

Laudo Arbitral

Dimayor y Colfútbol

v.

Carvajal S.A.

Noviembre 26 de 1996

## **Acta 9**

En Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996) siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), fecha y hora fijadas mediante auto 21 de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), se reunieron en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la carrera 9ª N° 16-21 piso 4º los doctores Ernesto Gamboa Morales, quien preside, Jorge Cubides Camacho y Alfonso Hernández de Alba, al igual que el secretario doctor Roberto Aguilar Díaz, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo. Así mismo asistieron los doctores Miguel Rujana Quintero, apoderado de la parte actora, y José Alberto Gaitán Martínez, apoderado de la parte demandada.

Abierta la audiencia el presidente autoriza al secretario para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por los árbitros unánimemente.

## **Laudo arbitral**

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo con el cual dirime la controversia sometida a su decisión.

### **1. Antecedentes**

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo su originaron en el contrato suscrito entre las partes el día 4 de abril de 1989, en cuya cláusula novena se previó:

“En caso de existir discrepancias entre las partes por la interpretación o ejecución de este contrato que no pueda ser resuelta entre las partes, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. El tribunal estará integrado por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá, y serán ciudadanos colombianos, abogados titulados e inscritos y su fallo será en derecho. El tribunal sesionará en Bogotá”.

El día 13 de marzo de 1996 la División Mayor de Fútbol Colombiano, Dimayor, y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol, por conducto de apoderado judicial, solicitaron la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento formulando demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá contra la sociedad Carvajal S.A., para solucionar las divergencias que tuvieron origen en el contrato antes mencionado.

El día 19 de marzo de 1996 la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria y de ella se corrió traslado a Carvajal S.A.

Carvajal S.A. dio oportuna contestación a la demanda en escrito presentado el día 26 de abril de 1996 dirigido a la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el cual se opone a la prosperidad de las pretensiones formulando excepciones de mérito.

De las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada se corrió traslado a la parte demandante quien sobre este particular guardó silencio.

El día 13 de mayo de 1996 y en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, prorrogado entonces por la Ley 192 de 1995, las partes acudieron a audiencia de conciliación, la cual estuvo presidida por la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y fracasó al advertirse la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

En ejercicio de la facultad otorgada por las partes, la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los árbitros.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 2651 de 1991, prorrogado por la Ley 192 de 1995, las partes concurrieron a audiencia de instalación de este tribunal, la cual tuvo lugar el día 12 de junio de 1996. En dicha audiencia el tribunal designó como presidente al doctor Ernesto Gamboa Morales, quien aceptó en la misma audiencia, y como secretario al doctor Roberto Aguilar Díaz, quien igualmente aceptó el cargo del cual se posesionó el día 13 de junio de 1996. En la misma audiencia de instalación el tribunal fijó su sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá y señaló las sumas de honorarios y gastos, fijación que fue aclarada mediante auto 2 de fecha 9 de julio de 1996 en el cual se convocó igualmente a primera audiencia de trámite.

Mediante oficio 1 del 21 de agosto de 1996 se informó al procurador delegado en lo civil de la Procuraduría General de la Nación la instalación del tribunal.

Por auto 3 proferido en el curso de la primera audiencia de trámite, que tuvo lugar el día 29 de julio de 1996, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por la División Mayor de Fútbol Colombiano, Dimayor, y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol frente a Carvajal S.A.

Una vez finalizada la instrucción del proceso el tribunal citó a las partes para una audiencia de conciliación, la que tuvo lugar el día 29 de octubre de 1996, en la cual resultó manifiesta la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

El presente proceso se tramitó en ocho (8) sesiones, en las cuales se decretaron y practicaron las pruebas, se procuró un acuerdo conciliatorio y las partes presentaron sus alegaciones finales.

Cumplido todo lo anterior, corresponde entonces al tribunal, mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas.

## **II. El planteamiento de la litis**

En su demanda la parte actora solicita al tribunal realizar los siguientes pronunciamientos y condenas:

“1. Interpretación: Se sirvan determinar por vía de interpretación.

1.1. La naturaleza y causa del contrato de cesión de derechos de fecha 4 de abril de 1989, entre la Dimayor y Colfútbol de una parte y de otra Carvajal S.A.; el sentido, cuantía y forma de pago de contraprestaciones y los derechos y obligaciones de una y otra parte.

Igualmente, solicitamos determinar por vía de interpretación quién tiene la razón con respecto a las siguientes posiciones en conflicto:

1.2. Carvajal S.A. considera que de no producir utilidad alguna al contrato, cualquiera que sea la causa, no debe reconocer ni pagar dinero alguno a Dimayor y Colfútbol.

1.3. Carvajal S.A. considera que no existe cláusula de exclusividad; y, que de existir esta, tampoco genera obligación de pagar una regalía mínima a Dimayor y Colfútbol.

1.4. Carvajal S.A. considera que el contrato se celebró para producir dividendos económicos en su favor cuando a bien tuvieran decidirse a ello; y, solo si fueran suficientes las utilidades daría participación a Dimayor y Colfútbol.

1.5. Carvajal S.A. considera que la Dimayor y Colfútbol se sometieron en virtud del contrato a esperar que este terminara, esto es 6 años, para poder celebrar un nuevo contrato que sí le produjera rendimientos. Es decir, que

supuestamente mis representantes se sometieron a la suerte de un contrato aleatorio, esto es, de ganar o perder de acuerdo a la capacidad del cesionario.

1.6. Dimayor y Colfútbol consideran, por el contrario, que celebraron un contrato bilateral, oneroso, con prestaciones recíprocas, con derechos y obligaciones para ambas partes; con cláusula de exclusividad a través de la cual Dimayor y Colfútbol ceden todos los derechos de que trata el contrato y Carvajal S.A. se obliga a comercializarlo y producir dividendos para ambas partes”.

## 2. Pretenciones (sic) consecuenciales

“2.1. Declaraciones: Que como consecuencia de la anterior interpretación se hagan las siguientes o similares declaraciones:

2.1.1. Que entre la División Mayor del Fútbol Colombiano, Dimayor, y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol, de una parte y de otra Carvajal S.A., el día cuatro (4) de abril de 1989, celebraron contrato de cesión de derechos, a través del cual las dos primeras cedieron de forma exclusiva a favor de la segunda, el derecho para explotar comercialmente los logotipos, fotografías, emblemas, razón social, distintivos y toda clase de información, de los equipos profesionales de fútbol afiliados a las entidades cedentes, a través de álbumes, sobres con laminas y laminas.

2.1.2. Que el anterior contrato es de naturaleza bilateral, con contraprestaciones, derechos y obligaciones para una y otra parte. Las de Carvajal S.A., de explotar comercialmente el derecho cedido y garantizar en todo caso a los cedentes, lanzando o no al mercado los álbumes, el pago de la regalía mínima reajustada para cada año, en cuantía forma e incremento determinado en el contrato y durante la vigencia del mismo.

2.1.3. Que la sociedad Carvajal S.A., incumplió los términos y obligaciones que el contrato le imponía, en consecuencia es responsable de pagar las siguientes sumas de dinero que a continuación se solicitan.

2.2. Condenas: Condenar a la demandada Carvajal S.A., a pagar a favor de la División Mayor del Fútbol Colombiano, Dimayor, y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol, el 5% y el 2%, respectivamente, las sumas de dinero que adeudan por concepto de regalías mínimas reajustadas, discriminadas, así:

“2.2.1. Nueve millones novecientos veintisiete mil pesos m/cte. (\$ 9.927.000) por concepto de la regalía mínima que garantizaba Carvajal S.A. para el año 1990, cuyo plazo para pagar vencía el día 30 de enero de 1991.

