
QUINTA EDICIÓN

COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE ARBITRAJE Y DERECHO COMERCIAL

—CRECIG—

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA

MAX GALLIARD

Demandante

V.

MINISTERIO DE CULTURA

DEL ESTADO DE DAVOS

Demandado

EQUIPO No. 311

TABLA DE CONTENIDOS

LISTA DE ABREVIATURAS	3
DERECHO APLICABLE	1
INSTRUMENTOS DE SOFT LAW	1
TABLA DE AUTORIDADES	1
TABLA DE OTRAS FUENTES	6
TABLA DE CASOS JUDICIALES	7
TABLA DE LAUDOS ARBITRALES	10
INTRODUCCIÓN	1
RESUMEN DE LOS HECHOS	1
PRIMERA PARTE: ARGUMENTOS DE JURISDICCIÓN	2
I. LA CLÁUSULA ARBITRAL CON EL ESTADO ES INVÁLIDA PUESTO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ASUME LAS FUNCIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	2
I. AL NO HABERSE AGOTADO EL ARREGLO DIRECTO ENTRE LAS PARTES EL TRIBUNAL ARBITRAL CARECE DE COMPETENCIA.....	3
A) El agotamiento del Arreglo Directo entre las partes es imperativo previo de acudir a la vía arbitral	3
B) Atendiendo al lenguaje contractual, el Arreglo Directo entre las partes no se ha agotando	4
C) En consecuencia, el Tribunal Arbitral no debe admitir la demanda arbitral entablada.....	5
II. LA CLÁUSULA ARBITRAL ES INEFICAZ E INAPLICABLE POR SER PATOLÓGICA	6
A) La cláusula escalonada entre el Estado de Davos y Max Gaillard es facultativa por lo que no obliga a las partes a acudir al arbitraje	7
III. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE COMPETENCIA <i>RATIONE MATERIAE NI RATIONE VOLUNTANTIS</i>	8
A) LA DOCTRINA DE LOS ACTOS DEL ESTADO (<i>IURE IMPERII</i>) IMPIDE EL SOMETIMIENTO DE LA PRESENTE CONTROVERSIA A ESTE TRIBUNAL ARBITRAL	8
B) LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR NO SON ARBITRABLES	12
C) LAS RECLAMACIONES RELATIVAS AL DERECHO DE AUTOR SON AJENAS AL CUMPLIMIENTO Y APLICACIÓN DEL CONTRATO DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	13
IV. EL PROCESO ARBITRAL DEBE SER PÚBLICO POR SER UN TEMA DE TRANSPARENCIA E INTERÉS PÚBLICO	15
A) LA CLÁUSULA ARBITRAL NO ESTABLECE EL ALCANCE DE LA CONFIDENCIALIDAD POR LO QUE ES SUSCEPTIBLE DE INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	16
B) EL PRESENTE CASO ES DE INTERÉS PÚBLICO	17
C) EL PROCESO ARBITRAL DEBE SER PÚBLICO POR RAZONES DE TRANSPARENCIA	19

V. EL MINISTERIO DE CULTURA DEL ESTADO DE DAVOS ES QUIEN DEBE COMPARECER A LA PRESENTE CONTROVERSIA COMO DEMANDADA Y NO EL ESTADO DE DAVOS	19
CONCLUSIONES DE LA PARTE PROCESAL	21
SEGUNDA PARTE: ARGUMENTOS DE MÉRITO	21
VI. EL VERDADERO TRASFONDO DE LA PRODUCCIÓN Y VENTA DE LAS ESTATUAS NO ES COMERCIAL, SINO QUE BUSCA FINES MUCHO MÁS ELEVADOS	21
A) La producción y venta de las estatuas tiene como finalidad la promoción de la creatividad intelectual en Davos y el desarrollo social	22
B) La producción y venta de las estatuas tiene, además, la finalidad de salvaguardar el acervo cultural de la Nación	23
VII. LA REGLA DE LOS TRES PASOS DEBE SER APLICADA AL PRESENTE CASO E INTERPRETADA DE EQUILIBRADA	23
A) De acuerdo a la doctrina europea sobre propiedad intelectual la regla de los tres pasos debe interpretarse de forma equilibrada	24
B) Los criterios jurisprudenciales en Europa aplican la Regla de los Tres Pasos con un enfoque flexible	26
C) A luz de estos criterios la conducta de la parte demandada es inocua para Max Gaillard y debe ser analizada bajo los criterios de la Regla de los Tres Pasos	27
VIII. LA PRODUCCIÓN Y VENTA DE LAS ESTATUAS DE ‘AVI’ DEBE ANALIZARSE ADEMÁS EN VIRTUD DE LA DOCTRINA DEL <i>IUS USUS INOCUI</i> .29	
IX. LA CREACIÓN DE ESTATUAS DE ‘AVI’ Y LA INCORPORACIÓN DE UNA SONRISA EN SU SEMBLANTE NO ANTENTA CONTRA EL DERECHO DE INTEGRIDAD DE LA OBRA PUES NO FUE SUSTANCIAL NI AFECTÓ A SU ESPÍRITU	30
CONCLUSIONES DE LA PARTE DE MÉRITO	31
PETITORIO	31

LISTA DE ABREVIATURAS

§/§§	Párrafo/Párrafos
Aclaraciones	Aclaraciones al Caso Hipotético de la Quinta Edición de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje y Derecho Comercial
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CRECIG	Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala
FIDIC	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
Hechos	Caso Hipotético de la Quinta Edición de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje y Derecho Comercial
Infra.	Abajo
Ley Modelo	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
p.	Página
PGN	Procuraduría General de la Nación
pp.	Páginas
RAD	Resolución Alternativa de Disputas
RAE	Real Academia de la Lengua Española
s.f.	Sin fecha

s.p. Sin país

Supra Arriba

V. Versus

Vol. Volumen

DERECHO APLICABLE

***Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
relacionado con el Comercio —ADPIC—***

Anexo 1C

1994

Citado como: Acuerdo ADPIC

Código Civil

Decreto Ley 106

Presidente de la República de Guatemala

Citado como: Código Civil

Código de Comercio

Decreto 2-70

Congreso de la República de Guatemala

Citado como: Código de Comercio

Constitución Política de la República

Asamblea Nacional Constituyente 31 de mayo de 1985

Promulgada el 31 de mayo de 1985

Vigencia: 14 de enero de 1986

Citado como: Constitución

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas

9 de septiembre de 1886,

Enmendado el 28 de septiembre de 1979

Citado como: Convenio de Berna.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional,

Organización de los Estados Americanos,

Suscrita en Panamá en 1975.

Citado como: Convención de Panamá

***Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional,***

1985 con las enmiendas Aprobadas en 2006.

Citado como: Ley Modelo

Ley de Arbitraje de Guatemala

Decreto 67-95

Congreso de la República de Guatemala

Citado como: Ley de Arbitraje

Ley de lo Contencioso Administrativo

Decreto 199-96

Congreso de la República de Guatemala

Citado como: Ley de lo contencioso

Ley de Contrataciones del Estado

Decreto 57-92

Congreso de la República de Guatemala

Citado como: Ley de Contrataciones

Ley de Derechos de Autor y derechos conexos

Decreto 33-98

Congreso de la República de Guatemala

Modificado por el Decreto 56-2000.

