de la parte convocada, quien con muy buen juicio arriba a la conclusión de que la actual jurisprudencia y reconocida doctrina al respecto, son de la opinión de que el contratante bien puede escoger este camino.

El tribunal nada tiene que añadir al respecto, pues su criterio es el de que aun cuando el actor no haya solicitado la resolución o la terminación del contrato —o como el demandado denomina a la última, la declaratoria de cumplimiento— en todo caso puede pronunciarse sobre si se cumplió o no el mismo y definir si se causaron o no perjuicios. En ese sentido la situación es idéntica a cuando el tribunal definió su competencia respecto de las pretensiones y excepciones en la forma como vinieron planteadas aquellas y formuladas estas.

Por supuesto que no contribuye a la claridad de las futuras relaciones entre las partes, el hecho de que se dé un pronunciamiento judicial sobre un eventual incumplimiento de un contrato, y a pesar de eso este continúe vigente. Si bien esa no sería la situación ideal o envidiable, tampoco resultaría inadmisibles o insoluble, porque en todo caso, de decretarse el hipotético incumplimiento de EMI, Lisa Galvis podría legalmente resistirse a cumplir las prestaciones del contrato autoral, amparada en la clara previsión del artículo 1609 del Código Civil, según la cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

La anterior premisa se adopta no para regular la hipotética futura relación entre las partes —aspecto vedado a la competencia del tribunal— de llegar a decretarse el incumplimiento del contrato autoral, sino para dejar sentado de una vez por todas que la ausencia de pedimento sobre la resolución o terminación del contrato autoral, no impide el juzgamiento y definición de la pretensión de incumplimiento con la consecuente indemnización de perjuicios.

En lo que sí no le asiste razón a ninguno de los apoderados es en la aspiración de provocar un pronunciamiento sobre la resolución, sin que en la demanda se haya formulado tal pedimento. En efecto, el actor en su alegato así lo sugiere, sin ahondar en otras razones, argumento en el que lo acompaña su contraparte, pues en su criterio tal pedimento quedó inmerso en el hecho 30 de la demanda.

No habiendo mediado solicitud alguna encaminada a que el tribunal se pronuncie sobre una probable resolución de ninguno de los dos contratos, nada podrá decir el laudo al respecto, porque de hacerlo, se estaría pronunciando sobre aspectos no sometidos a la decisión arbitral, y además exponiéndolo a la prosperidad de la causal de anulación prevista en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Con base en lo que se ha dejado expuesto, el tribunal reitera que se pronunciará sobre las pretensiones tal y como vinieron formuladas, no solo porque ello es viable jurídicamente, sino además porque en el caso del contrato de

intérprete, su terminación ya había acaecido con antelación a la proposición de la demanda.

## 2. Los hechos relevantes a juicio del tribunal

Es un hecho debidamente acreditado que mucho antes de que las partes suscribieran los documentos por medio de los cuales elevaron a escrito las relaciones disputadas en este proceso, ya EMI tenía noticia de quién era la cantautora Lisa Galvis, como también de su trabajo artístico.

En efecto, a folio 284 del cuaderno de pruebas, aparece fotocopia de un fax consistente en comunicación enviada el 13 de octubre de 1995 por Jaime Hernández, gerente de EMI, a Félix Duarte, esposo de la demandante, en la que aquel hace mención a una conversación telefónica y a una entrevista sostenida con este ese mismo día, en la que consideraron “los términos generales sobre los cuales elaboraríamos un contrato de licencia sobre el fonograma de tu propiedad, “Lisa en familia”, “Llegó la navidad”.

En ese mismo sentido a folio 226 del cuaderno de pruebas reposa carta del 18 de octubre de 1995 dirigida por Félix Duarte a Jaime Hernández, que fue recogida en la sede de EMI y aportada como uno de los anexos de la experticia realizada por la perito Matilde Cepeda, en la que se da alcance a una conversación telefónica relacionada con la decisión de “darle a EMI Colombia la exclusividad del fonograma “Lisa en Familia, Llegó la navidad”” y en la que además se menciona la posibilidad de poder celebrar “un contrato de exclusividad con la artista Lisa Galvis, para las próximas grabaciones”.

Tales evidencias concuerdan además con los listados de servicio de empaque de discos compactos prestado a la demandada por Sonolux, arrimados al plenario (cfr. fl. 122, cdno. de pruebas 2) como consecuencia del peritazgo contable, en los que se da cuenta de que para el mes de diciembre de 1995 se entregaron 1559 unidades del trabajo “Lisa en Familia”. En el mismo sentido, a folio 131 del mismo cuaderno, el listado correspondiente a diciembre de 1996, describe haberse prestado idéntico servicio de empaque de discos compactos para el trabajo “Llegó la navidad”, de la citada demandante.

Pero no solo la prueba documental apunta en la dirección que se viene comentando, sino también el dicho de un testigo tan importante como Jaime Hernández, ex gerente de la entidad demandada, quien informó al tribunal acerca de que la “operación en Colombia (de EMI) la abrimos en mayo de 1995” y que muy pronto a través de la firma de publicidad Papel y Lápiz Ltda., gerenciada por Félix Duarte, esposo de la demandante, entraron en conversaciones, al extremo de que el declarante reconoce que escuchó un material (maquetas) y “encontré algún interés en la forma como esta señora compone sus canciones, encontré algún interés en ese material, parte del trabajo nuestro y de las responsabilidades nuestras es estar buscando siempre la posibilidad de desarrollar nuevos artistas ...” (cfr. fl. 259, cdno. de pruebas 1).

Está claro, pues, al tribunal que a mediados de 1995 EMI y Lisa Galvis dieron comienzo a unas relaciones que primeramente consistieron en la distribución del disco “Llegó la navidad, Lisa en familia” las cuales muy rápidamente evolucionaron al proyecto del fonograma “Por fin solos”, como inicialmente se denominó al trabajo “Destino”, objeto de este litigio.

Con tales antecedentes, las partes decidieron impulsar la inclusión en fonograma de unas canciones de la propia inspiración de Lisa Galvis, concebidas en un tono familiar y por lo tanto dirigidas a un público particular. Tal determinación surgió como consecuencia del ambiente de notoria cordialidad y absoluta confianza que lograron construir Jaime Hernández y Félix Duarte, lo cual naturalmente involucró a la hoy demandante.

Fue así, entonces, como las partes a mediados de 1996 en la mayor informalidad empezaron a dar los primeros pasos de unas relaciones que andando los meses quedaron plasmadas en dos contratos, uno de intérprete y otro de cesión de derechos patrimoniales o autoral, sobre los que gravita la *causa petendi* de esta controversia.

Para el tribunal resulta de la mayor importancia la carta de Félix Duarte del 22 de agosto de 1996 dirigida a Jaime Hernández, que reposa tanto en el folio 6 del cuaderno de pruebas 1 como en el folio 81 del cuaderno de pruebas 2, en la que se hace una “relación de la realización total del disco con 12 temas de la artista Lisa Galvis y su disco “Por fin solos” estimada en la suma de \$ 33.000.000.

En efecto, esta comunicación permite apreciar que el propósito de impulsar el proyecto del fonograma “Por fin solos” fue acariciado con mucha antelación a la suscripción de los contratos materia de litigio, o lo que es lo mismo, no deja duda alguna de que las partes empezaron a ejecutar lo que fueron conviniendo a medida que transitaban la magnífica relación personal que pudieron construir.

En ese mismo orden de ideas, el tribunal destaca la presencia entre los documentos anexos al dictamen pericial de Matilde Cepeda, (que obra a fl. 174 del cdno. de pruebas 2), denominado “Análisis del punto de equilibrio” del disco de la demandante “Por fin solos”, por varias razones.

En primer término, porque aparece calendado el 23 de agosto de 1996, es decir, sugiere haber sido la respuesta de EMI a la carta del día anterior, de Félix Duarte; en segundo lugar, porque a no dudarlo se trata de un presupuesto concebido para el proyecto del trabajo que se viene comentando y, finalmente, porque si bien Jaime Hernández, no reconoció como suya la firma que aparece en el mismo, fue contundente al admitir que se trataba de un documento producido por la compañía que entonces representaba (Cfr. fl. 277 cdno. de pruebas 2).

Hasta esta altura del relato no se aprecian fisuras o detalles que pusieran en peligro el entendimiento conciliado entre las partes para llevar a cabo un proyecto que a criterio de EMI no era uno cualquiera sino de naturaleza muy especial.

Al respecto resultan interesantes los siguientes apartes de la declaración de Jaime Hernández, porque desnudan de cuerpo entero todo lo que sabía EMI acerca de una artista en desarrollo como Lisa Galvis:

“Tengo que decir que el proyecto de Lisa Galvis no es un proceso normal de una compañía de discos, ¿en qué sentido? En que Lisa Galvis no es una artista joven, no es una artista, que nosotros denominamos dentro del ámbito o el lenguaje que nosotros utilizamos para el manejo de los artistas, como una artista comercial, sencillamente que pudiera atraer a una gran cantidad de fans o de seguidores, sencillamente por el hecho de lanzar el disco al mercado. Sino el trabajo de Lisa Galvis era un trabajo especial por tratarse de una persona que no estaba ejerciendo su profesión de artista constantemente sino que ella estaba básicamente dedicada a sus asuntos de hogar, de su matrimonio y de su familia y en sus tiempos libres estaba empleando su talento para hacer estas canciones y lo que yo vi en aquel proyecto fue justamente el artista que no es corriente; me parecía muy interesante de pronto el hecho de sacar al aire o exponer en el mercado a una artista que de alguna manera era una antiartista, que no era el común y corriente de todos los procesos, que era una señora ama de casa que tenía un mensaje importante, bonito en sus canciones para la familia y siempre lo consideramos como algo que pudiese tener un desarrollo en lo que nosotros denominamos productos especiales que son los que pueden ser comercializados a través de alguna estrategia comercial que vincule a un tercero, que vincule a un esponsor, a una firma, a un producto, que tenga otras características diferentes al común y corriente o al día a día que nosotros vivimos dentro de una compañía de discos.