2.2.2. Quince millones setecientos cincuenta mil seiscientos cincuenta y nueve pesos m/cte. (\$ 15.750.659), por concepto de la regalía mínima correspondiente al año 1992, cuyo plazo para pagar venció el día 30 de enero de 1993.

2.2.3. Diecinueve millones trescientos diez mil trescientos siete pesos m/cte. (\$ 19.310.307), por concepto de la regalía mínima correspondiente al año de 1993, cuyo plazo para pagar venció el día 30 de enero de 1994.

2.2.4. Veintitrés millones seiscientos setenta y dos mil quinientos cinco pesos m/cte. (\$ 23.672.505) por concepto de la regalía mínima correspondiente al año 1994, cuyo plazo venció el día 30 de enero de 1995.

2.2.5. Intereses moratorios: Se concede a la demandada Carvajal S.A. a pagar en favor de mis mandantes los intereses moratorios comerciales desde el momento en que cada una de las sumas de dinero antes relacionadas se hizo exigible y hasta cuando se efectúe su pago, liquidados conforme lo dispone el artículo 884 del Código de Comercio.

2.2.6. Indexación: Se condene a la demandada Carvajal S.A. a pagar en favor de mi mandante la indexación sobre las sumas de dinero relacionadas en los numerales 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 y 2.2.4, con base en el índice de precios al consumidor certificados por el Banco de la República, sobre las sumas anteriores, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta cuando su pago se efectúe””.

Carvajal S.A. dio contestación a la demanda manifestando su oposición a las pretensiones y formulando “Además de la genérica, es decir, de todo hecho que resulte probado y que enerve de manera total o parcial las peticiones de

la parte actora”, las excepciones que denominó “mala fe en la conducta asumida por la Dimayor y Colfútbol durante el desarrollo del contrato”, “ausencia de causa que hubiere dado lugar al nacimiento de derecho alguno en su favor en torno a la regalía mínima” e “indeterminación del objeto del contrato”.

En resumen, estos son los hechos en que la parte demandante funda sus pretensiones:

1. El 4 de abril de 1989 las partes celebraron un contrato a través del cual las demandantes cedieron en forma exclusiva a la demandada y durante el término de seis años, el derecho exclusivo para explotar comercialmente los logotipos, fotografías, emblemas, razón social, distintivos y toda clase de información de los equipos profesionales de fútbol a través de álbumes, sobres con láminas y láminas.
2. Carvajal S.A. garantizó a la parte actora el pago de una regalía mínima que se pagaría anualmente, por un valor de \$ 7.500.000 para el primer año y previendo para los siguientes un reajuste de tal regalía mínima de acuerdo al aumento del índice de inflación publicado por el DANE.
3. Si las utilidades por ventas superaban el límite de las regalías mínimas reajustadas, la cesionaria pagaría un 5% a la Dimayor y un 2% a Colfútbol, pero como el volumen de ventas no resultó suficiente, Carvajal S.A. quedó incurso en la obligación de pagar la regalía mínima convenida.
4. El contrato comenzó a ejecutarse en 1989 año en el cual, aunque se lanzó la colección, las ventas no alcanzaron el monto para superar, vía regalías, el valor mínimo garantizado y por ello Carvajal S.A. pagó la cuantía mínima acordada.
5. En 1990 Carvajal S.A. en forma unilateral decidió no lanzar el álbum incumpliendo con la comercialización del derecho cedido por lo cual adeuda la suma de \$ 9.927.000, suma que corresponde a la cantidad establecida para 1989 con el reajuste por inflación.
6. Para 1991 Carvajal S.A. hizo lanzamiento del álbum y a pesar de que las utilidades estuvieron por debajo del valor mínimo garantizado pagó la regalía mínima para ese año por valor de \$ 12.587.436.
7. Para los años de 1992, 1993 y 1994 Carvajal S.A. decidió en forma unilateral no lanzar el álbum incumpliendo con la comercialización del derecho cedido debiendo, en consecuencia, las sumas de \$ 15.750.659, \$ 19.310.307 y \$ 23.672.505, respectivamente, por concepto de regalías mínimas para cada uno de esos años.
8. Carvajal S.A. ha desconocido su obligación de pagar dichas sumas alegando no haber publicado los álbumes ni explotado los derechos cedidos y no se ha allanado a los requerimientos de la parte actora.
9. El contrato celebrado tiene el carácter de sinalagmático y consagraba un pacto de exclusividad con el cual la parte actora esperaba recibir el pago de la regalía mínima sin condicionamiento a la voluntad de Carvajal S.A. de explotar o no el derecho cedido.

La parte demandada en su contestación a la demanda se pronunció sobre los hechos expuestos en el libelo inicial negando algunos, aceptando otros, total o parcialmente, y realizando las más de las veces aclaraciones a ellos.

De su contestación se pueden extraer las siguientes precisiones:

1. Acepta la celebración del contrato advirtiendo que no le consta la titularidad de los derechos cedidos en cabeza de las demandantes. Indica que si bien Carvajal S.A. se obligó a hacer el trabajo de publicación y comercialización, la Dimayor y Colfútbol se comprometieron a prestar su concurso para llevar adelante el objeto del contrato siendo inaceptable que estas pudieran tener una actitud totalmente pasiva, e incluso elusiva, especialmente en cuanto a la estipulación contractual que sujetaba el lanzamiento del álbum a un acuerdo sobre la base de circunstancias comerciales y de mercado. Aclara que la publicación del álbum no era indefectible pues dependía de la medición de varios factores que las partes debían ponderar de un año a otro.
2. Acepta que se previó el pago de una regalía mínima pero aclara que ella estaba en función del lanzamiento del álbum de manera que si este no se publicaba aquella no se causaba.

3. Precisa que el porcentaje de explotación de los derechos cedidos que les correspondía a las demandantes no se debía liquidar sobre utilidades por ventas, como lo señala la demanda, sino sobre el precio de venta neto al distribuidor de los sobres con láminas y que el álbum no se publicó durante los años indicados por las demandantes por cuanto no se dieron los presupuestos para ello.

4. Acepta el reconocimiento y pago de la regalía mínima para los años de 1989 y 1991 pero aclara que en la carta remisoría del cheque no se habla de utilidades por ventas sino de ventas netas.

5. Niega que el no lanzamiento del álbum en 1990, 1992, 1993 y 1994 haya sido decisión unilateral de Carvajal S.A. y que por ello se deba pagar la regalía mínima, aclarando que ese hecho se debió, entre otras cosas, a una saturación del mercado por la publicación del álbum del mundial. Reseña que aunque las demandantes manifestaron su interés en la publicación del álbum por los años de 1993 y 1994, desde el 30 de agosto de 1993 Carvajal S.A. le informó a la Dimayor su deseo de resolver el contrato y dejarla en libertad de disponer de sus derechos solicitando una reunión que no atendieron las demandantes y que solo un año después dieron respuesta reiterando lacónicamente su interés en la publicación del álbum.

6. Se opone al argumento de las demandantes acerca de que en virtud del pacto de exclusividad no pudieron explotar los derechos cedidos durante seis años especialmente porque el mismo Colfútbol no tuvo obstáculo que le impidiera ceder los derechos relativos a la comercialización del álbum del mundial tanto a Carvajal S.A. como a Bavaria S.A.

7. Finalmente, acepta que el contrato era oneroso y conmutativo y que por ello debía mantenerse el equilibrio contractual de forma tal que los derechos de las demandantes estaban dados en función de un porcentaje sobre ventas netas de las láminas, siempre y cuando las partes hubieran tomado la decisión de lanzar el álbum por considerarlo adecuado a las circunstancias reinantes durante cada uno de los años de ejecución del contrato.