Citado como: Ley de Derechos de Autor

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la

Cámara de Industria de Guatemala

CRECIG

Citado como: Reglamento de CRECIG

Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor

Adoptado en Ginebra

20 de diciembre de 1996

INSTRUMENTOS DE SOFT LAW

**INTERNATIONAL
COUNCIL FOR
COMMERCIAL
ARBITRATION**

*Guía del ICCA para la interpretación de la
Convención de Nueva York de 1958,*
Con la asistencia de la Corte Permanente de
Arbitraje,
Palacio de Paz, La Haya
Traducido por: Alexander Aizenstatd
Citado como: Guía del ICCA

**LEY DE
ADQUISICIONES Y
CONTRATACIONES
DE EL SALVADOR**

*Ley de Adquisiciones y Contrataciones de
la Administración Pública de la
República de El Salvador,*
Asamblea Legislativa República El Salvador
Emitida: 5 de abril de 2,000
Citado como: Ley de Adquisiciones El Salvador.

**REPORT OF THE
ICC COMMISSION
ON ARBITRATION
TASK FORCE ON
ARBITRATION
INVOLVING
STATES OR STATE
ENTITIES**

*Report of the ICC commission on arbitration
task force on arbitration involving states
or state entities,*
International Chamber of Commerce,
París, Francia, 2012.
Citado como: Reporte de la ICC.

TABLA DE AUTORIDADES

NOMBRE

CITA COMPLETA

BORN, Gary B.

International Commercial Arbitration,
Vol. II, Alphen an den Rijn
Wolters Kluwer
2009

Citado como: Born, 2009.

**BULLARD
GONZÁLEZ,
Alfredo.**

*Enemigos íntimos. El Arbitraje y los contratos
administrativos,*
Revista Privada de Arbitraje
N° 2, Año 2006.
Perú, 2006.

Citado como: Bullard González, 2006.

**CALDERON
MORALES,
Hugo**

El Contencioso Administrativo en Guatemala,
En: Contencioso Administrativo Culturas y Sistemas
Jurídicos,
Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier
Universidad Nacional Autónoma de México,
México, 2007.

Citado como: Calderón Morales, 2007.

**CARDOMY,
Matthew**

*Overturning the Presumption of Confidentiality: Should
the UNCITRAL Rules on Transparency be applied to
International Commercial Arbitration?*
INT'L TRADE & BUS.
REV. 96,
2016.

Citado como: Cardomy, 2016.

**COLLANTE
GONZÁLEZ,
Jorge Luis**

*Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e
Internacional (Comercial y de Inversiones)*
Estudio Mario Castillo Freyre
Vol. 18,
Palestra Editores,
Perú, 2011

Citado como: Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional, 2011.

**CÓRDOBA-
MARENTES,
Juan F.**

*Propiedad Intelectual y Acervo Común: La Naturaleza
mixta del derecho de autor desde la perspectiva del
bien común,*

Universidad de la Sabana,
Colombia, 2014.

Citado como: Córdoba-Marentes, 2014.

**CRAIG,
Lawrance; PARK
William;
PAULSSON Jan,**

International Chamber of Commerce Arbitration

3ra. Ed.

Ocean Publication Inc
Perú, 2001

Citado como: Craig, 2001.

**DIGHERO
HERRERA,
Saúl.**

*El control de la constitucionalidad de las leyes
en Guatemala*

IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales
Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América
Latina,

Fundación Konrad Adenauer,
Universidad Federal de Santa Catarina y Supremo Tribunal
Federal de Brasil en Florianópolis
2 al 6 de junio de 2002.

Citado como: Dighero Herrera, 2002.

**DONG, Arthur
& MENG, Li**

*Is an Infringement Claim within the Scope of
Arbitration Clause under Laws of PRC?*

AnJie Law Firm

Kluwer Arbitration Blog
2014.

Citado como: Dong & Meng, 2014.

**DROMI,
Roberto.**

El procedimiento administrativo,

Ediciones Ciudad,
Argentina, Buenos Aires, 1999.

Citado como: Dromi, 1999.

**EISEMANN,
Frédéric.**

La Clause d'arbitrage Pathologique

In Commercial Arbitration Essays in Memorium Eugenio
Mionli

Francia, 1974

Citado como: Eisemann, 1974.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana.	<i>Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales,</i> Revistas uc3m, Vol. 9, N° 1, España, marzo 2017. <i>Citado como: Fernández Pérez, 2017.</i>
FINNIS, John	<i>Natural Law and Natural Rights,</i> 2ed. Oxford University Press, New York, 2011. <i>Citado como: Finnis, 2011.</i>
FRAGA, Gambio.	<i>Derecho Administrativo,</i> Vigésima Primera edición Editorial Porrúa S.A. México, 1981. <i>Citado como: Fraga, 1981.</i>
GAFFNEY, John P.	<i>Confidentiality in International Arbitration: A recent decision of the Privy Council,</i> Mealey's International Arbitration Report 5. Vol. 18. 2003. <i>Citado como: Gaffney, 2003.</i>
GAMBOA MORALES, Nicolás	<i>La inmunidad soberana de jurisdicción en El arbitraje comercial internacional.</i> <i>Evolución y actualidad.,</i> Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2007. <i>Citado como: Gamboa Morales, 2007.</i>
GARCÍA DA FONSECA, Rodrigo & DE LUIZI CORREIRA, André	<i>The Limits of Confidentiality in arbitration: A Brazilian perspective,</i> Y.B. ON INT'L ARB. 2013. <i>Citado como: García Da Fonseca & De Luiz Correira, 2013.</i>
INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION	<i>Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional,</i> International Bar Association, Adoptadas por Resolución

2006.

Citado como: Redfern & Hunter, 2006.

REISMAN, W. Michael;
CRAIG, W. Laurence;
PARK William;
PAULSSON, Jan

International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes,
The Foundation Press, Inc,
Westbury, New York, 1997.
Citado como: Reisman, 1997.

ROGERS, Catherine A.

Transparency in International Commercial Arbitration,
U. KAN.L.
REV. 1301, 1302
2006
Citado como: Rogers, 2006.

SILVA ROMERO, Eduardo

De la confidencialidad del arbitraje Internacional y materias aledañas,
En: cuestiones claves del arbitraje,
(E. Gaillard & D. Fernández Arroyo eds.)
Editorial Universidad del Rosario,
Bogotá, Colombia, 2013.
Citado como: Silva Romero, 2013.

STRÖMHOLM, Stig

Le droit moral de l'auteur en droit allemand, francais et scandinave,
Vol. I.
Norstedt & Söners Förlag
Stockhol, 1967.
Citado como: Strömholm, 1967.

VÁLDES, Caridad & ROGEL, Carlos

Cultura popular y propiedad intelectual,
Editorial Reus,
2011
Citado como: Váldez & Rogel, 2011.