En ese orden de ideas lo que por lo menos yo estaba pensando en aquella época como persona, como compañía, era que podíamos generar un proyecto con Lisa Galvis que fuese interesante desde ese punto de vista para mercaderarlo y también había en aquel momento un renacimiento de lo que eran los cantautores, estaba por ejemplo una artista española, Rosana, creo que se llama, que no siendo una mujer prototipo de los artistas sino que tenía un mensaje, una comunicación dentro de sus canciones que estaba calando importantemente en el mercado y que estaba obteniendo una buena figuración de ventas.

En este proceso de hacia dónde vamos a dirigir nuestros esfuerzos y nuestras estrategias hay que especular demasiado, hay que hacer una tormenta de ideas y nosotros en ese sentido tuvimos muchas reuniones con Lisa Galvis y con su esposo, que de alguna manera nosotros nos servíamos como un soporte por ser una persona que se desempeñaba en una agencia de publicidad que tenía una cartera de clientes también importantes, que podíamos tocar para combinar los esfuerzos entre ellos, nosotros, esos clientes que se podían tocar y encontrar una estrategia definitiva para desarrollar el proyecto de Lisa Galvis”. (Cfr. fls. 259/60, cdno. de pruebas 1).

Así las cosas, desde agosto de 1996 las partes se empeñaron en sacar airoso un proyecto novedoso e interesante, que para EMI era todo un reto en la industria, y para Lisa Galvis la concreción de sueños y legítimas aspiraciones. Nada hacía presagiar entonces que la forma desprevenida como las partes se aproximaron y decidieron recorrer

juntas una misma vía, pudiese desencadenar un final conflictivo.

Para el tribunal es incuestionable también que en esta primera fase ambas partes entendieron no solo que el caso de Lisa Galvis era el de una artista en desarrollo, sino también uno que exigía un procedimiento especial de marketing, que no se reducida solamente a entregar algunas muestras aisladas del trabajo de la demandante a los medios de comunicación —lo que evidentemente ocurrió— sino que demandaba un concierto, show, espectáculo, fiesta, o como se le quiera llamar, pero en todo caso un acto de presentación en público de Lisa Galvis, interpretando precisamente las canciones del que a la postre devino en el fallido disco compacto “Destino”.

No otra cosa se deduce de lo expresado por Jaime Hernández en la declaración de testigo rendida en este asunto, a la que pertenecen los siguientes apartes:

Dr. Barrera: ¿Usted convino con la señora Lisa Galvis que ese debía ser el proceso del lanzamiento y que el proceso de lanzamiento debía incluir la presentación en el Teatro La Castellana?

Sr. Hernández: Esa era una estrategia que teníamos diseñada dentro del plan de mercadeo que habíamos establecido con la señora Lisa Galvis y estábamos pendientes y trabajando con el señor Félix Duarte para conseguir, como lo dije hace un momento, un esponsor que aliviara un poco los gastos que esto iba a tener. (Cfr. fls. 265 y 266 del cdno. de pruebas 2).

Cuando ya estaba en curso toda una estrategia y las partes habían adelantado numerosas gestiones para concretar el proyecto, decidieron suscribir el 7 de febrero de 1997 el contrato de intérprete, y trece meses después, el 9 de marzo de 1998, el contrato autoral, por medio del cual Lisa Galvis dijo ceder por el término de su vida y 50 años más los derechos patrimoniales sobre la obra incluida en el fonograma “Destino”.

Curiosamente, el último de estos actos, solamente fue reconocido ante notario el 24 de abril de 1998 por Lisa Galvis, y el 11 de mayo, por el gerente de EMI, satisfaciendo así la exigencia de que trata el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual impone que “todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario”, sin que en el proceso milite constancia de que en el presente caso, el denominado contrato autoral haya sido inscrito en la oficina de registro de derechos de autor para los fines de “tener validez ante terceros”.

Dicho de otra forma, si las partes desde agosto de 1996 habían sentado las bases de las prestaciones que empezaron a ejecutar para publicar el disco “Destino”, es más que evidente que cuando en febrero de 1997 suscribieron el primer contrato, ya sabían lo que se proponían, y lo es todavía más, que al firmar el segundo contrato en marzo de 1998, ya habían concluido al menos las dispendiosas jornadas de grabación y estaban *ad portas* de asistir al acto público de lanzamiento del trabajo que tendría lugar en un teatro de Bogotá.

Para el mes de mayo de 1998 estaban contratadas las instalaciones del Teatro Nacional para que tuviera lugar la presentación pública del disco “Destino”, repartidas las invitaciones, advertidos los músicos y solo restaba que llegara por fin el día señalado. Es más, del proceso surge evidencia de que también EMI repartió en algunas emisoras, un disco sencillo que contenía solamente una de las obras incluidas en el CD “Destino”.

Empero, el evento especial en el que los medios de comunicación y algunos invitados especiales, cuidadosamente seleccionados, tendrían oportunidad de ver en público a la artista y su trabajo, coincidió con el intempestivo relevo de Jaime Hernández como gerente de EMI y la designación de Álvaro Rizo en su reemplazo, inesperado suceso que a juicio del tribunal cambió el rumbo de las pacíficas relaciones de las partes.

En efecto, esta circunstancia sin duda se hizo sentir con mucha fuerza en el desenvolvimiento de las conductas de las partes, y en particular en la de EMI. Así lo confirma, entre otros medios de prueba, la angustiada y reclamante comunicación de Félix Duarte del 27 de mayo a Jaime Hernández (Cfr. fl. 64 del cdno. de pruebas 1), respondida por este en memorando del mismo día, en el que en tono tranquilizante y todavía conciliador le expresó:

“Apreciado Félix:

En ningún momento nos hemos olvidado de Lisa, espero que comprendas que estoy en la entrega de mi cargo al

director regional, directora regional de marketing y auditoría. Álvaro Rizo está enterado de toda la situación, él se estará comunicando directamente con ustedes en el transcurso de la próxima semana y tendrán la reunión lo más pronto posible” (Cfr. fl. 65 cdno. de pruebas 1).

Pero cuán lejos estaba Jaime Hernández de lo que muy pronto iba a empezar a suceder, una vez se concretara su retiro y asumiera funciones Álvaro Rizo, pues contrario a lo comentado y prometido en el memorando del 27 de mayo, la actitud del último fue bien diferente.

Iniciada la gestión de Álvaro Rizo como gerente de EMI, otra fue la suerte del avanzado proyecto y por lo mismo, la de Lisa Galvis Lagoni, porque no solo se suspendió el acto de presentación que tendría lugar en el Teatro Nacional, sino cualquiera otra gestión encaminada a concluir lo iniciado bajo la administración de Jaime Hernández.

Ya se verá adelante si la conducta del nuevo gerente en relación con el trabajo de Lisa Galvis fue justificada desde el punto de vista legal y contractual, a efectos de determinar si EMI incumplió las prestaciones derivadas de los contratos de intérprete y aural. No obstante, el tribunal considera de la mayor importancia resaltar lo dicho por Jaime Hernández, acerca del estado en el que se encontraban las cosas al momento de su retiro de la empresa y el grado de información que entonces se poseía respecto del probable éxito o fracaso del disco “Destino”:

“Dr. Peña: Excúseme yo lo voy a ayudar con la respuesta y es algo inusual. Entenderíamos que estaba en el inicio del proceso de lanzamiento, eso significaría y podría entender que no existían los elementos objetivos necesarios para ...

Sr. Hernández: Que todavía no teníamos el conocimiento total de cómo iba a ser la reacción de este producto en el mercado, que no habíamos culminado con el proceso de dar a conocer el proyecto y que estábamos perfeccionando los mecanismos para hacerlo conocer, o sea que no había todavía un indicio por decirlo de alguna manera, en que el proyecto iba a tener éxito en el mercado. Estábamos solamente en el proceso de inversión, de culminación de la inversión, luego de la grabación y de desarrollar el plan de lanzamiento. De ahí faltarían varias semanas o un tiempo determinado para saber cuál iba a ser la reacción en el mercado y para saber cómo se iba a continuar con el proceso hacia adelante.

Dr. Peña: Eso era lo que yo quería que nos aclarara” (Cfr. fl. 269 cdno. de pruebas 1).

### 3. Conductas contractuales (ejecución contractual)

En este punto del laudo entra el tribunal a estudiar el comportamiento contractual, en el mismo orden en que las pretensiones se refieren a los dos contratos que suscribieron las partes, esto es, primero el denominado “contrato de intérprete” y luego el “contrato aural”. El objeto de estas consideraciones es verificar cómo fue el comportamiento de las partes respecto de las prestaciones a su cargo cuestionadas en este proceso.