### **III. Las pruebas practicadas**

Como prueba de los hechos que sirven de base a sus pretensiones la parte actora aportó con la demanda varios documentos y solicitó la aportación de una certificación sobre el índice de precios al consumidor. Igualmente, la parte demandada allegó otros documentos en su contestación a la demanda. Todos estos documentos obran en el expediente y fueron aportados con las ritualidades legales en los términos de las solicitudes de las partes y la disposición oficiosa del tribunal.

Igualmente se recibieron varios testimonios a solicitud de la parte demandada.

En igual forma se recibieron los interrogatorios de las partes de conformidad con la petición que de dicha prueba hizo Carvajal S.A.

A solicitud de la parte demandada se decretaron sendas inspecciones judiciales con exhibición de los documentos de la parte actora, los cuales fueron examinados por el tribunal y aportados en copia al expediente. El original de algunos de ellos no fue exhibido pero las partes de consuno le dieron expresamente pleno valor probatorio a los documentos y pruebas aportados en copia, tal como consta a folio 132, circunstancia que el tribunal tuvo en cuenta mediante auto 17 proferido en audiencia que tuvo lugar el 25 de septiembre de 1996.

Al absolver el interrogatorio que le formulara el apoderado de la parte demandada y las preguntas que le hiciera el tribunal, el representante legal de la Dimayor manifiesta que el álbum de fútbol a que se refiere el contrato objeto de este litigio no se publicó durante 1990, 1992, 1993 y 1994 por una decisión unilateral de Carvajal S.A. aduciendo que un estudio indicaba que no era rentable hacerlo y que Dimayor siempre estuvo esperando que aquella sociedad pagara la suma mínima pactada; que las partes tuvieron siempre buenas relaciones y aunque siempre quedaron de reunirse para discutir sobre el tema de la publicación de los álbumes nunca lo hicieron y por eso la Dimayor hizo el requerimiento escrito tan solo un año después de la comunicación de Carvajal S.A. en la cual manifestaba su desinterés de seguir publicando al álbum por razones comerciales; acepta que la Dimayor se desentendió de las publicaciones teniendo en cuenta que cuando no se publicó el álbum de todas maneras se pagó la regalía mínima; aduce que Carvajal S.A. no quiso publicar el álbum del campeonato nacional para no saturar los clientes con este y con el del mundial de fútbol y por eso decidió no publicar aquel en detrimento del contrato

suscrito entre las partes; señala que debió rechazar algunos ofrecimientos para la publicación de álbumes de fútbol por el compromiso que tenía con Carvajal S.A.; explica que dejó pasar un lapso relativamente largo para hacer la cobranza de las regalías por las buenas relaciones existentes entre las partes y la seriedad que le inspiraba Carvajal S.A.; no obstante, no pudo dar una explicación acerca de por qué la Dimayor aceptó recibir el pago de las regalías correspondientes a la publicación del álbum publicado en 1991 sin haber recibido ningún pago por la regalía mínima de 1990, imputación de pago que fue establecida en la inspección judicial; acepta que hubo reuniones, conversaciones o concertaciones para lanzar el álbum pero que no las hubo para no hacerlo.

Por su parte el representante legal de Colfútbol dentro del interrogatorio que absolvió manifestó no conocer ningún contacto que haya existido entre Carvajal S.A. y la federación para definir la publicación o la no publicación del álbum del campeonato nacional de fútbol y que esta no participó de manera activa en el desarrollo del contrato ni formuló reclamo alguno a aquella por el pago de la regalía mínima, dejando toda determinación e intervención en cabeza de la Dimayor.

El testigo Iván Rodas Camacho declara haber conocido a fondo el contrato objeto de este litigio en su calidad de empleado de Carvajal S.A. y al respecto manifiesta que el álbum de 1988, que no es objeto de este litigio, tuvo gran éxito pero no fue así en 1989 y 1991; que en 1990 no se publicó el álbum del campeonato nacional por la saturación del mercado; expresa que en el mundo editorial las regalías se pagan es sobre la venta de los productos que se hagan y que en este caso se pactó que solo se pagarían regalías en caso de lanzamiento; manifiesta que el acuerdo que Dimayor y Colfútbol expresaron para lanzar los álbumes en 1989 y 1991 está dado por las autorizaciones que dieron para tomar las fotografías a los futbolistas y la información que debían brindar para el álbum sobre cuáles eran los equipos o clubes, la nómina, los jugadores que iban a quedar, las alineaciones; no pudo relacionar exactamente si hubo acuerdos verbales para no lanzar el álbum; indica que no existió reclamo de la Dimayor por el no pago de regalías mínimas por los años en que no hubo publicación.

El testigo Hernando Triviño López manifestó que tenía experiencia en el manejo de la distribución de álbumes de fútbol por su vinculación con Distribuidoras Unidas S.A.; se refirió a los resultados en la comercialización de los álbumes de fútbol durante los campeonatos de 1988 y siguientes, manifestando que en 1988 el resultado fue bueno, que en 1989 las ventas estuvieron por debajo de las expectativas y que en 1991 hubo una devolución de sobres sin vender de aproximadamente el 54%; que Distribuidoras Unida S.A. no participó en la distribución de álbumes del campeonato nacional de fútbol durante 1990, 1992, 1993 y 1994 porque se presentó una saturación de producto del mismo tipo como lo es el álbum del campeonato mundial, en el primero y último casos, y por una pérdida de novedad en los demás; finalmente, manifiesta que no tiene conocimiento que después de 1991 se hubiera publicado algún otro álbum del campeonato nacional de fútbol.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

#### **IV. Los presupuestos procesales**

Previamente a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permita proferir laudo.

En efecto, tanto la División Mayor de Fútbol Colombiano, Dimayor, y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol, como Carvajal S.A. son personas jurídicas, legalmente reconocidas, acreditaron su existencia y representación legal, y actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante auto 4 proferido en audiencia que tuvo lugar el día 29 de julio de 1996 el tribunal encontró que las partes eran plenamente capaces y que estaban debidamente representadas; que el tribunal había sido integrado y se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente tanto la porción de los gastos como los honorarios que les correspondía; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir. Igualmente el tribunal calificó la demanda, la que encontró ajustada a las previsiones legales y a los requisitos de procedibilidad.

El proceso se adelantó con cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

Al no haber señalado las partes término para la duración del proceso, conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, este será de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, que tuvo lugar en una sola sesión el día 29 de julio de 1996, lo que determina que el presente laudo se profiere en tiempo oportuno.

## **V. Alegaciones de las partes**

Los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones en la audiencia respectiva que tuvo lugar el día 22 de octubre de 1996 y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado. Allí la parte actora reiteró sus pretensiones iniciales y la parte demandada fundamentó los motivos por los cuales considera que aquellas no son procedentes, remitiéndose ambas a las pruebas practicadas dentro del proceso y exponiendo los fundamentos jurídicos de sus posiciones.

El apoderado de la parte actora en su alegato de conclusión hizo un resumen de las obligaciones que asumieron las partes, afirmando que sus representados cumplieron todas las que el contrato les imponía, pero que Carvajal S.A. no cumplió con su obligación de utilizar toda su experiencia y esfuerzo en promocionar los álbumes y procurar una utilidad mayor al valor mínimo garantizado; no realizó anualmente los estudios de mercadeo con la Dimayor, determinando en forma unilateral la decisión de lanzar o no los álbumes; no canceló las regalías mínimas por los años 1990, 1992, 1993 y 1994; y no protegió legalmente el derecho cedido por Dimayor al dar preferencia a otro similar que poseía de Colfútbol para lanzar el álbum del mundial de fútbol. La razón de este último incumplimiento la hace radicar en que la demandada siendo titular de todos los derechos para lanzar los álbumes de fútbol del rentado nacional y del campeonato mundial podía controlar el mercado y decidió que le era más rentable la explotación comercial de este último y por ello dispuso no lanzar el primero.