TABLA DE OTRAS FUENTES

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	<i>Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, Limitaciones y excepciones</i> Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y Oficina Europea de Patentes Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004	<i>Citado como: OMPI, 2004.</i>
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	<i>Controversias futuras: Cláusulas de Arbitraje OMPI,</i> (s.p.) (s.f.) Disponible en: https://www.wipo.int/amc/es/clauses/arbitration/	<i>Citado como: OMPI, (s.f).</i>
MARQUEZ, S.	<i>Principios Generales del Derecho de Autor,</i> Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2004.	<i>Citado como: Márquez, 2004.</i>
MERINO MARCHÁN, José	<i>Confidencialidad y Arbitraje,</i> (s.p) (s.f) Disponible en: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf	<i>Citado como: Merino Marchán, (s.f)</i>
RODRÍGUEZ, Leandro	<i>Contenido del derecho de autor,</i> (s.p) (s.f) Disponible en: http://www.cadra.org.ar/upload/Miglio_Derecho_Autor.pdf	<i>Citado como: Rodríguez, (s.f)</i>
SÁNCHEZ IREGUI, Felipe	<i>La Biblioteca Electrónica de Google</i> <i>¿Alejandría en Llamas?,</i> (s.p) (s.f) Disponible en: http://www.e.gov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/27893-27903-1-PB.htm	<i>Citado como: Sánchez Iregui, (s.f)</i>

TABLA DE CASOS JUDICIALES

AUSTRALIA

Corte Suprema de Australia

Esso Australia Resources Ltd

v.

The Honourable Sidney James Plowman

7 de abril de 1995.

Court of Appeal of New South Wales

Commonwealth of Australia

v.

Cockatoo Dockyards Pty Ltd

27 de junio de 1995.

CHINA

Corte Suprema Popular de la República Popular de China

AMSC

v.

Sinovel

No.55

26 de junio de 2014.

Tribunal Popular Intermedio Municipal de Beijing No. 1

AMSC

v.

Sinovel

Febrero de 2014.

Tribunal Popular Superior de Beijing

AMSC

v.

Sinovel

Febrero de 2014.

Tribunal Popular Intermedio de Chengdu

PepsiCo Inc.

v.

Sichuan Pepsi-Cola Beverage Co., Ltd.

No. 912

30 de abril de 2008

*Citado
en: §*

PepsiCo Investment Ltd
v.
Sichuan Province Yun Lu Industrial Co., Ltd
No. 36
30 de abril de 2008

Citado
en: §

**ESTADOS
UNIDOS**

Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito

Welborn

v.

Medquist Inc.

No. 01-1253

29 de agosto de 2002

Citado
en: §

Connecticut Superior Court

Whithe

v.

Kampner

2 de abril de 1992

District Court Northern Distric of Illinois

Lawrence E. Jaffee Pension Plan

v.

Household International Inc

13 de Agosto de 2004.

Federal District Court for the Southern District of New York

Urban Box Office Network

v.

Interfase Managers,

21 de octubre de 2004.

FRANCIA

La Cour de Cassation

Poiré

v.

Tripier

14 febrero de 2003

Citado
en: §

GUATEMALA

Corte de Constitucionalidad

Comunicaciones Celulares, Sociedad Anónima

Citado
en: §48

v.

Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales

Expediente 4782-2015

Gaceta 119

11 de febrero de 2016

INGLATERRA **English Privy Council** *Citado*
Associated Electric & Gas Insurance Services (AEGIS) Ltd *en: §*

v.

European Reinsurance Co of Zurich

29 de enero de 2003.

SINGAPUR **The Singapore Court of Appeal** *Citado*
International Research Corp PLC *en: §*

v.

Lufthansa Systems

2014

SUECIA **Tribunal de Primera Instancia de Svea** *Citado*
Libyan American Oil Company (LIAMCO) *en: §*

v.

Government Of the Libyan Arab Republic

18 de junio de 1980.

Corte Suprema de Justicia

Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.

v.

A.I. Trade Fin Inc,

Case No. T 1881-99

27 de octubre de 2,000

TABLA DE LAUDOS ARBITRALES

**CÁMARA DE
COMERCIO
INTERNACIONAL**

ICC Case n° 10256
8 de diciembre de 2000

Citado
en: §

ICC Case CCI n° 4230
1974.

Citado
en: §1

Citado
en: §104

**INSTITUO DE
ARBITRAJE DE LA
CÁMARA DE
COMERCIO DE
ESTOCOLMO**

Laudo n° SCC 76
(2002)

Citado
en: §

Laudo n° 111
(2003)

INTRODUCCIÓN

1. El Estado de Davos (“El Estado”), presenta este escrito en respuesta a la demanda promovida por Max Gaillard (“El demandante”) ante este Tribunal Arbitral de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG–. Una vez realizada una breve reseña de los hechos, en esta memoria se demostrará que el Tribunal Arbitral es incompetente para conocer el presente caso y que la cláusula arbitral es inconstitucional, inaplicable e inejecutable (**Primera parte**), subsidiariamente, el Estado de Davos contesta las alegaciones de mérito del demandante (**Segunda parte**).

RESUMEN DE LOS HECHOS

2. En el año 2016 Gustavo Fortier fue nombrado Ministro de Cultura de la República de Davos y expresó que los ejes más importantes de su gestión serían: la democratización del acceso a la cultura, la ampliación de horarios en las bibliotecas públicas y el énfasis en la educación cultural y artística en los programas escolares. Con su equipo discutieron como podrían mejorar este último punto y concluyeron que una de las mejores formas era mediante la creación y difusión de una obra cultural financiada por el Gobierno.
3. La elección del autor fue el escritor Max Gaillard. El proceso cumplió con los requisitos legales. Así, el 5 de enero de 2017 Max Gaillard y el Estado de Davos celebraron contrato de obra literaria por encargo (“El Contrato”) de acuerdo al artículo 44.e) y 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con su reglamento [Aclaraciones, §8]. La silueta de su protagonista: “Avi”, aparece al final del libro.
4. Éste se distribuyó en todas las escuelas primarias del país y desde su lanzamiento la novela logró popularidad, críticas favorables y éxito comercial, que se extendió a los países de la Unión de los Siete Puertos, siendo cotizados los pocos ejemplares en venta. la población de Davos se identificó inmediatamente con el libro, creando una tendencia en redes sociales donde se referían a “Las Aventuras de Avi” como un verdadero “Fenómeno Cultural”.
5. El indiscutible éxito del libro propició un revuelo social de gran aceptación, considerando a la marmota como parte de la cultura de Davos, en ese sentido, con el objeto de promover la cultura en el Estado, el Ministro Gustavo Fortier mandó a hacer una estatua de dos metros de “Avi” y la colocó al final de una de las avenidas principales de la capital, coincidiendo con el lugar donde estaba ubicada la meta de la carrera anual de 21km de la ciudad, para que al finalizar la carrera, todos se tomaran fotos con Avi. Además, colocó otra estatua dentro del Aeropuerto, para que los visitantes fueran recibidos por la marmota, icono cultural del país.
6. A finales de 2017 ya habían más de 10 estatuas de Avi en plazas, parques y calles principales de la República de Davos. Tanto niños como adultos conocían el libro y se sentían identificados.
7. Con el objeto de incrementar los ingresos del Ministerio y a la vez, cumplir con el resto de ejes que había prometido al inicio de su gestión, en enero de 2018 el Ministro dictó una Resolución en la que ordenó crear una serie de pequeñas estatuas de Avi, idénticas al dibujo del libro, con la excepción que agregó una sonrisa al semblante de la marmota.
8. Max Gaillard manifestó su inconformidad con la venta de las estatuas y con el hecho que no ha recibido un solo centavo de las ganancias, por lo que considera que hay una violación a sus

derechos de autor, dando inicio a las presentes acciones arbitrales. Por lo que a continuación se esgrimirán las razones por las que las ventas de estatuas en nada perjudican sus libros y en consecuencia tampoco lo perjudican a él como escritor. Su verdadero trasfondo no es comercial, sino que busca fines mucho más elevados, como el desarrollo social, la promoción de la creatividad intelectual y la salvaguarda del acervo cultural de la Nación.