#### 3.1. “Contrato de intérprete”

Este contrato aparece fechado el 7 de febrero de 1997 y está demostrado que las partes lo suscribieron cuando ambas habían ejecutado conductas concluyentes, indiciarias de encontrarse bajo un acuerdo de voluntades encaminado a que la convocante interpretara y fijara en un soporte sonoro (fonograma, según la definición del mismo contrato) “las obras”, esto es, las composiciones musicales con letra, interpretadas por la artista, en este caso la convocante. Cfr. definición de “obra o selección” en el mismo contrato.

Como ya se expresó, en el expediente existe la prueba (Cfr. anexo 2 de la demanda) de que se entregó a EMI una propuesta global para la producción del fonograma “Destino” el 22 de agosto de 1996 (casi seis meses antes de la suscripción del contrato), y con ocasión del experticio de Ana Matilde Cepeda (anexo 75 del dictamen) se vinculó la prueba de que EMI había considerado seriamente los costos de producción del fonograma y había efectuado los cálculos necesarios para establecer el denominado punto de equilibrio. Adicionalmente, también la declaración de Jaime Hernández, representante de EMI en aquel momento, ilustra la interacción que tuvieron la convocante y la convocada, antes de la suscripción del texto contractual, encaminada a realizar gestiones útiles para el contrato que nos ocupa.

Por lo anterior, en las consideraciones del tribunal tiene un peso importante el conocimiento previo y la intención bilateral y recíprocamente conocida de las partes, especialmente sobre los siguientes aspectos del negocio, de la obra y de las calidades de la artista, sin necesidad de que hubieran sido consignadas literalmente en el texto mismo del contrato:

- Que era una artista en formación, no profesional;
- Que sus composiciones (“obras”) tenían cierta elaboración temática, conceptual, no necesariamente popular;
- “... que Lisa Galvis no es ... una artista comercial” (Jaime Hernández, declaración fl. 259 cdno. de pruebas 1);
- Que EMI veía en el proyecto “justamente el artista que no es corriente” (Jaime Hernández, ibídem, fl. 259);
- Que se comercializaría un verdadero “producto especial”, que requería una estrategia especial “... que tenga características diferentes al común y corriente o al día a día que nosotros vivimos dentro de una compañía de discos” (Jaime Hernández, ibídem, fls. 259/260).
- Que el proyecto Lisa Galvis constituía uno de los denominados “productos especiales” que exigen una estrategia comercial también especial.

En fin, es claro para el tribunal que EMI, por conducto de su representante, entró a sabiendas, con conocimiento de causa, en un negocio de naturaleza y alcances sensiblemente diferentes de los que habitualmente hacía y esto tiene una especial importancia al calificarse la manera como cumplió sus prestaciones y cargas contractuales. Y es que la naturaleza del objeto, del bien, del servicio, o la calidad de la persona y las características del producto, en este caso, determinan la carga de diligencia, colaboración y los esfuerzos especiales que debe hacer la parte que asumió obligaciones que evidentemente dependen de aquellas calidades personales y de las calidades del producto, previa y profesionalmente conocidas en cuanto parte contratante.

Atentos a las calidades especiales de la artista y a las características especiales de las obras, el contrato suscrito por las partes luce exorbitante o por lo menos inadecuado en la medida en que sus estipulaciones no reflejan el grado de cooperación que debían desplegar recíprocamente, unos mecanismos especiales o extraordinarios —o por lo menos diferentes— que imponían una artista y unas obras no típicas en la contratación de EMI, especialmente en lo que hacía relación con su presentación al público y la comercialización de las obras.

Con estas advertencias, entra el tribunal a estudiar la manera cómo las partes ejecutaron sus obligaciones, análisis que se limitará a las prestaciones que aparecen comprometidas en las pretensiones y en las excepciones y tomando en cuenta, por supuesto, que no existe demanda de reconvención.

### 3.1.1. La conducta de Lisa Galvis Lagoni

De las intenciones de las partes bilateralmente conocidas se induce que la más importante obligación de Lisa Galvis Lagoni estaba constituida por la conducta útil y eficaz para la producción del fonograma “Destino” en donde la artista debía ejecutar una serie de actividades indelegables e *intuitu personae*, cuyo cumplimiento se induce de manera concluyente de la existencia efectiva del fonograma “Destino”. Esa circunstancia releva al tribunal de mayores análisis, porque además no existe cargo alguno contra Lisa Galvis, por ninguna vía, respecto de conductas perturbadoras de aquella producción.

El tribunal coincide con el juicio del perito Elkin Mesa según el cual la voz de Lisa Galvis es agradable, como tuvo oportunidad de comprobarlo al escuchar los diferentes fonogramas aportados al expediente. Sin duda, se trata de una cantante cautivante con talento y suficientes recursos artísticos, dotada además del inconmensurable don de componer canciones hermosas, sensibles, cargadas de poesía y sentimiento.

Las otras consideraciones del perito Elkin Mesa en el sentido de que Lisa Galvis no es conocida ni recordada en los medios no habla mal de ella, ni desdice de su condición de excelente cantautora, la cual, se reitera, no está en entredicho. El tribunal examinará estas apreciaciones periciales acerca del escaso conocimiento público o la ninguna recordación de Lisa Galvis, como un elemento adicional para dilucidar si la campaña de promoción que

debía emprender EMI del disco “Destino” fue o no eficaz, aspecto que se abordará adelante.

El tribunal prescinde del análisis de las demás obligaciones a cargo de la convocante porque no son materia de controversia y porque la ruptura que tuvo la ejecución contractual no dejó que el *iter contractus* llegara hasta el punto en que ellas hubieran debido ejecutarse.

En el capítulo de excepciones de mérito de la contestación de la demanda —y en relación con el “contrato de intérprete”— no encuentra el tribunal que se le impute a la convocante incumplimiento alguno. EMI se queja de no haber podido ejecutar normalmente sus obligaciones por no habérselo permitido la artista al haber decidido “unilateralmente ... no darle cumplimiento ... al contrato”, lo que en estricto sentido constituye apenas la referencia a la conducta asumida por aquella una vez que EMI tomó la decisión —y también de manera inequívoca y por conducta concluyente— de no persistir en este proyecto comercial. Y en el desarrollo del proceso no encontró el tribunal que hubiere quedado probada, con fuerza de excepción de mérito, un incumplimiento grave de la convocante.

### 3.1.2. La conducta de EMI

Para apreciar el comportamiento o la ejecución contractual de EMI es necesario tener en cuenta estas premisas estructuradas por el tribunal con total apego a los hechos, a la naturaleza del objeto del contrato, a la calidad de la artista convocante y al *status* profesional de la convocada:

- En primer lugar, tal y como ya se advirtió, que la calidad de la artista y la naturaleza de sus obras e interpretaciones predisponían, necesariamente, el modo como EMI debía ejecutar sus prestaciones;
- En segundo lugar, que no está cuestionada la totalidad de la ejecución contractual de EMI. Por el contrario, la existencia del fonograma “Destino” prueba la realización del producto a que se comprometieron ambas partes y de manera especial EMI, concretamente en lo que guarda relación con la disposición de los medios y recursos encaminados a la materialización adecuada y decorosa del fonograma, punto en el que la artista tiene reparos menores, tal vez indirectos, contra EMI, cuyo alcance se analizará en este mismo laudo (obligaciones económicas con terceros, pendientes de pago, vinculadas con la producción del fonograma, por ejemplo).
- •••En tercer lugar, que EMI no solo es una empresa comercial (cfr., C. Co., arts. 20 y 25) sino que ostenta la calidad de profesional de una determinada actividad mercantil, lo que resulta suficiente para concluir que debía conocer lo que algunos autores denominan “las reglas del arte”, esto es, de su propio oficio, de tal manera que no podía entrar en un negocio atípico, aunque de su propio mundo comercial, y luego pretextar lo atípico o especial del mismo o de su contraparte, contractual para tratar de justificar la inadecuada o insuficiente selección o disposición de los medios de publicación y comercialización del fonograma objeto de la controversia que han sometido las partes a este tribunal. Sin relevar a las partes de sus responsabilidades contractuales, es claro que si algo caracteriza a un profesional de cualquier área es tanto un determinado conocimiento especializado y experto, como la percepción y administración de riesgos que escapan a quienes no son profesionales de esa determinada área de negocios o disciplinas (“riesgo empresario”).
- Finalmente, que el texto contractual suscrito tardíamente por las partes no refleja las tareas completas que debía ejecutar “La compañía” (EMI), ni el alcance de estas, como tampoco las prioridades. En efecto, reza la cláusula sexta que EMI se obliga “a lanzar al mercado en Colombia y a realizar la comercialización de las copias correspondientes, de acuerdo con las políticas de mercadeo que estén en vigencia en ese momento”, desconociendo que el modo de lanzamiento al mercado y de comercialización del fonograma estaba condicionado necesariamente por la naturaleza y las cualidades de esta determinada artista y de este determinado fonograma, todo lo cual era bien conocido por las partes, especialmente por EMI dado su carácter de profesional de estos negocios, y todo esto formaba parte de las intenciones bilateralmente conocidas, tal y como se pondrá de presente más adelante.