Luego el apoderado de la parte actora hizo una síntesis de la ejecución del contrato indicando que el álbum se lanzó durante los años 1989 y 1991 pero no durante 1990, 1992, 1993 y 1994 y que Carvajal S.A. canceló la regalía mínima solo en aquellos. Advirtió que aunque la obligación de la parte demandada era reunirse con la Dimayor para discutir el análisis de saturación del mercado y determinar si se lanzaba o no el álbum, nunca se hizo, ni tampoco compulsó copia de los supuestos estudios de mercadeo que elaboró.

Se refirió el apoderado de los demandantes concretamente al litigio señalando que Carvajal S.A. tomó unilateralmente el derecho de lanzar o no el álbum apoyándose en el argumento de que no estaba obligada a pagar regalía mínima sino cuando decidiera hacerlo, al paso que Dimayor considera que la demandada estaba obligada a pagar siempre dicha regalía mínima.

Hace una referencia al material probatorio que obra en el expediente: menciona el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez del contrato y la ratificación que hicieron las partes sobre el contenido y la autenticidad de los documentos; hace un análisis de la correspondencia cruzada entre las partes, resaltando que en ellas se advierte que Carvajal S.A. fue ideando una fórmula para no pagar la regalía mínima hasta pedir la resolución del contrato; señala que de los interrogatorios de parte de sus representados se colige el cumplimiento integral de sus obligaciones y el manejo indebido de Carvajal S.A. para no lanzar el álbum; sobre la declaración del testigo Iván Rodas concluye que las razones para no lanzar el álbum radicarón en los estudios de mercadeo que no fueron consultados con la Dimayor; de la declaración de Hernando Triviño resalta que el único riesgo que se corre en el lanzamiento de un álbum es la saturación del mercado; de las inspecciones judiciales resalta que la contabilización de las regalías mínimas canceladas se hizo para los años correspondientes y que no se contabilizaron los pagos de 1990, 1992, 1993 y 1994 porque no se cancelaron, que en contratos similares realizados con otras personas se pagaron sus prestaciones sin condicionamiento al uso o no de los derechos cedidos.

Continuó el apoderado de la parte actora haciendo un análisis del contrato objeto de este proceso y particularmente de su cláusula sexta alrededor de la cual radica la divergencia. Al respecto señala que Carvajal S.A. la aplicó fuera de contexto, particularmente en cuando señala que “En el caso de que las partes acuerden no lanzar el álbum, no se causarán regalías en ese año” y advierte que en su verdadero contexto esa cláusula hay que entenderla en todas y cada una de las partes, e implica que si las partes no se ponían de acuerdo para no lanzar el álbum no se podía

pretender que no se causarían regalías en ese año y que en la ejecución normal del contrato la cláusula se debe tener por no escrita. Igualmente, señala que el estudio de mercado fue de manejo interno de Carvajal S.A. para adecuar la interpretación de la citada cláusula y que Dimayor aceptó la modificación de esta en cuanto que tales estudios los haría únicamente la parte demandada sin necesidad de consenso, con lo cual, si bien Carvajal S.A. rompió el equilibrio contractual también por ello debía pagar sus costos.

Sobre la mencionada cláusula sexta sostiene que tiene el carácter de accidental en la ejecución del contrato porque sin el estudio conjunto Carvajal S.A. podía hacer uso del derecho cedido y la ejecución positiva es la que se imponía. Considera en cambio que la cláusula octava del contrato prevé la obligación de pagar la regalía mínima sin ningún condicionamiento, por ser posterior a la sexta debe prevalecer.

Finalmente concluye que el contrato objeto de este litigio es consensual, innominado, de libre consentimiento, bilateral, oneroso y de ejecución sucesiva sin obligaciones condicionales para el pago de la regalía mínima.

En su alegato de conclusión el apoderado de la parte demandada refiriéndose al desarrollo del contrato sostiene que de las pruebas y documentos aportados, se desprende que el álbum de fútbol únicamente se publicó en los años 1989 y 1991, no habiéndose efectuado la publicación durante los años 1990, 1992, 1993 y 1994 y que solo se pagaron las regalías correspondientes por los años 1989 y 1991, sobre la base del mínimo garantizado; señala que la Dimayor y Colfútbol, recibieron y contabilizaron los respectivos valores por la publicación de los álbumes de los años de 1989 y 1991, se estableció dentro del proceso que para los años 1990, 1992, 1993 y 1994 no se causó en la contabilidad de la Dimayor y Colfútbol, suma alguna por concepto de regalías, tal como lo afirmó el señor Henry Gley Garzón; que en desarrollo del contrato y salvo lo que correspondió a los años 1989 y 1991 y que durante los cuales se publicó el álbum, nunca hubo algún acuerdo entre las partes para tomar la decisión de lanzar o no el álbum por los años 1990, 1992, 1993 y 1994, y agrega que en este sentido se pronunciaron los señores Jorge Correa Pastrana y el doctor Miguel Rujana Quintero, al responder a una pregunta del presidente del tribunal; también afirma, que en los otros contratos celebrados entre la Dimayor y la Compañía Fosforera Colombiana S.A. y entre la misma Dimayor y RCN, no contienen cláusulas similares al celebrado con Carvajal S.A. en cuanto a las condiciones para la causación y pago de regalías mínimas. A su vez, sostiene que dentro del expediente se encuentra el contrato celebrado entre Carvajal S.A. y Colfútbol para la publicación del álbum del mundial, el cual se pactó a precio fijo, o sea, en términos sustancialmente distintos al del campeonato nacional que motivó este arbitramento, y que dentro de las pruebas se pudo establecer que a partir de la última publicación del álbum efectuada en 1991 no se lanzaron nuevos álbumes ni por parte de Carvajal S.A. ni de ninguna otra empresa lo que evidencia la ausencia de condiciones favorables del mercado para tales propósitos.

Sostiene en este punto el apoderado de la parte demandada, que para definir los términos dentro de los cuales debe interpretarse e integrarse la voluntad de las partes, así como la ejecución que estas le dieron desde el punto de vista práctico, tal como lo establece el artículo 1622 del Código Civil, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 822, 1495, 1502, 1517, 1520, 1534, 1535, 1536, 1541 y 1542 del estatuto legal antes mencionado. Transcribiendo a continuación un aparte de la obra del profesor Enrique Lalaguna Domínguez, de su libro “Estudios de derecho civil” concluyendo, que “nuestro ordenamiento civil y comercial descansa sobre la base de que la libertad de autodeterminación de una persona se puede encauzar y limitar mediante la asunción de obligaciones en virtud de la celebración de un contrato, como fuente de creación de aquellas, cuando ese contrato es real y vinculante, es decir cuando ha generado un nexo jurídico que no depende de nuevas manifestaciones de voluntad ni del querer posterior de los contratantes, pues en tales hipótesis nos enfrentamos a un convenio inexistente, por falta de objeto, o a un contrato nulo, por pender de una condición meramente potestativa”.

Anota que “nos encontramos que el contrato celebrado entre las partes, se sujetó, en cuanto a la obligación de publicar el álbum de manera periódica a su necesaria consecuencia, el pago de una regalía mínima, a un nuevo acuerdo de las partes en torno a la conveniencia de hacerlo, de conformidad con las condiciones del mercado”.

Indica que este acuerdo se logró para lanzar los álbumes por los años de 1989 y 1991 por lo menos de manera tácita como fue reconocido por los señores Jorge Correa Pastrana e Iván Rodas Camacho, quienes coincidieron en sus respuestas al interrogatorio de parte, que se pusieron en contacto para todo lo relativo a los procedimientos a seguir para la producción de fotografías y demás detalles técnicos necesarios para publicarlos, no habiendo



sucedido lo mismo, para los años 1990, 1992, 1993 y 1994 sobre los cuales no hubo acuerdo alguno.