PRIMERA PARTE: ARGUMENTOS DE JURISDICCIÓN

9. En lo concerniente a los argumentos de jurisdicción de la presente defensa ante este Tribunal Arbitral, nos abocaremos a exponer las razones por las que las cláusulas arbitrales celebradas con el Estado son inconstitucionales, siendo conveniente que el tribunal competente se pronuncie al respecto (I). Asimismo, argumentaremos por qué el arreglo directo consignado como método para la solución de controversias todavía no se encuentra agotado y en consecuencia la demanda arbitral entablada por Max Gaillard es prematura (II). Siendo subsidiariamente, la cláusula arbitral facultativa y por tanto no obligatoria para las partes (III), por otro lado, este se demostrará que este Tribunal Arbitral es incompetente por razón de materia y voluntad, primero al no ser los actos del Estado y los derechos morales de autor arbitral y segundo porque no debe considerarse que los reclamos sobre derechos de autor se encuentran cubiertos por la cláusula contractual (IV) También se exponen las razones por las que los datos y memoriales en el presente proceso arbitral deben transmitirse al público atendiendo a razones de transparencia e interés público (V) y por último se hace una síntesis de las justificaciones del Ministerio de Cultura del Estado de Davos para ser parte dentro del presente proceso.

I. LA CLÁUSULA ARBITRAL CON EL ESTADO ES INVÁLIDA PUESTO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ASUME LAS FUNCIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

10. La PGN en representación del Estado de Davos en virtud de la presente memoria de contestación, cuestiona la validez de las cláusulas de arbitraje celebradas con el Estado en virtud del artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que, el Tribunal Arbitral asume las funciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
11. Considerando que la Constitución Política, como norma suprema del ordenamiento jurídico, establece los derechos y libertades que son reconocidos a los habitantes de un Estado y regula lo referente a la organización y funcionamiento de éste, establece, además, los órganos que lo integran, así como la función esencial de cada uno de ellos [Dighero Herrera, 2002, p. 245].
12. En ese sentido, el Artículo 221 de la Constitución Política señala que la función del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la de ser el “*contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.*”
13. En consecuencia, la cláusula compromisoria regulada en el contrato de obra literaria por encargo es inconstitucional por contravención el artículo citado, ya que solo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene facultad para conocer y resolver cuestiones relacionadas con

la contratación administrativa. Por lo que las partes deberán ser remitidas a la jurisdicción ordinaria.

14. Asimismo, en virtud del artículo 175 Constitucional se prevé expresamente que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, las leyes que violen o tergiversen los mandatos son nulas *ipsu jure*. Disposición que consagra el principio de jerarquía o supremacía constitucional. Sin embargo, es imprescindible la declaratoria de inconstitucionalidad para que se logre la inaplicabilidad del precepto lesivo a la Constitución.
15. De este modo, en el presente caso al estimarse la aplicación de una norma inconstitucional, debe ser la Corte correspondiente la que debe conocer y resolver esta contravención a la ley suprema.

II. AL NO HABERSE AGOTADO EL ARREGLO DIRECTO ENTRE LAS PARTES EL TRIBUNAL ARBITRAL CARECE DE COMPETENCIA

16. En el supuesto y erróneo caso en el que el honorable Tribunal Arbitral indique que la cláusula compromisoria incluida en el contrato no es inconstitucional por asumir las funciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debe observarse que el arreglo directo previsto en el primer escalón no ha sido agotado entre las partes, por lo que el Tribunal es incompetente para conocer la demanda por ser prematura.
 - a. **El agotamiento del Arreglo Directo entre las partes es imperativo previo de acudir a la vía arbitral**
17. La cláusula prevista para la solución de controversias en el contrato de obra literaria por encargo celebrado con el señor Max Gaillard señala que: “*El Ministerio de Cultura de Davos y Max Gaillard convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la celebración, aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse, en primer lugar, mediante Arreglo Directo entre las Partes...*” [Énfasis propio], por lo que se entiende *prima facie* el carácter obligatorio de agotar este mecanismo antes de poder acudir al arbitraje.
18. El método para la solución de controversias establecido en el contrato de obra literaria por encargo celebrado con Max Gaillard consigna una cláusula de múltiples niveles. Por lo tanto, cuando surge una disputa entre las partes, esta disputa “*debe resolverse a través de una secuencia de los niveles de varios pasos del proceso de resolución de disputas y el procedimiento de arbitraje no pueden ser iniciado hasta el final de dicha secuencia*” [Born, 2009, p. 76].
19. Como regla general, si una cláusula multifunción obliga a las partes a participar en una o más formas de negociación o en otro ADR como condición previa al arbitraje, el tribunal arbitral no tendrá competencia para conocer del litigio hasta que las partes hayan cumplido con lo estipulado [Fernández Pérez, 2017, p. 115].
20. Al respecto, debemos señalar que el establecimiento de un requisito como el Arreglo Directo entre las partes no es espontáneo, sino que cumple con una finalidad: fomentar de forma directa la solución de disputas entre las partes a fin de evitar el sometimiento de la controversia al fuero arbitral. En ese sentido, en el Caso *Welborn Clinic v. Medquist Inc* la Corte sostuvo que

el propósito de acordar cláusulas escalonadas era *“indudablemente fomentar negociaciones exitosas a fin de que ni el litigio ni el arbitraje fueran necesarios”*.

b. Atendiendo al lenguaje contractual, el Arreglo Directo entre las partes no se ha agotando