Por estas razones, de acuerdo con una importante regla de interpretación de los negocios jurídicos, el tribunal tendrá en cuenta más la intención de las partes que lo literal de las palabras (C.C., art. 1618), tal y como ha debido hacerlo EMI, y no sobra recordar que las normas de interpretación de los negocios jurídicos son imperativas para el juez.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones y que la controversia se relaciona con la fase de comercialización del fonograma, el tribunal estudiará si para su difusión y venta era necesario acudir a una estrategia especial o si eran suficientes las “políticas de mercadeo” (cláusula sexta del contrato) estándar que tenía vigentes EMI; en segundo lugar, y teniendo en cuenta que la naturaleza de la artista y de la obra determinan la naturaleza y el modo de la carga de diligencia de quien deba cumplir una prestación relacionada con aquellas circunstancias, cuando hubieren sido conocidas bilateralmente por las partes contractuales, analizaremos si EMI adelantó una estrategia de comercialización adecuada a la naturaleza de la artista y de su obra; finalmente, será necesario precisar si en el momento en que se interrumpió o cesó la ejecución contractual ello ocurrió como resultado de la evaluación empresarial del desarrollo de las labores de mercadeo del fonograma “Destino”, con conocimiento y advertencia de la artista.

### 3.1.2.1. La comercialización del fonograma “Destino” requería una estrategia comercial especial

Está bien probado en este proceso que EMI asumió el proyecto Lisa (la expresión es del declarante Jaime Hernández) con pleno conocimiento de su naturaleza, y cuando el tribunal preguntó “qué abarcaría esa promoción comercial de un artista no típico como podría ser el caso de doña Lisa”, Jaime Hernández, ex representante de la convocada suministró una amplia descripción en la que concluye que “... no hay una guía, no hay un texto, no hay un procedimiento exacto que se pueda ... explicar. Tendría que hablarlo particularmente con cada uno de los artistas ... una discusión interna en las reuniones de ... la compañía ...”, de donde induce el tribunal que la diligencia de EMI, en este punto, no podía limitarse a la aplicación inexorable de “las políticas de mercadeo que estén en vigencia en ese momento” (cláusula sexta del contrato), sino que estaba obligada a un diseño *ad hoc*, para el que “no hay un procedimiento exacto”, “no es algo que esté establecido en ninguna parte sino ... que tiene que ver con lo que la persona que lo está dirigiendo esté visionando” (cdno. de pruebas 1, fls. 267 y 268).

Y al ser interrogado Álvaro Rizo, actual representante de la convocada, claramente manifestó no haber conversado con Jaime Hernández, su antecesor, respecto de lo especial que debía ser el sistema de comercialización del “Proyecto Lisa” (cdno. de pruebas 1, fl. 92), asunto que como acaba de verse era bien claro para el anterior representante de EMI. Sin embargo, Álvaro Rizo precisó los siguientes aspectos, relevantes para comprender la especial estrategia comercial que exigía el contrato suscrito con Lisa Galvis:

- En su declaración (cdno. de pruebas 1, fl. 86) narra que al llegar se sorprendió con la inversión que iba a hacer EMI en el marketing del fonograma de Lisa Galvis, “una artista que era contratada por el antiguo director con un pensamiento totalmente ajeno y diferente a lo que son nuestras políticas de la compañía ...” (resalta el tribunal).
- Lisa Galvis “no era una artista para desarrollar como se desarrolla cualquier artista, como comenzó Shakira ...” (fl. 86, *ibíd.*).

Lisa Galvis era una artista “sin ningún historial de venta y con una inversión grandísima que no iba a dar resultados inmediatos, ni en ventas, ni a nivel promoción ...” (fl. 86, *ibíd.*).

- Lisa Galvis requería “un marketing totalmente diferente a lo que EMI no se dedica o sea, la idea era sacar un disco y hacer una presentación para que se vendiera a grandes compañías como un premium business no sé ... como un prensaje especial” (fl. 86, *ibíd.*, resalta el tribunal).
- “Me parecía increíble que alguien decidiera en la compañía hacer esta inversión sin tener un garantizado de ventas ...” (fl. 86, *ibíd.*).
- En el cuaderno de pruebas 1, folio 92 y ante una pregunta del tribunal acepta nuevamente que el fonograma de Lisa Galvis requería un sistema especial de comercialización en el que “Lisa y su esposo ... iban a ayudar”.

Todo lo anterior lleva al tribunal a concluir, sin ninguna duda, que EMI sabía que para desarrollar las labores de comercialización del fonograma de Lisa Galvis era necesario acudir a una estrategia comercial diferente de la estándar o típica de “La compañía”, a un marketing diferente del que habitualmente utiliza EMI, aspecto que tenían bien claro, tanto el representante de EMI que inició la ejecución contractual con Lisa Galvis (Jaime Hernández), como el representante de EMI con quien concluyó esa misma ejecución contractual (Álvaro Rizo). Y el primero de ellos le describió al tribunal cómo se estructura y decide una estrategia comercial de esa naturaleza,

aspectos sobre los que Álvaro Rizo ni conversó, ni trató con Jaime Hernández.

La conducta de EMI tampoco queda a salvo ni siquiera confrontándola con la cláusula 6 del contrato de intérprete.

Conviene precisar lo que las partes acordaron en esta disposición contractual, pues en ella se previó que la convocada se comprometía a “realizar la comercialización de las copias correspondientes, de acuerdo con las políticas de mercadeo de la compañía que estén en vigencia en ese momento, pero de ninguna manera se hará con posterioridad a doscientos setenta (270) días (para el cómputo de dicho plazo se excluyen los días de los meses de nov. y dic.) después de la aceptación de la producción por parte de La compañía”. Igualmente, en esta cláusula se dispuso que si no se lanzaban las copias al mercado “La artista tendrá derecho después del vencimiento de tal período, a enviar notificaciones por escrito a la compañía solicitando que esta lance al mercado la producción pertinente en Colombia. En el evento en que la compañía no saque al mercado la producción en cuestión, dentro de un período de sesenta (60) días contados a partir del recibo de la notificación de la artista mediante la cual solicitaron la salida al mercado de tal producción, la artista tendrá derecho de notificarle a la compañía que han dado por terminada la vigencia de este contrato”.

En primer término, si bien contractualmente EMI estaba asistida de facultad suficiente para impulsar el lanzamiento que concordase en ese momento con sus políticas de mercadeo, en el proceso no aparece prueba alguna de que el mencionado acto público de presentación de Lisa Galvis en el Teatro La Castellana riñese o fuese contrario a sus políticas de mercadeo vigentes en este instante. El tribunal echa de menos una prueba que hubiese acreditado que para esa época, mayo de 1998, la política de mercadeo de EMI repudiaba o censuraba este tipo de actos. No hay duda, no reposa en el expediente medio de convicción que permita concluir que en algún momento de la ejecución del contrato, EMI llegó a considerar que en su política de mercadeo no tendrían cabida los actos públicos de lanzamiento. Eso, que era trascendental para la prosperidad de la defensa de EMI, no se estableció en el plenario.

De otra parte, el tribunal desestima el argumento de que Lisa Galvis habría podido hacer uso de la prerrogativa de notificar a EMI la terminación de la vigencia del contrato, dentro de los sesenta (60) días siguientes a conocerse el no lanzamiento al mercado, pues en el proceso se estableció que cuando la demandante recibió el texto del contrato, ya estaban vencidos todos los plazos, no solo el de 270 días, sino el de 60 días, los que como si fuera poco, también habían empezado a correr mucho antes de firmarse el contrato de intérprete, porque como ya se ha demostrado, las partes tuvieron una primera fase consensual en el cumplimiento de sus prestaciones que después vertieron a escrito.

### 3.1.2.2. ¿Adelantó EMI una estrategia comercial adecuada a la naturaleza de la artista y de su obra?

Con fundamento en las pruebas, y con el fin de despachar este tema, el tribunal parte de estas dos conclusiones:

- Era necesario establecer y desarrollar un sistema especial de comercialización o venta del fonograma “Destino”, acorde con la naturaleza y las especiales características de la artista, sus interpretaciones y su obra, tema al que ya se ha referido el tribunal.
- Por iniciativa de EMI tuvo principio de ejecución una campaña o estrategia de ventas exactamente igual a la estándar o típica de “La compañía”.

En esta parte del laudo debe el tribunal analizar si esa estrategia comercial a la que dio principio de ejecución EMI, por su propia iniciativa y con sus propios medios y recursos, se adecuaba a la naturaleza y especiales características de lo que se quería y debía comercializar.

En el proceso quedó demostrado que EMI sí intentó la difusión de la obra e interpretaciones de Lisa Galvis. En efecto, el señor Ricardo Rodríguez González, cuya función en EMI es “promocionar al artista” (cdno. de pruebas 1, fl. 147) le describió al tribunal las gestiones que hizo en la radio para presentar un disco “sencillo” del fonograma “Destino”, e inclusive se detuvo en la descripción de estrategias sugestivas que no le dieron resultados positivos.

Para el tribunal esta declaración, a pesar de lo desordenada y del limitado campo de referencia que maneja el

declarante, resulta ilustrativa de que EMI no intentó modificar el esquema de difusión típico o estándar que maneja “La compañía”, y que como bien lo describió este testigo depende de manera dominante de la respuesta o reacción que acuse la radio respecto de los discos “sencillos” que recibe, a veces en forma anónima —así fue en este caso— para crear un clima de expectativa e indagación por el artista autor de la correspondiente interpretación.