Se pregunta en ¿dónde quedó entonces el objeto del contrato?; al no haber existido constancia escrita alguna sobre el acuerdo de lanzar o no el álbum, concluyendo, que quedó en el vacío, ya que el consentimiento no logró su propósito, “el convenio fue completamente inútil” pues no se concretó en el objeto del convenio, que no podía ser otro que el de crear obligaciones.

Afirma, que en el expediente existen comunicaciones de Carvajal S.A. que reiteran su intención en el sentido de no publicar el álbum, en relación con la cual la Dimayor guardó silencio, o dio algún tipo de respuesta varios meses después, como aconteció con la carta de agosto de 1993 que solo fue respondida en agosto de 1994.

Frente al anterior planteamiento existen tres soluciones posibles: que el contrato con lo que toca con tales períodos (años de 1990, 1992, 1993 y 1994) se tenga por inexistente, por falta de objeto, en cuanto no existió la obligación en cabeza de ninguna de las partes de llevar adelante la publicación hasta tanto no se pusieren de acuerdo sobre el particular; que se concluya que la obligación de publicar y pagar regalías estaba sujeta a una condición meramente potestativa que dependía solamente de la voluntad de ambas partes y especialmente de Carvajal S.A., lo que hace que el pacto adolezca de nulidad; y, que si se acepta como válida la condición se concluya que resultó fallida. Así las cosas señala que cualquier solución que se adopte la conclusión es que no existió causa que pudiera dar lugar al nacimiento de obligaciones a cargo de Carvajal S.A.

Finalmente señala que si se aceptara que Carvajal S.A. estaba obligada a publicar el álbum o a pagar las regalías mínimas independientemente de un nuevo acuerdo, se rompería el equilibrio contractual y se desconocería que a ejecución del contrato se ató a las condiciones del mercado.

## VI. Consideraciones del tribunal

El tribunal considera conveniente iniciar sus consideraciones fijando la naturaleza jurídica del convenio celebrado por las partes el 4 de abril de 1989, para lo cual previamente señala que no entra a estudiar los derechos sobre que versó tal convenio, porque su existencia —que por las normas de los artículos 36 y 87 de la Ley 23 de 1982 sería dudosa—, ha sido plenamente aceptada por las partes desde la celebración misma del acuerdo.

Tanto por la expresión literal como por el objeto esencial del mismo, el acto jurídico mencionado fue simultáneamente una cesión de derechos y un acto generador de obligaciones.

Dimayor y Colfútbol hicieron cesión del derecho de utilizar las fotografías e informaciones de jugadores, técnicos, dirigentes, escudos, emblemas, uniformes, etc., en favor de Carvajal S.A., con la finalidad de publicar y comercializar álbumes de láminas coleccionables de fútbol. Como cesión que fue, en sí mismo el acto produjo la transmisión de una atribución, —utilizar fotografías e informaciones— y como fuente de obligaciones, hizo nacer las siguientes, puras y simples a partir de su celebración: a cargo de la Dimayor y Colfútbol la de abstenerse de ceder los mismos derechos a otras personas o entidades en razón de la exclusividad convenida con Carvajal S.A.; la de proteger los derechos cedidos, la de asumir por mitad los costos de la protección de tales derechos, y la de suministrar a Carvajal S.A. informaciones en cuanto fueren requeridas para decidir en conjunto el lanzamiento de cada álbum. A cargo de Carvajal S.A. en esta primera fase el acto produjo la obligación de informar a la Dimayor y Colfútbol sobre cualquier uso indebido de los derechos cedidos; la de asumir por mitad los costos de la protección de tales derechos, y la de usar toda su experiencia y esfuerzo para llevar a cabo la publicación y comercialización de los álbumes.

La obligación expresa de publicar y comercializar álbumes quedó sometida a una condición suspensiva mixta, es decir una condición que en parte dependió de la voluntad y en parte del acaso, pues que los contratantes la hicieron consistir en la voluntad compartida para lanzar el álbum —ya se interpretará cómo se manifestó— si las circunstancias del mercado, verdaderamente constitutivas de un acaso, lo hacían aconsejable o viable.

Con el acaecimiento de la condición suspensiva, habría de surgir a cargo de Carvajal S.A. la obligación de publicar y comercializar el álbum y las demás complementarias de esta, como la venta de los álbumes y de su publicidad, y la de pagar las regalías conforme al convenio. A cargo de la Dimayor y Colfútbol surgirían las obligaciones correlativas de facilitar la toma de fotografías y suministrar las informaciones necesarias para el diseño y la

elaboración de los álbumes.

El convenio del 4 de abril de 1989 fue, entonces, un acto jurídico complejo, en cuanto por un lado generó obligaciones —unas puras y simples y otras condicionales— y por otro transmitió derechos. Fue un acto consensual, bilateral y oneroso; de ejecución diferida y atípico, aunque con similitudes con el contrato de edición. Es de anotar que la onerosidad del contrato fue aleatoria porque las prestaciones recíprocas nacidas del mismo no se miraron como equivalentes; su equivalencia consistió en una “contingencia incierta de ganancia o pérdida”, para usar la expresión del artículo 1498 del Código Civil. Si no se lanzaba un álbum; si se lanzaba pero las ventas no alcanzaban a cubrir los costos; si las ventas no resultaban holgadas para pagar la regalía convenida; si la regalía mínima resultaba inferior a la proporcional correspondiente, y otras circunstancias del mismo género, todas previsibles sin duda por las partes, ilustran el carácter aleatorio del contrato.

Una vez precisada la naturaleza del contrato suscrito con fecha 4 de abril de 1989 entre las partes, es menester señalar que en últimas el presente proceso se contrae a la divergente interpretación que las partes han dado a dicho contrato.

En efecto, para la parte convocante (Dimayor y Colfútbol), la parte convocada (Carvajal S.A.) estaría obligada a reconocer y a cancelar a su favor la regalía mínima convenida durante todos los años de vigencia del contrato (1989 a 1994 inclusive), independientemente del hecho de su efectiva publicación y comercialización. En sentido contrario, para Carvajal S.A. la obligación de pagar regalías mínimas solo se generaría a su cargo en aquellos años en los cuales efectivamente se publicara y se comercializara el álbum y las láminas coleccionables alusivas al campeonato del fútbol rentado colombiano.

Dentro del expediente existe prueba suficiente —como un hecho debidamente reconocida por todas las partes—, que la publicación del álbum y las láminas respectivas, solo se produjo durante los años de 1989 y 1991. En consecuencia, la litis se centra en la existencia o no y su subsecuente exigibilidad de las regalías mínimas a favor de Dimayor y Colfútbol y a cargo de Carvajal S.A. por las vigencias de 1990, 1992, 1993 y 1994.

En lo atinente al tema de regalías, las partes consignaron por escrito las siguientes convenciones contractuales:

6. La dos partes acuerdan que analizarán conjuntamente cada año la viabilidad de lanzar el álbum de fútbol al mercado teniendo en cuenta las condiciones que prevalezcan en ese momento y dejarán constancia de la decisión tomada para lanzar o no el álbum. En el caso de que las partes acuerden no lanzar el álbum, no se causarán regalías en ese año.