21. En otro caso, en EEUU en el asunto *White v. Kampner* el Tribunal de Primera Instancia interpreta correctamente el lenguaje contractual para exigir el cumplimiento de las disposiciones de la cláusula de negociación obligatoria como condición previa al arbitraje. El Tribunal revisó las pruebas, tanto testimoniales como documentales con el objeto de establecer los motivos por los que las partes no llevaron a cabo negociaciones cara a cara en relación con la disputa. A pesar de la correspondencia y las numerosas conversaciones entre sus abogados, las partes nunca se reunieron cara a cara para discutir el asunto antes del arbitraje.
22. El Tribunal de primera instancia determinó que *“mientras el contrato exige dos sesiones de negociación, en este punto ni si quiera se ha producido una sesión de negociación”*. Por lo que queda clara la importancia del lenguaje contractual para determinar en qué momento se encuentra agotado cada escalón, en el caso que nos ocupa: el Arreglo Directo.
23. En ese sentido, conviene establecer los pasos a seguir en la vía directa de acuerdo a la cláusula octava del contrato de obra literaria por encargo, extraemos los siguientes: a) Solicitud por escrito que presente una Parte a su Contrapartes; b) El Arreglo Directo deberá realizarse dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud.
24. Sobre el primer aspecto, Max Gaillard el 20 de junio de 2018 al considerar que existía violación a su derecho de autor presenta un “reclamo escrito” ante el Ministerio de Cultura del Estado de Davos, el cual es resuelto sin lugar el 25 de junio por medio de resolución 456-2018 [Hechos, 35]. Sobre esto, es necesario mencionar que la naturaleza del “reclamo escrito” no puede, de ningún modo equipararse a la *“solicitud por escrito que presente una Parte a su Contraparte”* a la que hace alusión la cláusula octava del contrato.
25. Ilustrativamente, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de la República de El Salvador, sobre la solicitud del Arreglo Directo ante la administración pública refiere en el artículo 164 que: *“Cuando una de las partes solicitare el arreglo directo, dirigirá nota escrita a la contraparte, puntualizando las diferencias y solicitará la fijación del lugar, día y hora para deliberar.”* [Énfasis propio] Si bien Max Gaillard puntualiza sus diferencias no realiza las solicitudes correspondientes para activar la vía directa.
26. En ese sentido, en el Laudo n° 6238 de 1989 de la CCI, el tribunal arbitral ante una cláusula escalonada que preveía la opinión de un experto, tuvo que pronunciarse sobre la eventual corrección de la solicitud de intervención del ingeniero de conformidad con las condiciones de la FIDIC, concluyendo que dicha solicitud debía individualizar claramente la controversia, no siendo suficiente que una parte mostrase su intención de someter la controversia al ingeniero.
27. En el presente caso, a la inversa, no basta con que el reclamo escrito contenga las inconformidades del señor Max Gaillard, sino es menester que establezca su intención de resolver las mismas por medio del Arreglo Directo que constituye el primer escalón de la cláusula multifunción y que realice también las peticiones que al respecto correspondan;

verbigracia, que se señale día y hora para la reunión en la vía directa, dentro del plazo de quince días, en observancia a las reglas establecidas en la cláusula.

28. No puede pretenderse entonces que el Ministerio bajo estas circunstancias pueda asumir la intención del actor de acudir a la vía directa para dilucidar las controversias.
29. Por otro lado, el 29 de junio de 2018 el señor Gaillard acude con sus abogados al Ministerio de Cultura a pedir una cita directamente con el Ministro, quién accede a recibirlos. Lejos de ser productiva, la reunión terminó por consolidar la disputa entre las partes [Hechos 35 y 36]. No obstante, esta cita no se realiza en consonancia al “reclamo” que presenta al Ministerio, ni mucho menos en virtud una solicitud formal para dilucidar la cuestión mediante Arreglo Directo. Pues como se mencionó con anterioridad, formalmente la vía directa nunca fue activada.
30. Sobre esto es importante tomar en cuenta los lineamientos para redactar cláusulas escalonadas o multi-tier (en su denominación en inglés) de la International Bar Association (IBA) que señalan lo siguiente: *“la cláusula debe especificar un periodo de tiempo luego del cual la disputa pueda ser sometida a arbitraje (...). El periodo de tiempo para la negociación debe ser activado por un evento definido e indisputable, como una solicitud por escrito para negociar o mediar (...).”*
31. Si bien la cláusula compromisoria guarda silencio sobre el primer punto, de la recomendación de la IBA puede inferirse que hay ciertos elementos que permiten identificar cuando el requisito del arreglo directo es exigible. En ese orden de ideas es necesario que dicho proceso: (ii) se inicie con un evento formal definido, como una solicitud por escrito. El incumplimiento de este evento formal de la cláusula es la que deja pendiente el agotamiento de la vía directa.
32. Asimismo, es importante tomar en consideración que la cláusula arbitral no especifica un límite de tiempo para completar la etapa de la vía directa, por lo que el Tribunal Arbitral debe observar que el primer escalón del acuerdo arbitral aún no debe considerarse agotado como pretende la parte actora.

c. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no debe admitir la demanda arbitral entablada

33. En virtud de estas razones, nos hallamos ante una “solicitud de arbitraje prematura” que el presente Tribunal Arbitral en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* debe conocer y resolver desechando la demanda entablada y remitir a las partes a agotar la vía directa como contractualmente corresponde.
34. Al respecto puede mencionarse la decisión en el año 2014 en el caso *IRC v. Lufthansa* en donde se determinó que los tribunales arbitrales constituidos en contravención de las cláusulas escalonadas carecen de jurisdicción sobre la disputa.
35. Entre otro de los casos más relevantes de la prevalencia de lo *pactado* en los escalones inferiores están, en la jurisprudencia china, los asuntos de *Pepsi Cola*. En el que dos laudos arbitrales dictados por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (nº 76 y nº 111) fallaron a favor de la entidad Pepsi Cola contra dos empresas conjuntas chinas en un litigio que versaba sobre un contrato de licencia entablado en China el correspondiente procedimiento de execuátur. Al amparo de la Convención de Nueva York de 1958 el Tribunal

Popular Intermedio de Chengdu (Sichuan) denegó el reconocimiento y subsiguiente ejecución de los laudos alegando que debía prosperar la causal del art. V.1º.a, toda vez que la cláusula incorporada por las partes al contrato establecía una negociación previa presidida por el gobierno local durante un periodo de 90 días. El tribunal verificó que las partes no habían llevado a cabo la referida negociación y, en consecuencia, al poner en marcha el arbitraje habían incumplido la cláusula y el tribunal no debía haber admitido las solicitudes de arbitraje.

36. En base a lo expuesto, no cabe duda que el arreglo directo es un requisito previo y de obligatorio cumplimiento. Dicho cumplimiento no puede traducirse como un retraso innecesario a la resolución de la controversia, ni supone una práctica dilatoria como pretende la parte actora. Por el contrario, se trata de respetar un compromiso pactado por las partes en la cláusula arbitral. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no debe admitir la demanda por ser prematura y en consecuencia debe declararse incompetente.