Lo anterior explica que a este declarante (Ricardo Rodríguez) le pareciera atípico, por no decir que desacertado, que se hubiera pensado en una fiesta de lanzamiento del fonograma “Destino” y de Lisa Galvis (Teatro La Castellana) a la que en vez de concurrir los hombres de radio encargados de estas promociones y programaciones (“disc jockeys”) asistieran presidentes y gerentes de grandes empresas, y varias veces mencionó —a manera de ejemplo, por supuesto— al presidente de Bavaria, sin salir del asombro respecto de qué tendría que ver un personaje como este en un acto de lanzamiento de una artista y de su obra.

A estas alturas el tribunal encuentra que, precisamente, lo que hubiera podido colocar la estrategia de marketing de las interpretaciones de Lisa Galvis y de sus obras por fuera de lo que repetidamente se le describió al tribunal como el mercadeo típico de EMI, era un acto como aquella “fiesta” (Teatro La Castellana), sin que con ello esté el tribunal asumiendo o afirmando que ese acto le habría garantizado a EMI el éxito de este proyecto. No. Lo que quiere significar el tribunal es que tal vez aquel medio “anormal” de promoción y lanzamiento de una artista y de un determinado fonograma hubiera podido congrega un importante grupo de empresarios y hombres de negocios con quienes se pudiera adelantar una estrategia de venta diferente y por canales diversos de los que normalmente utilizaba y trajinaba EMI, con el auxilio de otras gestiones de mercadeo en las que seguramente habrían ayudado Lisa Galvis y su esposo, tal y como en su declaración lo conjeturó Álvaro Rizo (cdno. de pruebas 1, fl. 92), y en forma parecida, por ejemplo, a como se hizo el mercadeo del fonograma “Llegó la navidad”, proyecto al que estuvo vinculada EMI.

El tribunal no entra en el reino de las conjeturas, y si se ha permitido el ejercicio anterior es para concluir:

- Que la estrategia comercial a la que dio principio EMI para difundir y vender el fonograma “Destino” no resultaba —ni resultó— adecuada o ajustada a la naturaleza y características de la artista, de su obra y de sus interpretaciones. Esta conclusión está además respaldada con el dictamen pericial de Elkin Mesa, según el cual en los medios de comunicación no conocieron, ni recordaron a Lisa Galvis, ni a ninguna de sus obras.
- Que a partir de los hechos probados debe el tribunal concluir que existían otros medios y métodos de difusión y comercialización de aquel fonograma, y uno de ellos bien pudo ser el programado y frustrado lanzamiento que se iba a efectuar mediante una especial función en el Teatro La Castellana.

Respecto de la función o presentación de la artista y de su obra en el Teatro La Castellana, el tribunal encuentra conveniente ubicar ese evento en el contexto contractual que nos ocupa. Al apreciar las pruebas en conjunto, el tribunal entiende aquella presentación como un acto especial, extraordinario, fuera de lo habitual o rutinario en el marketing de EMI, que bien hubiera podido demostrar un esfuerzo de “La compañía” por adecuar la promoción de esta artista, de su obra y de sus interpretaciones a sus especiales características y naturaleza. En este contexto no puede el tribunal aceptar que la controversia que nos ocupa tenga como causa, exclusivamente, una fiesta que se canceló.

Y como una prueba más de que EMI adelantó una estrategia comercial inadecuada para la naturaleza de la artista y de su obra, puede considerarse el hecho de que el fonograma o CD “Destino”, no estuvo disponible al público en ningún momento, y son constitutivos de indicios necesarios de esta conclusión las siguientes respuestas agregadas al expediente:

- “Discos La Rumbita” (fl. 247, cdno. de pruebas 1) respondió: “intérprete poco conocida ... ninguna negociación sobre el citado tema”.
- “Prodiscos” (fl. 248, ibíd.), manifestó: “El disco denominado “Destino” nunca le ha sido ofrecido a nuestra compañía”.
- “Comercial Cardona Hermanos Ltda.” (fl. 249, ibíd.), expresó: “No ha vendido el fonograma “Destino” interpretado por Lisa Galvis”.

Lo anterior coincide, además, con el sistema de mercadeo suficientemente ilustrado a este tribunal (cfr. declaraciones de Ricardo Rodríguez González, Édgar Pérez Henao, Álvaro Rizo), del que surge que EMI no colocó el fonograma “Destino” en los puntos de venta al público, porque ese paso o etapa comercial —según aquellos relatos— dependía de la respuesta que se obtuviera a la promoción adelantada con un disco “sencillo”, punto en el que reveló su insuficiencia el sistema de marketing habitual o estándar de EMI.

Se reitera, lo que EMI puso a disposición de algunas emisoras fue únicamente uno de los temas de los varios contenidos en el disco “Destino”.

En conclusión: La gestión de EMI no puede juzgarse en este punto por la no producción de un resultado concreto. Lo que encuentra el tribunal es que EMI, teniendo pleno conocimiento de la naturaleza y características de una determinada artista y de su obra, no adelantó unas gestiones de difusión y mercadeo acordes con aquella naturaleza y características especiales, habiendo podido y debido hacerlo. Pero además, a ello estaba obligada de acuerdo con normas imperativas que obligan a los contratantes a ejecutar los negocios jurídicos de buena fe (C. Co., art. 871 y en desarrollo de esa buena fe quedan obligados “no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (resalta el tribunal).

### 3.1.2.3. ¿Cuál fue la causa de la cesación de la ejecución contractual por parte de EMI?

Con lo que el tribunal ha encontrado probado es claro el incumplimiento de EMI al no disponer los medios adecuados a la naturaleza de las prestaciones que debía ejecutar, tema que quedó despachado en el punto inmediatamente anterior.

Como es evidente que en un determinado momento cesó la ejecución contractual, que las copias del fonograma “Destino” fueron destruidas y que prácticamente no existieron ventas del mismo, es necesario establecer qué ocurrió y qué alcances jurídicos tienen esos hechos. A continuación se analizará qué desenlace tuvo la estrategia de marketing que había emprendido EMI, haciendo abstracción de lo inadecuada que era para los fines del contrato, pues este punto ya se examinó.

Hay un suceso alrededor del cual se desencadena un cambio en el clima que tenían las relaciones de las contrapartes contractuales (“La compañía” y “La artista”), que determina la cesación de la ejecución contractual por parte de EMI y es el cambio en la gerencia o dirección de esta sociedad: se retira Jaime Hernández e ingresa Álvaro Rizo.

En comunicación del 27 de mayo de 1998, de Félix Duarte dirigida a EMI Colombia a la atención de Jaime Hernández, se ponen de presente dos circunstancias: la primera, que ya era difícil la comunicación con el mismo Jaime Hernández, promotor, animador y responsable de este proyecto en EMI; y la segunda, que Álvaro Rizo, el nuevo gerente, se negaba a recibir a Lisa Galvis y tampoco facilitaba cualquier otro tipo de contacto o comunicación, circunstancias, ambas, que no cambiarían, a pesar de la promesa de Jaime Hernández consignada en su carta de respuesta de la misma fecha.

Analizado con más detalle este momento de la vida empresarial de EMI, el tribunal encuentra un evidente contraste en la percepción que tenían de este proyecto el gerente saliente (Jaime Hernández) y el nuevo gerente (Álvaro Rizo). Veámoslo.

#### Jaime Hernández

Sobre la manera como Jaime Hernández concibió este proyecto comercial ya el tribunal ha registrado lo esencial en otras partes del laudo, con base en lo declarado por este testigo. Sin perjuicio de insistir o volver sobre su declaración véase lo que al respecto manifestó Lisa Galvis al contestar una pregunta del tribunal:

“Lisa Galvis: ... el gerente de EMI me dijo que estaba interesado en mí como artista, él quería que ... pensáramos en un disco ... probablemente de baladas, ... él me decía usted tiene la voz ... para mí es una artista ... con cosas que decir... una artista que tiene que convencer a la gente con cosas que no sean tontas, que no sean canciones superficiales, usted tiene cosas que decir y si vale la comparación, sin pretender ser ni mucho menos pretenciosa, él me dijo que usted sea la Serrat mujer ... porque usted tiene muchas cosas que decir y que contar” (pág. 9 de su

declaración).

Y en este mismo orden de ideas, Jaime Hernández dice en su declaración (cdno, de pruebas 1, fl. 260):

“... yo estaba pensando en aquella época como persona, como compañía, ... que podíamos generar un proyecto con Lisa Galvis que fuese interesante desde ese punto de vista para mercadearlo y también había en aquel momento un renacimiento de lo que eran los cantautores ...” (resalta el tribunal).

El tribunal observa que el convencimiento y entusiasmo de “La compañía” y de “La artista” en el proyecto comercial que habían fraguado y elevado a contrato, primero consensual y luego escrito, no decayó sino en el momento en que se produjo el relevo gerencial ya varias veces mencionado.

Véase a continuación otra percepción del mismo negocio.

Álvaro Rizo

En primer lugar —y para establecer un contraste— Álvaro Rizo le mencionó al tribunal como ejemplos de sus arquetipos artísticos, y con ellos comparó a Lisa Galvis o a las estrategias de mercadeo respectivas, a las Spice Girls, a Shakira y a Carlos Vives, con comentarios que revelan el *desideratum* de los actores de sus proyectos en el que, por supuesto, nada tenía que hacer Lisa Galvis, pues en sus propias palabras, ya citadas por el tribunal, se trataba de una artista a quien no la conocía nadie, cuyo perfil no encajaba en las políticas de la compañía y que, además, le imponía un marketing diferente del que EMI estaba acostumbrada a ejecutar y a quien, finalmente, se le tenía asignado un presupuesto sorprendente sin garantía alguna de la venta de su fonograma (todo esto a fls. 85, 86 y 91, cdno. de pruebas 1).