8. Carvajal S.A. y la Dimayor y Colfútbol acuerdan el siguiente esquema para el pago de regalías para los álbumes distintos al campeonato Mundial de Fútbol en el cual se incluyan los equipos afiliados a Dimayor y Colfútbol: a) Carvajal S.A. pagará regalías equivalentes al 7% sobre el precio de venta neto al distribuidor, de los sobres con las láminas. El precio de venta neto al distribuidor es aquel que resulta después de descontar el porcentaje de distribución y el impuesto de IVA correspondiente. Este 7% será distribuido en 5% para la Dimayor y 2% para Colfútbol para las selecciones nacionales. b) Las partes acuerdan que no se liquidarán regalías sobre la venta de los álbumes teniendo en cuenta que estos se venden al costo de producción para estimular la venta de los sobres con las láminas. c) Carvajal S.A. garantizará una regalía mínima de \$ 7.500.000 por el lanzamiento del primer álbum en el año de 1989. Este valor se aumentará anualmente teniendo en cuenta el índice de inflación publicado oficialmente por el DANE. El valor mínimo garantizado se pagará para los años de 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994. Se aclara que la fecha de terminación de este contrato se ha definido para el 15 de marzo de 1995 basado en el tiempo que es necesario para recoger las devoluciones y hacer la liquidación final del álbum de 1994, lo cual es aplicable para 1989 a 1993. d) Carvajal S.A., pagará las regalías a la Dimayor y a Colfútbol así: 50% del valor mínimo garantizado anualmente a los 15 días después de lanzar el álbum al mercado, el otro 50% del valor mínimo garantizado anualmente el día 30 de enero del año siguiente a la fecha del lanzamiento del álbum y el saldo, si lo hubiere, el día 15 de marzo del año siguiente al lanzamiento del álbum, tomando como base la liquidación de regalías definidas en esta cláusula.

El anterior texto contractual de hecho ofrece motivos razonables —o al menos aparentes—, de duda o confusión, circunstancia que en últimas explica la existencia de este proceso arbitral, pues —como se ha dicho— las partes

difieren en el punto cardinal de la causación y pago de las regalías.

Nuestro ordenamiento jurídico civil ha consagrado, por herencia del Código Civil Francés y de las doce reglas interpretativas de Pothier, preceptos de forzosa aplicación en la hermenéutica de los contratos.

Sea lo primero advertir, que a partir de la célebre sentencia Casación Civil del 23 de febrero de 1961 de nuestra Corte Suprema de Justicia, se cambió de manera frontal el viejo criterio que, inspirado en los comentadores del Código Napoleónico, sostenía que los preceptos de interpretación de los contratos eran apenas consejos para orientar la actividad del juzgador, quien bien podía aplicarlos o abstenerse de hacerlo. A raíz de la citada jurisprudencia, quedó claramente establecido que los preceptos de interpretación de los contratos son normas de obligatoria observancia, pues como allí se dijo “la ley no da consejos sino que establece normas de conducta bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarla”.

Las siete preceptivas relacionadas con la interpretación de los contratos, están consagradas en nuestro Código Civil en los artículos con razón llamadas en su conjunto por la Corte Suprema de Justicia como “un tratado que se distingue por su unidad y sabiduría”<sup>(1)</sup>. Tiene como pilares fundamentales la búsqueda de la voluntad real de los contratantes, la debida buena fe contractual y el equilibrio de la obligación pactada.

A partir de estos principios rectores, el tribunal encuentra de singular importancia detenerse en el análisis de la ejecución misma que tuvo el contrato que sirve de fundamento a este proceso, pues es precisamente este aspecto denominado por la doctrina como interpretación auténtica la base interpretativa que debe naturalmente preferirse frente a la que pueda resultar de cualquier otro hecho o circunstancia. Giorgi, citado por Claro Solar de cuenta de lo anterior cuando señala que: “La interpretación auténtica, en efecto aun en materia de convenios, es la reina de todas las interpretaciones. Del mismo modo que en materia de leyes prevalece la interpretación del legislador sobre la doctrinal, así en la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad”<sup>(2)</sup>.

En el caso presente, se encuentra demostrado que la parte plural convocante no causó contablemente a su favor el valor mínimo de las regalías por los años de 1990, 1992, 1993 y 1994. Las inspecciones judiciales sobre su contabilidad dan cuenta de esa conducta omisiva. En efecto, ni la Dimayor ni Colfútbol contabilizaron a su favor el monto de regalías mínimas para esas vigencias anuales, no obstante que el contrato suscrito era a la luz de las disposiciones que regulan las normas de contabilidad generalmente aceptadas (D. 2643/93) un soporte contable válido y suficiente para el registro de dicho asiento, máxime si la interpretación que se reclama es precisamente la obligación incondicional y absoluta del pago de una regalía mínima anual. Debe agregarse a lo anterior que la Dimayor y Colfútbol están obligados a llevar sus respectivas contabilidades conforme a ley —como en efecto las llevan—, lo cual implica, de suyo, estar sometidos en materia contable a la regla de la causación que, precisamente, enseña que todo ingreso se registrará cuando se “realice” en términos contables y no simplemente cuando sea recibido. Por tal motivo, no es ni puede ser de recibo la explicación ofrecida por el apoderado de la demandante y por el testigo Henry Gley Garzón (fls. 124 a 125 del c. ppal. 1) cuando sostienen que la no contabilización de la regalía mínima por los años 90, 92, 93 y 94 simplemente obedeció a que en aquellos años no hubo pago efectivo de dicha regalía. No sobra señalar que nuestra legislación contable y tributaria es clara en establecer que un ingreso se entiende causado cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro (E.T., art. 28) y que en todo sistema contable de causación —que es el sistema adoptado por la Dimayor y Colfútbol— los ingresos se entienden realizados en el año o período en que se causen.

En otras palabras y en estricto sentido, Dimayor y Colfútbol, hubieran sido consecuentes con la interpretación que hoy reclaman a su favor si —al menos en lo que respecta a este ángulo inicial de nuestro análisis— hubieran propendido por la causación y su correspondiente registro contable anual de la regalía mínima que en su entender debían recibir incondicionalmente de manos de Carvajal S.A.

Esta omisión indica al tribunal que la propia Dimayor y Colfútbol aceptaron que la causación de regalías a su favor dependía de un hecho generador incierto consistente en la publicación de la colección de láminas.

Lo anterior resulta aún más nítido si se analiza la conducta de los convocantes cuando recibieron el pago de las regalías del lanzamiento de la colección en 1991. Recordemos, en efecto, que la propia Dimayor expidió el recibo

de caja 01068 (fl. 25, c. de pruebas 2) , por valor de \$ 8.991.205.53 y con la expresa imputación de pago recibido por concepto de regalía mínima de 1991. En otras palabras, expidió recibo por el año de 1991 sin haber recibido dinero alguno por la vigencia de 1990, lo cual desdice de aquella interpretación que hoy reclama de este Tribunal de Arbitramento, pues si hubiera sido consecuente con su actual posición hubiera imputado el pago recibido de \$ 8.991.205.53, en razón de su antigüedad, al valor mínimo de las regalías por el año de 1990 y no a la anualidad de 1991. En este sentido le asiste razón al apoderado de la parte demandada cuando observa que la parte demandante jamás contabilizó en debida forma las sumas que hoy reclama.

Este criterio inicial sirve al tribunal para fijar un primer e importante punto de partida en la interpretación del contrato, que cobra confirmación cuando durante el proceso probatorio pudo establecerse que fue solo en agosto de 1994 cuando la Dimayor reclamó de Carvajal el pago de las regalías mínimas por las vigencias de 1992, 1993 —nótese que jamás con antelación a la demanda arbitral existió reclamo por la vigencia de 1990 y 1994—. Esta conducta indica al tribunal que al menos en este punto, en la práctica, la Dimayor y Colfútbol consintieron siempre con la aplicación práctica que Carvajal S.A. dio al contrato, es decir que solo se causarían regalías —mínimas o porcentuales— en los años en que efectivamente se lanzaba la colección al mercado. De no ser ello así, no resultaría inteligible el motivo por el cual la Dimayor y Colfútbol guardaron silencio —que para los efectos de este tribunal tiene los alcances de una verdadera aprobación de la aplicación contractual que ejecutó Carvajal S.A.— durante los años 1990, 1992 y 1993.