III. LA CLÁUSULA ARBITRAL ES INEFICAZ E INAPLICABLE POR SER PATOLÓGICA

37. Subsidiariamente, si este Tribunal Arbitral establece que el Arreglo Directo entre las partes se encuentra agotado, debe observarse que la aplicación en el caso en concreto del acuerdo arbitral resulta imposible, por adolecer de defectos en su estructura.
38. Es importante entonces que las cláusulas multifunción reúnan requisitos esenciales para que cumplan su objetivo y consecuentemente el proceso arbitral pueda desarrollarse armoniosamente.
39. Sobre esa base, debe analizarse que la voluntad de las partes que se manifiesta en la cláusula escalonada debe ser clara e inequívoca para que pueda ser considerada válida y ejecutable. En caso contrario, la cláusula defectuosa que presente ambigüedades, oscuridad o imprecisiones, imposibilita que la controversia pueda someterse a arbitraje [López Juárez, 2014, p. 79]. A estas cláusulas arbitrales defectuosas se les conoce tradicionalmente como “cláusulas patológicas”, término acuñado por Frédéric Eisemann, ex secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París [Eisemann, 1974, p. 1209].
40. De este modo, el Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones) señala que: *“Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (“pathological [compromissory] clauses”) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables...”*. [Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional, p. 352]
41. Asimismo, el Profesor Michael Reisman, sobre las cláusulas patológicas señala que: *“son aquellas redactadas en tal forma que pueden dar lugar a controversias en la interpretación del acuerdo arbitral, pueden resultar en el fracaso de la cláusula compromisoria o pueden resultar en la inejecución del laudo arbitral”* [Reisman, 1997, 227].
42. En la doctrina arbitral hay autores que enumeran un listado de supuestos que en la práctica dan lugar a cláusulas patológicas, o bien, las engloban en grupos. No obstante, para Eisemann no había forma de que un convenio arbitral diera frutos si su redacción tenía alguna anomalía y por lo tanto estableció que una cláusula arbitral es patológica si no cumple con cuatro funciones básicas:

- 1) *Producir efectos que resulten obligatorios para las partes contratantes.*
- 2) *Impedir que la justicia ordinaria intervenga antes que se emita el laudo arbitral.*
- 3) *Dotar de competencia para resolver el conflicto de árbitros.*
- 4) *Brindar las condiciones necesarias para el desarrollo de un procedimiento organizado que concluya en un laudo.*

43. Para Eisemann, en la práctica, estas cuatro funciones se entrelazan, de modo que si no cumple con una no podría cumplir las demás [Eisemann, 1974, p. 129]. Así, en el actual caso, una cláusula sin efecto vinculante impide el cumplimiento de las otras funciones por lo cual deviene en patológica.

A) La cláusula escalonada entre el Estado de Davos y Max Gaillard es facultativa por lo que no obliga a las partes a acudir al arbitraje

44. En el contrato de obra literaria por encargo celebrado por el Estado de Davos con Max Gaillard consta la siguiente cláusula escalonada: *“El Ministerio de Cultura de Davos y Max Gaillard convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la celebración, aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse, en primer lugar, mediante Arreglo Directo entre las Partes, dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la solicitud por escrito que presente una Parte a su Contraparte. Hasta que se agote la vía directa se podrá acudir al arbitraje...”* [Énfasis propio]
45. La cláusula descrita no cumple con la función de producir efectos obligatorios para las partes, es discrecional, únicamente confiere una facultad de someter el litigio a arbitraje. En ese sentido, y como lo han señalado muchos doctrinarios, la eficacia o ineficacia de una cláusula de varios niveles dependerá de si hay o no dudas acerca de la intención de las partes para resolver la controversia mediante arbitraje o ante la jurisdicción si fallan los mecanismos previos de arreglo de controversias [Fernández Pérez, 2017, p. 116].
46. El término “podrán” que es meramente facultativo, resulta contrario a los modelos de cláusulas arbitrales creados por las distintas instituciones internacionales de Arbitraje en donde al tenor de cada una de las cláusulas se deriva el término “*shall be*” literalmente traducido como “deberán” [López Juárez, 2014, p. 83]. De este modo, las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional señala que: *“Las partes al redactar cláusulas escalonadas, frecuente e inadvertidamente estipulan de forma ambigua su intención de someter a arbitraje las controversias que no puedan ser resueltas por negociación o mediación. Esto pasa cuando las partes disponen que las controversias que no sean resueltas por negociación o mediación “podrán” someterse a arbitraje.”* [Directrices de la IBA, p. 34]
47. En el presente caso, nos encontramos entonces en un contexto de escalación facultativa y no obligatoria en la transición entre vía directa y arbitraje. En este escenario, la eficacia de la cláusula dependerá del comportamiento de la contraparte. Así, si esta última decide no comparecer o acudir al arbitraje, deberá entenderse que la vía ordinaria queda expedita.
48. En este sentido el Laudo de la CCI nº 10256 de 2000 el tribunal sostuvo que la palabra “puede” en una cláusula de tres escalones, que incluía en el segundo de ellos que las partes “podían”

someter la controversia a un experto para su consideración, era un término, en consecuencia, no vinculante.

49. La práctica de la CCI contaba ya con precedentes en el mismo sentido como evidenció el Laudo CCI nº 4230 de 1974. Ante el argumento de que el requisito de la conciliación previa al arbitraje no había sido agotado consideró que de la redacción de la cláusula: “...*todas las disputas relacionadas con el presente contrato pueden ser resueltas de forma amistosa por tres conciliadores, uno designado por cada una de las partes y el tercero por acuerdo de las dos partes*” [Énfasis y traducción propia], se infería la no exigencia de dicha conciliación.
50. Además, en determinados ordenamientos, como el inglés, si los términos de un contrato son inciertos o incompletos, éstos no serán vinculantes.
51. En esta línea argumentativa, conviene traer a colación a este respecto el inciso final del apartado del artículo II de la Convención de Nueva York, que establece que: “*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*” [Énfasis propio] Por lo que la presente cláusula arbitral debe considerarse ineficaz e inaplicable por no tener un efecto vinculante para las partes y dejar un margen de discrecionalidad para optar al arbitraje.
52. Por supuesto, cuando el escalón de cierre es el arbitraje, como en el caso que nos ocupa, la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje debe ser resuelto por los propios árbitros en aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*.

IV. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE N I RATIONE VOLUNTANTIS*

A) La doctrina de los actos del estado (*iure imperii*) impide el sometimiento de la presente controversia a este tribunal arbitral

53. La doctrina de la inmunidad soberana es invocada para impedir que una corte extranjera o tribunal arbitral ejerza jurisdicción o tenga capacidad de decidir una controversia (inmunidad de jurisdicción) o ejecutar la decisión a la que se hubiera arribado (inmunidad de ejecución), basándose en que una de las partes es el Estado [Gamboa Morales, 2007, p. 36].
54. En ese sentido, la doctrina de los “actos del Estado” impide el sometimiento a los tribunales extranjeros cuando el acto es en ejercicio de un poder soberano (*iure imperii*), dentro del territorio del Estado [Gamboa Morales, 2007, p. 12], como ocurre, por ejemplo, en el presente caso con la resolución dictada en enero de 2018 por el Ministerio de Cultura del Estado de Davos, publicada en el diario oficial el primer día de febrero del mismo año, mediante la cual se ordenó crear una serie de pequeñas estatuas de Avi, idénticas al dibujo del libro creado por Max Gaillard, con la única excepción de incorporarle una sonrisa al semblante de la marmota [Hechos 33].
55. Al respecto, es necesario distinguir dos supuestos, el primero cuando el Estado es parte de la disputa y el segundo cuando no. En el primer caso el Estado ha suscrito el convenio arbitral y como parte del mismo es emplazado, pero alega que el acto que motiva el arbitraje es un acto

inherentemente estatal y, por tanto, no sometible a arbitraje. El segundo caso significa que entre dos partes privadas surge una disputa porque un Estado, en ejercicio de sus atribuciones, ha llevado a cabo un acto que afecta la relación privada [Bullard González, 2006, p. 17]