Adicionalmente, no deben perderse de vista estas palabras de Álvaro Rizo por la conexión que establece espontáneamente entre la situación económica que encontró en EMI y el proyecto Lisa Galvis:

“... La razón por la que llegué a la compañía era precisamente ... hacer un cambio en Colombia, por la situación ... que atravesaba la compañía, que ... no era óptima y además ... el mercado colombiano había tenido un retroceso bastante grande y la idea era venir a recortar gastos y a hacer que la compañía fuera rentable. Cuando yo me encuentro con el disco y con la producción de la señora, pues pregunto a ... mi equipo: cuéntenme quién es el artista, porque me sorprende la inversión de marketing que vamos a hacer, ¿hay un historial de venta? (cdno. de pruebas 1, fls. 85 y 86. Resalta el tribunal).

En esta misma parte de su declaración, esto es, luego de referir la situación económica que atravesaba EMI y el desconcierto que le había producido el proyecto Lisa Galvis en todos sus aspectos, narra que entró a cancelar el espectáculo programado en el Teatro La Castellana. Textualmente dijo (fl. 86, *ibíd.*):

“... Cuando yo vi la inversión que se le iba a hacer a la presentación en el Teatro de La Castellana, con músicos, con de todo, decidí que no era rentable para la compañía, ni iba a dar ningún resultado este lanzamiento” (resalta el tribunal).

Para el tribunal quedó establecido que la suspensión de las tareas de mercadeo del fonograma de Lisa Galvis y demás prestaciones complementarias a cargo de EMI, asumidas en el denominado “contrato de intérprete”, fue tomada de manera unilateral por “La compañía”, y tratándose de un asunto estrictamente contractual, no es del caso extender estas consideraciones ni en eventuales análisis de culpa, que no los exige la normativa aplicable, como tampoco en la indagación de los motivos reales que hubiera podido tener EMI para haber tomado esa decisión, y este es un tema que bien puede quedar en el terreno de las hipótesis y conjeturas, sin que con ello se afecte ni el rigor de estas consideraciones, ni la fundamentación del laudo. En otras palabras, al haber quedado acreditado un no hacer de EMI, cuando evidentemente estaba obligada a hacer, y todo ello sumado a los hechos igualmente demostrados del irrisorio logro comercial, y además relacionado con un daño patrimonial en la categoría del lucro cesante, no le cabe duda al tribunal de que ese daño se vincula directamente y tiene como causa la conducta negligente e imprudente de EMI, esto es, la causa eficiente de aquel perjuicio no es otra que el defectuoso comportamiento contractual de EMI, que encuentra debidamente probado el tribunal.

Y es que aun aceptando —en gracia de discusión, por supuesto— que EMI había decidido y emprendido una estrategia comercial adecuada, tampoco se encontraba en una etapa de ejecución o desarrollo de la misma que fuera suficiente para llegar a la conclusión de que el proyecto Lisa Galvis había fracasado, tema que pudo verificar el tribunal al interrogar a un testigo de excepción de estas vicisitudes contractuales, como lo fue Jaime Hernández. Véase lo pertinente para estos efectos (cdno. de pruebas 1, fls. 268 y 269):

“Pregunta el tribunal: ... cuando usted todavía está en EMI se está planeando un concierto de lanzamiento ..., apelo a su conocimiento técnico, ¿tenía en sus manos los elementos objetivamente necesarios para tomar una decisión y decir: sigue adelante, cancelemos esto, no va más ...?”

Jaime Hernández: En ese momento obviamente el proceso estaba en camino y yo estaba pensando que lo que estábamos haciendo era lo correcto para desarrollar este trabajo.

(...).

En ese momento digamos que teníamos definido el plan de acción que estábamos desarrollando con Lisa Galvis y desde mi punto de vista estábamos en el proceso de lanzamiento de este disco.

(...).

todavía no teníamos el conocimiento total de cómo iba a ser la reacción de este producto en el mercado, ... no habíamos culminado ... el proceso de dar a conocer el proyecto y ... estábamos perfeccionando los mecanismos para hacerlo conocer, ... no había todavía un indicio por decirlo de alguna manera, en que el proyecto iba a tener éxito en el mercado. Estábamos solamente en el proceso de inversión, luego de la grabación y de desarrollar el plan de lanzamiento ... faltarían varias semanas o un tiempo determinado para saber cuál iba a ser la reacción en el mercado y para saber cómo se iba a continuar con el proceso hacia adelante” (resalta el tribunal).

Por todo lo expuesto bajo este número 3.1.2. (“La conducta de EMI”), el tribunal encuentra que EMI incurrió en un incumplimiento grave del “contrato de intérprete” acordado primero en forma consensual y luego vertido al escrito que obra en el proceso, en los aspectos y con los alcances que se dejan analizados.

### 3.2. “Contrato autoral”

El “contrato autoral” aparece suscrito el 9 de marzo de 1998, y es necesario tener en cuenta que la convocante es autora de una serie de composiciones u obras (letra y música), que tienen significación jurídica y patrimonial en los dos contratos a que se refiere este proceso (el de “intérprete” y el “autoral”), y es por ello necesario analizar el tema con dos precauciones: la primera, y puesto que los dos contratos regulan objetos que aunque pueden ser diferenciados tienen prestaciones parecidas y hasta comunes, guardar las necesarias congruencias ya que se trata de los mismos actores, tanto por activa como por pasiva, y porque los bienes intelectuales sobre los que recae la controversia o a partir de los cuales se imputan determinados incumplimientos, son los mismos; y la segunda, que es necesario proceder con total respeto al principio *non bis in ídem*, de tal manera que si fuere procedente alguna reparación patrimonial ella, sin perjuicio de su plenitud, no puede resultar duplicada.

Si se analiza la cláusula novena del “contrato autoral”, se observa que era obligación de EMI “obtener por lo menos una inclusión en fonograma de la obra y su correspondiente publicación”. El hecho 50 de la demanda refiere que “la totalidad de los temas de autoría de Lisa Galvis ... quedaron incluidos en el fonograma “Destino”, lo que implica que era la intención de EMI publicar el mismo ...”, y ello suscitó la siguiente respuesta de la convocada:

“50. Es cierto, esas obras musicales como lo confiesa la demandante, fueron incluidas en la producción fonográfica titulada “Destino” y colocada en el mercado nacional como se probará en este proceso”.

Para despachar este punto, no puede el tribunal olvidar ni desestimar lo que ya ha concluido respecto de estas mismas obras y ese mismo fonograma con ocasión del análisis del “contrato de intérprete”, y con aquellas mismas razones, de toda clase, llega a la conclusión —y para los efectos de este contrato “autoral”— de que EMI también incumplió en forma grave la obligación de difundir, hacer conocer o publicar la obra de Lisa Galvis objeto de este

contrato autoral, tal y como igualmente debía ocurrir en el “contrato de intérprete”, y no puede constituir explicación suficiente del cumplimiento de esta obligación invocar la mera fijación de la obra en una base material (fonograma) y, luego, no hacer lo que la naturaleza del objeto le imponía a EMI Colombia para comercializar, difundir, publicar o extender el conocimiento de las obras, empeño que constituye la zona fronteriza y común de estos dos contratos.

El alcance de la obligación de publicar a cargo de EMI no puede quedar restringido a la fijación de la obra en un soporte sonoro, esto es, a la mera elaboración de ese producto, pues como lo previenen las varias acepciones que tiene la palabra en el Diccionario de la Real Academia Española, publicar significa y por lo tanto implica:

- “hacer notorio o patente ...”;
- “... hacer llegar a noticia de todos”;
- “Hacer manifiesta al público ...”;
- “Difundir..”.

Lo anterior nunca ocurrió y prueba de ello, nuevamente, es el dictamen del experto Elkin Mesa ya citado por el tribunal.

En este punto bien puede el tribunal cerrar sus consideraciones consignando que esta interpretación se encuentra autorizada —o mejor, se impone— por virtud de las reglas de hermenéutica de los negocios jurídicos contenidas en los artículos 1618, 1620 y 1621 del Código Civil, según las cuales debe el juez preferir el sentido en que una estipulación contractual produzca efectos de acuerdo con la naturaleza de las prestaciones y atentos a las finalidades de las mismas. Tan claras disposiciones relevan al tribunal de acudir al criterio de interpretación previsto en el artículo 257 de la Ley 23 de 1982, según el cual, “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor”.

No discuten las partes incumplimiento alguno de Lisa Galvis respecto del “contrato autoral” y tampoco encuentra el tribunal excepción alguna, ni propuesta, ni probada, que pudiera enervar la prosperidad de la tercera pretensión de la demanda.

En las circunstancias anteriores y de acuerdo con lo probado, es forzoso concluir la existencia de un incumplimiento grave de la convocada respecto de precisas obligaciones asumidas por virtud del “contrato autoral”. Y respecto de las consecuencias y alcances de este incumplimiento, *prima facie* no encuentra el tribunal que hubiera resultado probada la existencia de un daño directamente vinculado con la conducta defectuosa de la convocada, que se acaba de analizar y, a la vez, también observa el tribunal que aquí aparece una nueva zona común a los dos contratos tantas veces mencionados en donde los efectos perjudiciales de las conductas de EMI son menos claros en este “contrato autoral”, que en el “contrato de intérprete”. En el capítulo relativo al daño se hará el análisis definitivo de los perjuicios reclamados por la convocante con fundamento en este “contrato autoral”.