Lo anterior, nos conduce ineluctablemente a establecer que en la práctica la Dimayor y Colfútbol aprobaron la aplicación práctica que hizo Carvajal del contrato y tal ejecución que se ha dado de una cláusula, cuyo sentido hoy se controvierte, debe entenderse como su interpretación viva y animada; es —como decía Demolombe— “la confesión misma de las partes y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error, es lógico y equitativo que no se les admite modificar su hecho propio...”<sup>(3)</sup>.

Lo expuesto sería suficiente para que este tribunal estime que independientemente de los motivos de duda que ofrece el texto del contrato, resulte válido establecer su verdadero alcance por la aplicación práctica que las partes hicieron del clausulado relativo a las regalías. Esta concepción interpretativa resulta aplicable a la luz de lo establecido en el artículo 1622 de nuestro Código Civil que recoge brillantemente los viejos postulados latinos de: “la intención del contrato se prueba por los actos ejecutados en desarrollo del mismo” (“*Per novissimus actur probatur conditio rei, et secuta observantia declarat qualis fuerit partium intentio a principio*”) y “por el acto subsiguiente se deduce cuál fue el ánimo que se tuvo al contratar” (“*Ex subsecuto factu et eventu declaratur quales fuerit animus in contractu antecedenti*”).

Y debe adicionarse otra importante consideración: el reconocimiento de las regalías implica una prestación a cargo del deudor Carvajal S.A., a favor del acreedor Dimayor - Colfútbol, circunstancia que conduce, en caso de cualquier duda insalvable o ambigüedad en el texto del contrato, a que se interprete de manera favorable al deudor, todo en armonía con lo dispuesto de manera imperativa en el artículo 1624 del Código Civil.

De manera consistente con lo anterior, es menester referirse también al tipo de remuneración pactada a favor de Dimayor - Colfútbol. Las citadas cláusulas sexta y octava del contrato son claras en señalar de manera inequívoca que ella consiste en una regalía sobre las ventas netas obtenidas en cada vigencia anual. Resulta entonces importante para este tribunal, señalar que dentro de las diferentes modalidades de contratación el parámetro de regalías, siempre ha sido concebido como un sistema de remuneración variable al cual le es inherente la explotación comercial o industrial de una actividad. Así por ejemplo, se habla de regalía en materia contractual de hidrocarburos como un porcentaje del volumen explotado de este recurso, según definición que al efecto consagra la Ley 141 de 1994 creadora del Fondo Nacional de Regalías.

En materia mucho más cercana al tema en debate, como lo es el contrato de edición, que para los efectos pertinentes conserva la enorme similitud de implicar la cesión o autorización para explotar comercialmente un derecho autoral y en ese sentido encuadra dentro de la regla interpretativa del artículo 1621 del Código Civil, se habla de regalía cuando la remuneración al autor o titular del derecho, está en proporción a los ejemplares de la obra vendida o editada, tal cual lo define el artículo 110 de la Ley 23 de 1982.

En el caso presente, las partes contratantes convinieron por contraposición a una remuneración fija un régimen de

regalías que implica necesariamente el condicionamiento de su causación al lanzamiento de la colección, pues no puede concebirse un régimen de remuneración en términos de regalía, sin que exista una explotación comercial concreta, pues si ello fuera así estaríamos frente al imposible matemático de calcular un porcentaje de las ventas sin que existan ventas, lo cual extraña a la más elemental de las lógicas.

Pero de manera adicional, las partes en el propio contrato fueron consecuentes con el natural tratamiento de la remuneración a través de regalías. Tanto es así, que la cláusula octava, arriba citada, al señalar las fechas de cancelación de las regalías convenidas siempre se refiere a la fecha del lanzamiento de la colección, lo cual confirma el criterio expuesto hasta ahora, según el cual era condición *sine qua non* para la causación de regalías el hecho mismo del lanzamiento de la colección.

Cosa bien diferente es el tema de la regalía mínima, pues en la práctica esta simplemente tenía alcances para fijar —cuando efectivamente se producía un lanzamiento— que el valor a cancelar por regalías —léase como porcentaje de las ventas netas— no podría ser inferior a la regalía mínima establecida, pero ello no puede traducirse en que de cualquier manera —con o sin lanzamiento— se causarían regalías. Esta interpretación sería también ajena a nuestro derecho, pues de acogerse perdería todo efecto la cláusula octava del contrato que establece todos los plazos de pago de las regalías “a partir del lanzamiento”, cuando es verdad averiguada que a las voces del artículo 1620 del Código Civil debe preferirse el sentido de una cláusula cuando puede producir algún efecto.

Para rematar lo anterior, debe indicarse algunos factores adicionales igualmente reveladores:

En primer término el hecho práctico surgido del texto del contrato de que si una de las partes es partidaria de no lanzar el álbum, aunque la otra lo sea, con acuerdo formal o sin él, no habría lanzamiento del álbum. No puede entenderse tal conducta sino como que la Dimayor y Colfútbol entendieron y aceptaron que Carvajal, “usando toda su experiencia”, no había visto viabilidad para el lanzamiento en razón de las condiciones prevalecientes en el mercado, sin que consideraren necesario reunirse formalmente para adoptar la decisión negativa. A ello debe anotarse que en cierta manera fue el propio mercado y no la voluntad meramente potestativa o arbitraria de Carvajal, el que indicó con la sempiterna y tozuda elocuencia de las cifras, la merma de las posibilidades de explotación de la colección. Y se dice lo anterior, por cuanto fue conocido y aceptado que en las dos oportunidades que se produjo el lanzamiento fue preciso acudir a la cláusula de la regalía mínima pues las ventas netas reales no superaron nunca ese límite inferior, lo cual es revelador de las condiciones adversas que tal producto tenía en el mercado. Si ello no fuere así —es decir si hubieren existido condiciones óptimas o al menos favorables en el mercado—, las ventas netas históricas y reales hubieran generado a favor de la Dimayor y de Colfútbol un monto de regalías a su favor superior al mínimo.

Otra explicación conduciría a deducirles a Colfútbol y a la Dimayor negligencia o culpa por no haber preguntado por sus intereses, o no haber indagado por las razones que tuvo Carvajal para no lanzar el álbum, y tales circunstancias culposas no podrían alegarse en su beneficio.

Y en segundo término la aceptación de la Dimayor y Colfútbol de la práctica de Carvajal de adoptar unilateralmente las decisiones según los estudios de mercado hechos por esta misma, conforme se deduce de la frase del alegato de conclusión de su apoderado que aparece en el folio 176 del cuaderno principal. Así, cabe también aquí como regla interpretativa de la cláusula, la aplicación práctica que hizo de ella una de las partes con aprobación de la otra (art. 1622, *in fine*).

Las consideraciones que se dejan expuestas permiten además desestimar dos argumentos de la convocante a los cuales no se ha hecho referencia: por una parte el supuesto control del mercado por parte de Carvajal y el abuso de esa posición, y por otra la pretendida resolución indebida del contrato en agosto de 1993.