56. Es el primer supuesto el que nos importa en el actual caso, toda vez que el acto que la parte actora reclama es inherentemente estatal, en observancia al interés colectivo y a la promoción cultural en el Estado de Davos por lo cual no es sometible a arbitraje. Tal como afirma Quiñones: *“no es susceptible de ventilarse en el fuero arbitral la validez del acto administrativo, ni las atribuciones de imperio la contratación estatal”* [Quiñones Alayza, 2004, p. 206]
57. La parte actora alega que el Estado de Davos al momento de acordar someter a arbitraje cualquier controversia derivada del contrato suscrito con Max Gaillard, renunció a la inmunidad soberana. Lo cual concuerda con gran parte de la doctrina que afirma que, si el Estado es parte de la relación y por tanto del arbitraje, debe concluirse que sus actos, sin importar su naturaleza, estarán sujetos a la decisión de los árbitros, **siempre que guarden relación con sus obligaciones contractuales** [Craig, 2001, p. 674] [Énfasis propio].
58. Sobre esto, es importante mencionar que la producción y venta de las pequeñas estatuas de ‘Avi’ en sentido estricto no guarda relación alguna con las obligaciones asumidas por el Estado de Davos en el contrato de obra literaria por encargo, las cuales taxativamente se encuentran contenidas en la cláusula segunda, en donde se hace especial énfasis a: (i) El material o equipo indispensable para la ejecución de la obra que el Estado se compromete a proporcionar, (ii) Al pago de honorarios al autor, y (iii) Al no entorpecimiento del contrato.
59. En relación al primer punto no consta existencia de incumplimiento alguno por parte del Estado. Por su parte, el cumplimiento de la segunda obligación es acreditada de acuerdo a lo establecido en la cláusula quinta del contrato que establece que: *“El AUTOR declara que a través del presente acto tiene por recibidos a su entera satisfacción la cantidad pactada en la cláusula segunda, numeral romano II) Adjuntando al presente contrato su respectiva factura, como comprobante de haber recibido el precio pactado inicial del contrato.”*
60. Sobre la tercera la obligación es menester mencionar que la producción y venta de las estatuas en nada afectan a Max Gaillard como escritor ni entorpecen el cumplimiento del contrato, puesto que éste tiene como objeto únicamente la educación cultural por medio de la obra literaria que el autor se comprometió a escribir.
61. Considerando además que los pocos libros que de acuerdo a contrato el autor a su entera discreción y por sus propios medios, podía imprimir un único tiraje de hasta dos mil copias del libro para la venta al público, con el único objeto de promocionar la obra.
62. Ilustrativamente en concordancia con lo mencionado anteriormente, en el caso *LIAMCO v. Libia* una empresa norteamericana demandó para ejecutar un laudo arbitral contra Libia, basado en la nacionalización de las concesiones y equipo petroleros, sin la participación de Libia, que se negó a involucrarse en el proceso. A pesar de que Libia había renunciado a su inmunidad soberana, el Juez de primera instancia se negó a confirmar el laudo sobre la base de la doctrina del acto del Estado. Para ello se basó en la Convención de Nueva York que permite a las Cortes negarse a reconocer un laudo cuando la materia controvertida no es susceptible de arbitraje bajo la Ley del país.

63. Lo que se deriva de este caso es que es posible encontrar una materia no arbitrable, sin perjuicio de la renuncia a la soberanía, como en el presente caso. Si bien es cierto, el contrato de obra literaria por encargo fue faccionado atendiendo a lo dispuesto en el artículo 44.e de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, y que en virtud del artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de dicha ley, pueden someterse a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria, el acto reclamado por Max Gaillard no guarda relación alguna con las obligaciones contractuales del Estado.
64. Se trata de un acto dictado en virtud de la potestad exorbitante del Estado, atendiendo a una política cultural, al respecto, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales regula en el artículo 2 como principio rector el de soberanía, el cual consiste en que, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de adoptar medidas y políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios.
65. Por su parte establece en el artículo 4, numeral 6 que las políticas y medidas culturales se refieren a las políticas y medidas relativas a la cultura, ya sean éstas locales, nacionales, regionales o internacionales, que están centradas en la cultura como tal, o cuya finalidad es ejercer un efecto directo en las expresiones culturales de las personas, grupos o sociedades, en particular la creación, producción, difusión y distribución de las actividades y los bienes y servicios culturales y el acceso a ello.
66. Sobre esto se ha llegado a afirmar que: *“En los contratos administrativos cabe el arbitraje como excepción y con carácter restrictivo, en los casos en que las cuestiones a dilucidar no afecten ni al orden público, ni al orden constitucional, ni agraven a la autoridad del Estado o a su soberanía (...) los árbitros iures no pueden tomar decisiones que impliquen ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública o de funciones esenciales del Estado...”* [Dromi, 2009, p. 578] [Énfasis propio] Por lo que se infiere que no son materia arbitral las decisiones de la Administración en ejercicio de una atribución que no tenga como fuente el contrato sino una norma legal.

1. Consecuentemente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el competente para conocer el reclamo derivado del contrato de obra literaria por encargo

67. En virtud de lo antes mencionado, no existe otra solución posible que remitir la controversia a la vía ordinaria. Siendo competente para ello el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Partiendo de la premisa que el control de los actos administrativos dictados en virtud de las potestades exorbitantes de la administración pública le corresponde a dicho Tribunal.
68. A este respecto, la Constitución Política de la República al referirse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo establece en la primera parte del artículo 221 que: *“Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas*

de contratos y concesiones administrativas.” [Énfasis propio] Asimismo, el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo refiere que el proceso Contencioso Administrativo procede: “1) *En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.*” [Énfasis propio]

69. Concatenando con el artículo 203 de la Constitución Política de la República que en su parte conducente establece: “*Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.*” Asimismo, refiere que “*La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.*”
70. Por lo que la Constitución y la ley se han inclinado a favor del enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad convencional del Estado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Por ser esencialmente un tema relacionado con el interés general y ejercicio exclusivo del poder público a cargo de la Administración.
71. En esa misma secuencia argumentativa, la doctrina suele afirmar que: “*La jurisdicción contencioso administrativa es un requisito procesal, el primero y más importante de los requisitos procesales. Esto quiere decir que para que pueda ser examinada en cuanto al fondo, una pretensión fundada en preceptos de derecho administrativo debe ser deducida, precisamente, ante esta jurisdicción especial. Ninguna pretensión de este tipo puede ser deducida ante jurisdicción distinta, ni una pretensión con otro fundamento podrá ser examinada ante la jurisdicción contencioso administrativa.*” [Calderón Morales, 2007, p. 8.]
72. Por lo que, en esa línea de hechos, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el competente para conocer y resolver, luego de agotarse los recursos administrativos que dispone la ley. Considerando que los actos de Estado dictados en ejercicio de la soberanía de Davos no son materia arbitrable.