#### 4. El daño

Enseguida aboca el tribunal el problema de los daños y perjuicios causados a la convocante con el incumplimiento del contrato, para lo cual comienza por examinar las peticiones que a ese respecto se hicieron en la demanda.

En primer término se solicita que con base en la declaratoria de incumplimiento del contrato de intérprete, se condene a la convocada a pagar “el valor de todos los perjuicios materiales directos o indirectos que le fueron ocasionados por la demandada ... incluyendo en ellos el valor de todos los gastos en que la demandante incurrió para satisfacer las obligaciones contraídas para con terceros que participaron en la producción del fonograma “Destino” ...”.

Igual petición, se hace con base en la solicitud de declaratoria de incumplimiento que se formula respecto del contrato autoral.

De otro lado, y como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato de intérprete, se solicita que se reconozca el valor de las utilidades y regalías dejadas de percibir durante el término de duración del contrato, el valor de estas últimas que se dejó de percibir con ocasión de la ejecución pública de las interpretaciones de la demandante y, finalmente, el valor de la pérdida de la oportunidad de celebrar otros negocios como intérprete y de interpretar públicamente los temas incluidos en el fonograma “Destino”.

Por último, y como consecuencia del incumplimiento del contrato autoral, se solicita al tribunal que condene a EMI a pagar el valor de las regalías que de acuerdo con las estipulaciones contractuales hubiera podido devengar la autora en el territorio del contrato y el valor de la pérdida de la oportunidad de celebrar otros negocios de inclusión de temas de su autoría en fonogramas propios o de terceros.

El tribunal examinará en ese orden lo referente a los perjuicios.

En primer lugar, debe comenzar por ponerse de presente que para que los perjuicios sean indemnizables se requiere que revistan los caracteres de ser directos y ciertos. En efecto, tradicionalmente se ha rechazado la posibilidad de condenar al pago de perjuicios indirectos por impedirlo la expresión del artículo 1616 del Código Civil que establece que si hay dolo, el deudor “es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento” (resalta el tribunal). Esa redacción es la que precisamente ha hecho decir a Ospina Fernández, al tratar el tema de los perjuicios indirectos, que “aun en el caso de responsabilidad más grave, cual es el del incumplimiento doloso de la obligación” el deudor no está obligado más que a la indemnización de los perjuicios directos, esto es a los que están en relación de causalidad directa e inmediata con el incumplimiento de la obligación o con su ejecución tardía.

Y no es nueva la teoría porque ya Chironi desde comienzos del siglo pasado tenía por averiguado respecto del daño que “... se dirá, por tanto, resarcible, el daño que directa, inmediatamente se deriva de la lesión respecto a que se declara la responsabilidad” <sup>(1)</sup> .

Por lo demás, también ha dicho la doctrina que los perjuicios deben ser ciertos y no eventuales, es decir, “no de un daño genérico o hipotético, sino uno específico, cierto” <sup>(2)</sup> .

Henri y León Mazeaud y André Tunc, a este respecto afirma que “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha” <sup>(3)</sup> .

Ahora bien, es claro que no hay dificultad en identificar la certidumbre del daño cuando los perjuicios pertenecen a la categoría de los llamados actuales o consolidados, es decir los que se producen de manera inmediata y como consecuencia necesaria y fatal del incumplimiento.

El problema consiste en dilucidar cuándo los perjuicios no consolidados, es decir los que se prolongan en el tiempo, pueden considerarse indemnizables y cuando no. A este respecto han sido unívocas la doctrina y la jurisprudencia al considerar que ello solamente ocurre cuando el daño “aparezca como una prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual” <sup>(4)</sup> .

En estos eventos lo que corresponde al juez es examinar la certeza de la prolongación de los perjuicios en el tiempo y la existencia o inexistencia de dicha certeza será la que lo lleve a condenar a su indemnización, o a desecharla aduciendo el carácter eventual de aquellos.

Hechas las consideraciones anteriores el tribunal pasa a despachar las solicitudes concretas de condena reseñadas al comienzo de este capítulo.

En ese orden de ideas comienza por advertir que no podrá decretar el pago de perjuicios indirectos ni eventuales por las razones atrás reseñadas y examinará, entonces, si aquellos que se solicitan son ciertos y directos.

#### 4.1. Los gastos

Se solicita que se condene a EMI Colombia al pago de unos gastos asumidos por la convocante. Dichos gastos tienen relación con la elaboración y diseño de las artes gráficas del fonograma “Destino” y con los costos del material gráfico elaborado por la firma Sáenz y Cía. Ltda., que tuvieron que ser cancelados a esta última por Lisa Galvis y Félix Duarte, según se afirma en los hechos 37, 38 y 39 de la demanda.

Por otra parte, en el cuestionario propuesto a los peritos, la convocante pidió que se constatará “el recibo y la existencia del material promocional del fonograma “Destino”, y a su vez la convocada solicitó que se verificara “el pago por parte de EMI Colombia a la Sociedad Papel y Lápiz Ltda. por concepto de ilustración, diseño, artes y películas del CD titulado “Destino”.

La perito contable Ana Matilde Cepeda encontró el material a que hacía referencia el cuestionario de la convocante, y respecto de la solicitud de EMI halló que una factura, la 749, referente al álbum “Lisa Galvis - Llegó la Navidad” había sido cancelada por aquella, pero en cambio no pudo constatar que el mismo hecho hubiera ocurrido en relación con la factura 449 del 25 de febrero de 1998.

Félix Duarte, en su declaración afirma haber asumido él los costos de las fotografías para el disco y también manifiesta que “los elementos promocionales que se hicieron, el display y la parte de impresos, respecto del material impreso que mandó imprimir EMI a Sáenz y Cía. que eran los impresores de ellos, eso no lo pagaron” (cdno. de pruebas 1, fl. 190).

Todo lo anterior lleva al tribunal a concluir que los costos de dichos materiales fueron asumidos directamente por Félix Duarte, bien porque los produjeron él o su agencia o bien porque le pagaron a Sáenz y Cía. las facturas que EMI se negó a cancelar.

En las anteriores condiciones no existe en el plenario prueba ninguna de que la convocante, Lisa Galvis Lagoni, haya incurrido en ningún costo o deterioro patrimonial directo, por concepto de los materiales de producción. Esos costos fueron asumidos directamente por Félix Duarte quien no es parte en el presente proceso, lo cual impide que el tribunal pueda proferir condena alguna por ese concepto a favor de la convocante y a cargo de la convocada.

#### 4.2. Las utilidades y regalías

Respecto del tema de las regalías que se reclaman, tanto en lo que hace referencia al contrato de intérprete como al contrato autoral, el tribunal considera lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia siempre han encontrado alguna dificultad al examinar la certidumbre de los perjuicios futuros, máxime cuando dicha certeza tiene que ser calificada a partir de una situación inexistente, porque en este caso, como afirma Juan Carlos Henao, el juez tiene que pronunciarse a partir de supuestos que según el demandante se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino (en este caso el incumplimiento del contrato por parte de EMI) <sup>(5)</sup> .

Es lo que la doctrina francesa ha denominado “La perte de chance”, y la nuestra la “pérdida de la oportunidad”.

En este caso también se tiene ya establecido que el mayor o menor grado de certeza sobre la pérdida de la oportunidad, será el criterio que se debe tener en cuenta para decretar indemnización del perjuicio o, por el contrario, tener este último como eventual para negar aquella.

En el caso *sub lite* dicha pérdida de la oportunidad, consiste en que se le enrostra a la convocada que su incumplimiento impidió la venta de la totalidad de la producción de discos realizada con base en el fonograma “Destino” y que además privó a la convocante de las utilidades y regalías que hubiera percibido como resultado de los conciertos para los que hubiera sido contratada.

Y para demostrar la certeza de dichos perjuicios la parte actora invoca la venta total que se hizo respecto de la producción del fonograma “Llegó la Navidad”, las regalías y utilidades que dicha venta le produjo a la señora Galvis, y las que le produjo el concierto para el que fue contratada en esa ocasión.

Al respecto, el tribunal encuentra que si bien el escenario de la venta del fonograma “Llegó la Navidad” no es

comparable con el de “Destino” por el diferente sistema de mercadeo que se diseñó en uno y otro caso, cabe en cambio sí, la razonable certeza de que, así como ocurrió en el caso del primero, la totalidad de la producción del segundo hubiera podido ser negociada en conjunto, mediante un sistema similar al que se empleó para la producción “Lisa en familia”, que, a diferencia del utilizado en “Destino”, logró la venta de la totalidad de aquella.

Así las cosas y sobre la base ya analizada de que EMI ni siquiera intentó explorar esa posibilidad de mercadeo como era su obligación, el tribunal encuentra como razonablemente cierto que, como consecuencia del incumplimiento del contrato de intérprete, la demandante perdió la oportunidad de obtener una suma de dinero por concepto de las regalías a que hubiera tenido derecho si la producción se hubiere vendido.

Queda entonces por dilucidar cuál sería la producción que debe servir como base para calcular esas regalías. Para estos efectos en el experticio rendido por la señora perito Ana Matilde Cepeda, se analizan varios escenarios, los cuales serán abordados a continuación.