En cuanto a lo primero baste la consideración de que la Dimayor y Colfútbol contrataron con Carvajal por el conocimiento que esta tenía no solo de la actividad editorial sino además del mercado de publicaciones e impresos; pero nadie mejor que la Dimayor y Colfútbol para conocer y sentir las tendencias de la afición, sus inclinaciones o sus focos de atención según los campeonatos en curso. Unos y otros contratantes ofrecían fortalezas complementarias frente al mercado de álbumes de láminas coleccionables de fútbol y todos estaban llamados

contractualmente a sopesar las circunstancias del mercado y a compartir las decisiones sobre el lanzamiento o no de un álbum. La aplicación práctica que se hizo de la cláusula sexta, en el sentido de que solo Carvajal hiciera los análisis para adoptar la decisión frente a las circunstancias comerciales imperantes en un momento, no puede entenderse como un control del mercado de publicaciones de este género, por lo demás muy amplio, ni como abuso de su posición de editor y comercializador. Fue tan solo el desarrollo del convenio en cuanto al estudio de las circunstancias predominantes para emprender la publicación o para abstenerse de ella, circunstancias que por lo demás se habían presentado adversas como se deduce del resultado de las ventas en las vigencias en que efectivamente se publicó la colección, donde su volumen no arrojó un monto que superara la regalía mínima y con devoluciones sustanciales del producto invendido. A lo anterior debe anotarse que también es demostrativo de las circunstancias adversas del mercado el hecho de que después de 1991 nunca ningún editor, ni Carvajal ni ningún otro hubiera emprendido la empresa de lanzar colecciones de láminas alusivas al campeonato de fútbol profesional colombiano.

Sobre la pretendida resolución del contrato en agosto de 1993, es de recordar lo que atrás se dijo, en el sentido de que el convenio del 4 de abril de 1989 fue un acto complejo de cesión y de generación de obligaciones, por el cual Carvajal fue dotado de unos derechos ejercibles conforme a los términos del contrato. Tanto por su percepción del mercado, como por la naturaleza misma de la cesión, el ofrecimiento que Carvajal S.A. hizo a la Dimayor en comunicación del 30 de agosto de 1993, luego de confirmarle una próxima reunión acordada telefónicamente para concretar la resolución del contrato, en virtud del cual ofrecimiento “mientras nos reunimos el 6 de septiembre la Dimayor queda en libertad para disponer de los derechos que cedió a Carvajal para la publicación y comercialización de álbumes” no puede considerarse como resolución del contrato, que era precisamente el paso que se había acordado como siguiente, sino como una renuncia de los derechos cedidos, en favor de los primigenios cedentes “mientras nos reunimos el 6 de septiembre”, reunión de que no se tiene noticia procesal ni ha movido el interés de las partes. El tribunal no ve por ello manera alguna de deducir consecuencias relevantes de la mencionada comunicación.

Todas las anteriores consideraciones del tribunal surgidas y guiadas por las reglas de hermenéutica contractual de nuestro estatuto civil lo llevan a la conclusión, y así lo declarará en la parte resolutive del laudo, que las pretensiones incoadas en la demanda están llamadas integralmente a no prosperar.

Para finalizar, debe el tribunal referirse de manera somera a las restantes pretensiones de la demanda y en particular a aquellas que fueron incluidas en el respectivo capítulo como “Pretensiones de interpretación” (num. 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., y 1.6.). Observa el tribunal que dichas pretensiones de interpretación adolecen de graves errores técnicos en su formulación, pues es conocido y unánimemente aceptado que toda pretensión de interpretación debe recaer sobre puntos y apreciaciones concretas suscritas por ambas partes. En otras palabras, en materia arbitral, es requisito que las diferencias interpretativas que surjan entre las partes respecto de un contrato que contiene cláusula compromisoria se sometan de manera conjunta al Tribunal de Arbitramento y no de forma unilateral. Lo anterior es apenas obvio si se tiene en cuenta que para que proceda la interpretación, es a cada parte a quien corresponde exponer su propia interpretación del contrato y, por contera, no puede tener cabida interpretativa en un laudo arbitral lo que una parte dice respecto del supuesto pensamiento o interpretación que le acomoda a su contraparte. Aceptar lo anterior implicaría en el fondo dar curso a una típica “petición de principio”, donde la premisa de la segunda opinión se tendría como probada *ab initio* sin que obrara manifestación expresa y clara de su existencia y origen. Desde luego en el campo legal, al igual que en el terreno de la simple lógica, tal especie de pretensiones unilaterales de interpretación está condenada al fracaso por ser intrínsecamente sofísticas.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

1. Declarar probada la excepción perentoria de ausencia de causa que hubiere dado lugar al nacimiento de derecho alguno en favor de la División Mayor de Fútbol Colombiano, Dimayor, y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol en torno a la regalía mínima por los años de 1990, 1992, 1993 y 1994.
2. Como consecuencia de lo anterior denegar las pretensiones declarativas y de condena contenidas en los

numerales 2.1.2, 2.1.3. y 2.2. de la demanda.

3. Declarar probada la pretensión declarativa contenida en el numeral 2.1.1 de la demanda, con la advertencia de que dicha declaración es intrascendente para el resultado del presente litigio, como quiera que se trata de un hecho no controvertido entre las partes.

4. Tener por incorporado a la parte resolutive de este laudo las precisiones hechas por el tribunal en el capítulo de consideraciones respecto de la naturaleza de la relación contractual que existió entre las partes. Tales precisiones tiene los alcances interpretativos solicitados en el numeral 1.1 del capítulo de pretensiones de la demanda.

5. Por las razones expuestas, denegar las pretensiones de interpretación contenidas en los numerales 1.2., 1.3, 1.4, 1.5 y 1.6. del *petitum* de la demanda.

6. Condenar a la parte demandante, la División Mayor de Fútbol Colombiano, Dimayor y la Federación Colombiana de Fútbol, Colfútbol, a pagar a Carvajal S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, la suma de diez millones quinientos ocho mil quinientos veinticinco pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 10.508.525.65) moneda corriente por concepto de costas causadas en el presente proceso, según la siguiente liquidación:

a) Gastos hechos por Carvajal S.A.:

La suma cancelada según lo dispuesto en auto 1 proferido en audiencia de instalación del tribunal que tuvo lugar el 12 de junio de 1996, teniendo en cuenta la corrección realizada por auto 2 proferido el 9 de julio de 1996:

No obstante, de este monto deberán descontarse las sumas eventuales que el Tribunal devolverá en su oportunidad directamente a la parte demandada por concepto de la porción que no llegue a ser utilizada de la partida “Protocolización, registro y otros” que consta en las providencias mencionadas, lo cual se determinará en la liquidación final de gastos que elaborará al presidente.

b) Agencias en derecho:

El Tribunal fija su valor en la suma de tres millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil pesos (\$ 3.455.000) moneda corriente, tomando como parámetro la tarifa señalada para cada uno de los árbitros.

c) Total costas y agencias \$ 10.508.525.65

7. Ordenar la protocolización del expediente en una notaría del Círculo de Santafé de Bogotá.

8. Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de las partidas “Gastos de funcionamiento, administración”, “Protocolización, registro y otros” por mitad a cada una de las partes. Agréguese al expediente las constancias respectivas.

9. Ordenar que por secretaría se expida copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a:

Cada una de las partes.

La Procuraduría General de la Nación.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

10. Entregar a cada uno de los árbitros y al secretario el saldo restante de sus honorarios. Déjense las constancias respectivas.

Notifíquese y cúmplase.

De la anterior providencia quedaron notificados en estrados los señores apoderados, a quienes el secretario entregó sendas copias auténticas e íntegras del laudo.

A continuación el Tribunal profirió el siguiente

**Auto 22**

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Se fija la hora de las 10:00 a.m. del día 6 de diciembre de 1996 para llevar a cabo una audiencia con el objeto de:

1. Presentar a las partes la liquidación final de gastos.
2. Resolver lo que en derecho corresponda según las solicitudes de las partes, si a ello hubiere lugar.
3. Lo demás que sea pertinente.

La providencia anterior quedó notificada en estrados.

Para constancia se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron.

---