La denominada por la perito opción 1 parte de la base de considerar que el fonograma “Destino” hubiera vendido los mismos 6.000 ejemplares que vendió “Llegó la navidad”. El tribunal no encuentra de recibo esta posibilidad por considerar que el sistema de mercadeo diseñado para el contrato motivo del presente proceso era la venta en los almacenes de discos, es decir que libraba el buen o mal éxito de la comercialización a la acogida que le dispensara el público en general, mientras que el segundo suponía la venta “en bloque” de la totalidad de la producción, con fines promocionales.

De la misma manera se descarta la opción 4 que calcula las regalías sobre diversas cantidades de discos vendidos a partir de 20.000 ejemplares y hasta 55.000, por encontrar que tampoco existen acreditados en el proceso hechos que pudieran llevar al tribunal a la razonable certeza de que estas cantidades se hubieran podido colocar entre el público ni con el sistema diseñado expresamente para “Destino”, ni en el previsto para “Llegó la navidad”.

Así las cosas, el tribunal encuentra que la base más lógica es aquella que se fundamenta en la cantidad de ejemplares que se hubieran debido producir y vender para lograr el punto de equilibrio en la medida en que es una cifra que, respecto del contrato, se encuentra aceptada por EMI, independientemente de que con posterioridad hubiera decidido imprimir una cantidad sustancialmente menor.

Y bien, con esta base la perito contable propone a su vez tres escenarios distintos: los que distingue como opción 2A y opción 2B, los cuales toman como base de liquidación la suma de \$ 8.800 por unidad, que corresponde al costo de producción de cada CD y cada MC en el primer caso y de cada CD solamente en el segundo, en la cantidad necesaria para llegar al punto de equilibrio; y finalmente una opción 3 que supone las regalías que se hubieran percibido al vender la cantidad necesaria para alcanzar el punto de equilibrio, pero no al precio mínimo suficiente para cubrir los costos sino al comercial promedio de \$ 20.500 y precio base de liquidación de \$ 17.220.

La última opción resulta ser la más acertada y conforme con la realidad del negocio, y las otras dos deben descartarse en la medida en que no es dable pensar que en circunstancias normales salgan al mercado productos a precios que escasamente cubran sus costos.

En estas condiciones se condenará a la convocada a pagar la suma de \$ 17.471.309, en la cual estima la pericia el valor de los ingresos para la cantautora en la hipótesis que se ha acogido.

Por lo demás, y en relación con las utilidades que le hubieran producido a Lisa Galvis los eventuales conciertos, no hay la razonable certeza de que estos se hubieran dado si EMI hubiera cumplido íntegra y cabalmente las obligaciones a su cargo resultantes del contrato de intérprete, por lo que no se impondrán condenas por ese aspecto.

Y lo mismo debe predicarse en relación con el contrato autoral, escenario en el cual resultan inciertos los beneficios económicos que se hubieran podido producir de haber culminado el proceso de lanzamiento y comercialización del disco “Destino”, por lo cual considera que las súplicas de la demanda en ese sentido tampoco están llamadas a prosperar.

En efecto, es claro que los derechos y prestaciones que le corresponderían a Lisa Galvis derivados del contrato

autoral, dependían necesariamente del buen éxito que sus canciones tuvieran y del favor que el público les dispensara. En el expediente no encuentra el tribunal elementos que le permitan deducir el buen o mal suceso de las obras compuestas por la autora. En otras palabras, habiéndose interrumpido en la forma en que se interrumpió la naciente carrera de la señora Galvis como autora, no es posible en este momento determinar si sus obras hubieran o no tenido el éxito que ella esperaba y, en consecuencia, se hubieran producido los ingresos económicos y las utilidades que ello hubiera supuesto.

Por lo dicho, en la parte resolutive del laudo se impondrá condena solo al pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de intérprete, en la suma de \$ 17.471.039 únicamente, pues los demás perjuicios reclamados en la demanda, de uno y otro contrato, serán denegados.

## 5. Las excepciones propuestas

Una excepción de mérito aparentemente común en relación con los contratos de intérprete y el autoral, ha sido propuesta en la contestación a la convocatoria, y sobre ella pasa el tribunal a pronunciarse.

Dicha excepción denominada inexistencia de causa jurídica para demandar se hace consistir, respecto del contrato de intérprete, en el hecho de que “la demandante ha decidido unilateralmente el no darle cumplimiento al contrato” y que “ha impedido a la demandada el ejecutarlo normalmente”.

El tribunal estima que en el fondo se trata de la vieja “*exceptio non adimpleti contractus*”, consagrada por el artículo 1546 del Código Civil, y sobre esa base procede a manifestar que —como lo anotó ya en otra parte de este laudo— ha encontrado que la convocante cumplió satisfactoriamente y hasta donde le fue posible con las obligaciones que le imponían las dos convenciones celebradas con EMI, razón por la cual se encuentra plenamente legitimada en la causa por activa, para intentar la acción que aquí se está decidiendo.

Y en relación con el contrato autoral la inexistencia de causa jurídica para demandar pareciera edificarse sobre la base de entender que la única obligación para EMI resultante de dicho acuerdo, consistía en incluir las obras de Lisa Galvis en un fonograma (lo cual llevó a cabo) y que el contrato no preveía “condiciones o limitaciones para publicar y promocionar la obra”.

A este respecto considera el tribunal que si bien está demostrado que se incluyeron las mencionadas obras en un fonograma, no lo es menos que en lo referente a la promoción y publicación se ha encontrado que EMI no cumplió cabalmente con las obligaciones que resultaban a su cargo según la convención.

En las condiciones anteriores y por las razones mencionadas, la excepción propuesta no está llamada a prosperar en ninguno de los dos contratos.

## 6. De la conducta procesal de las partes

En el alegato de conclusión la parte actora sugirió al tribunal deducir consecuencias jurídicas adversas a la demandada, por causa de su conducta negligente al no haber exhibido en el curso de la inspección judicial realizada en sus oficinas, todos los documentos relacionados con este litigio, los cuales llegaron finalmente al proceso como anexos del magnífico trabajo pericial contable realizado por la doctora Matilde Cepeda. A su turno, el vocero de la entidad convocada, explicó las razones por las cuales tales documentos no fueron exhibidos en la inspección judicial, los que en todo caso pudieron arrimarse al informativo cuando la perito revisó con minuciosidad la voluminosa documentación que conforma el archivo muerto de la empresa, al parecer ubicado en sede diferente de la visitada por los árbitros.

Para el tribunal no hay duda de que el medio propicio para la aportación de los documentos a que hizo alusión la parte actora, era la inspección judicial realizada en las oficinas de EMI. No obstante, no puede ignorar que si la perito Matilde Cepeda pudo aportarlos como anexos de su trabajo, fue porque la parte actora facilitó, consintió o toleró su examen y ulterior agregación al expediente, de manera que el tribunal pudo conocer, evaluar y fundar este laudo también en esos documentos.

En esas condiciones, como en ningún caso se reúnen los presupuestos del artículo 249 del Código de

Procedimiento Civil, el tribunal no encuentra que deba deducir indicio alguno en contra de los sujetos procesales, derivado de sus conductas asumidas en este proceso.

#### 7. De la condena en costas

Dada la prosperidad parcial de las pretensiones, el tribunal con fundamento en lo previsto en el inciso 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y teniendo en cuenta la conducta de las partes en el trámite de este proceso, impondrá condena a la parte demandada, al pago de las costas en favor de la demandante, en un setenta y cinco por ciento 75%.

En ese orden de ideas, EMI reembolsará a Lisa Galvis Lagoni hasta un 75% de los gastos de funcionamiento, honorarios y expensas canceladas por la última en este proceso, y además pagará el 75% de la suma de \$ 7.000.000 cantidad esta última en la que el tribunal fija las agencias en derecho, según la siguiente liquidación:

1. Honorarios, gastos de funcionamiento y protocolización	\$ 2.505.937.50
2. IVA 2 árbitros y Cámara de Comercio	393.750.00
3. Honorarios peritos	375.000.00
4. Agencias	5.250.000.00
Total costas	\$ 8.524.687.50

#### VIII. Parte resolutive

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre Lisa Galvis Lagoni, por una parte, y EMI Colombia S.A., por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

1. Declarar que EMI Colombia S.A. incumplió gravemente algunas de sus obligaciones, derivadas del contrato de intérprete celebrado con Lisa Galvis Lagoni.
2. Como consecuencia de la declaración anterior condenar a EMI Colombia S.A. a pagar a Lisa Galvis Lagoni, al día siguiente de quedar en firme este laudo, a título de perjuicios, la suma de \$ 17.471.309. Esta cantidad devengará intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del presente laudo.
3. Declarar que EMI Colombia S.A. incumplió gravemente, así mismo, algunas de sus obligaciones derivadas del contrato autoral celebrado con Lisa Galvis Lagoni.
4. Negar las demás pretensiones de la demanda.
5. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por EMI Colombia S.A.
6. Imponer condena en costas a cargo de EMI Colombia S.A. y a favor de Lisa Galvis Lagoni, por la suma de \$ 8.524.687.50, según la liquidación de que da cuenta la parte motiva de este laudo. Esta cantidad será cancelada al día siguiente de la ejecutoria del laudo, fecha a partir de la cual devengará intereses comerciales moratorios.
7. Por secretaría expídase copia auténtica de este laudo a cada una de las partes.
8. Protocolizar el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.
9. Realizado lo anterior y deducidos los gastos, se devolverán a las partes las sumas sobrantes, si a ello hubiere lugar.

Notifíquese y cúmplase.

---