1.1. El demandante tenía la obligación de agotar los recursos administrativos en contra de la resolución que a su consideración le provocaba agravio

73. Para el control de los actos y resoluciones dictadas por la Administración Pública, el ordenamiento jurídico pone a disposición de los particulares los recursos administrativos, los cuáles constituyen un medio legal para que el afectado en sus derechos e intereses pueda obtener en los términos legales, de la autoridad administrativa, una revisión del propio acto, a fin que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoportunidad del mismo [Fraga, 1981, p. 435]. Todo ello con el objeto que el derecho se restablezca y corregir el daño producido.
74. La vía de los recursos administrativos es una carga que tiene el administrado, pues estos se residencian primero ante la Administración y sólo después de agotados los mismos posteriormente cabe acceder a la impugnación ante la vía judicial contencioso administrativa. En ese sentido, Max Gaillard tenía la obligación de agotar los recursos administrativos que regula la Ley de lo Contencioso Administrativo, específicamente el de reposición consignado en el artículo 9 y que procede en contra de “*las resoluciones dictadas por los ministerios, y, contra las dictadas por las autoridades administrativas superiores, individuales o colegiadas,*

de las entidades descentralizadas o autónomas... dentro de los cinco días siguientes a la notificación” [Énfasis propio].

75. Por lo que Max Gaillard al considerar que la resolución dictada en enero de 2018 que ordenaba la creación de una serie de pequeñas estatuas de ‘Avi’ [Hechos 33] vulneraba sus derechos, tenía la obligación de impugnarlo mediante memorial dirigido al Ministerio de Cultura, pues es ante el mismo órgano que dictó la resolución ante quien se impugna. Al no existir dicha impugnación en el plazo indicado por la ley la resolución quedó firme.
76. A este respecto la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido en sentencia de apelación de sentencia de amparo de fecha 11 de febrero de 2016 que: *“en materia administrativa, serán rechazados de plano los medios de impugnación que al ser interpuestos, incumplan con alguno de los requisitos catalogados como insubsanables, tales como presentación extemporánea o inidoneidad.”* (En ese mismo sentido las sentencias de veinticuatro de agosto, treinta de septiembre y diecinueve de octubre, todas de dos mil quince, dictadas en los expedientes 287-2015, 2046-2015 y 2322-2014, respectivamente) Considerando que los plazos en materia administrativa de conformidad al artículo 13 de la Ley de lo Contencioso Administrativo son perentorios e improrrogables.

B) Los derechos morales de autor no son arbitrables

77. En el supuesto no consentido de que este Tribunal Arbitral considere que la Cláusula Arbitral es ejecutable y que la resolución que ordena la creación de las pequeñas estatuas de ‘Avi’ es arbitrable. Debe considerarse que los reclamos de Max Gaillard que versan sobre derechos morales de autor como el derecho de oponerse a modificaciones de su obra o el de reivindicar la paternidad de la misma, no pueden ser sometidos a arbitraje puesto que versan sobre derechos morales de autor y los derechos de tal naturaleza no son materia arbitrable.
78. Estos reclamos de la parte actora se derivan esencialmente en virtud del hecho de incorporarle una sonrisa a las pequeñas estatuas de ‘Avi’ y de la creación de las estatuas de ‘Avi’ que se colocaron en las principales calles y parques de Davos con el objeto de promover la cultura, respectivamente.
79. Bajo la premisa de la concepción dualista del derecho de autor: derecho patrimonial y derecho moral de autor. Los derechos morales del autor han sido concebidos por la doctrina como derechos de carácter personalísimo, mediante los que se protege a la persona del autor a través de su obra [OMPI, 2004, p. 5]. La ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el artículo 16 también ha dotado a los derechos morales de las características de ser inalienables, imprescriptibles e irrenunciables.
80. Inalienable ya que éste faculta al autor para que sus creaciones u obras permanezcan y sean de su total dominio, generando esto la imposibilidad de transferir o transmitir de un patrimonio a otro [Rodríguez, s.f, p. 2]. Imprescriptible puesto que no se adquieren por compra ni se pierden por prescripción de plazos e irrenunciable en el sentido que el autor no puede renunciar a los derechos morales, pues son incluso considerados de orden público [Márquez, 2004, p. 164].
81. Es por ello que la doctrina arbitral mayoritaria no ha admitido su arbitrabilidad, alegando que el derecho moral del autor forma parte del derecho fundamental de la integridad moral de la

persona y su personalidad, considerándola como una extensión de ésta, por lo que no es susceptible de arbitraje [Martínez García, 2001, p. 75]

82. Dichas ideas tienen sustento en el pensamiento filosófico de Kant, que calificó al Derecho de autor como *jus personalissimum*, y en 1785 ya había hecho un pronunciamientos de éste género sobre él: “*este derecho no es un derecho sobre una cosa (in re), por ejemplo, sobre la copia (porque el dueño puede quemarla ante los ojos del autor), sino un derecho innato, inherente a su propia persona, que implica la posibilidad de oponerse a un intento de otra persona a compelerlo a hablar en contra de su voluntad*” [Strömholm, 1967, p. 185]
83. En consonancia, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, no podrán ser objeto de arbitraje: “...b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición*” Es decir que no sean transigibles por las partes. Los derechos morales de autor al ser considerados como derecho fundamental, hacen parte de la integridad y personalidad del autor, y además es irrenunciable y por lo tanto no tiene la calidad de transigible, pues no es un derecho disponible.
84. Asimismo, existen autores que consideran que además de ser de naturaleza personalísima, los derechos morales de autor son de orden público, como consecuencia de su irrenunciabilidad e inalienabilidad. Martínez García, al referirse a la inarbitrabilidad de los derechos morales, menciona que: “*Nos referimos a aquellos aspectos de la propiedad intelectual que son indisponibles para su titular y, por tanto, de orden público, por ser irrenunciables (derecho moral) o por encontrarse íntimamente unidos a un aspecto indisponible*” [Martínez García, 2001, p. 387].
85. Es así que ni los derechos morales de autor ni los asuntos relacionados con ellos son arbitrables. El hecho de que una controversia verse sobre derechos morales de autor constituye una causal objetiva para oponerse a acudir a arbitraje.

C) Las reclamaciones relativas al derecho de autor son ajenas al cumplimiento y aplicación del contrato de acuerdo a la jurisprudencia internacional

86. En la jurisprudencia internacional, la Corte Suprema Popular de la República Popular China, en la decisión del caso *AMSC c. Sinovel* sostuvo que una reclamación por infracción de derechos de autor no se rige por la cláusula de arbitraje incorporada en el contrato celebrado por las partes [Dong & Meng, 2014].
87. Haciendo un paralelismo con el caso que nos ocupa es esencial hacer un análisis exhaustivo de la importante decisión asumida por la Corte Suprema Popular de China con el objeto de fundamentar las razones por las cuáles el presente Tribunal Arbitral no es competente para conocer la controversia que la parte actora le ha hecho llegar. Puesto que, someter disputas relativas a propiedad intelectual no fue parte de la voluntad de los contratantes.
88. En el 2011 AMSC presentó una acción civil por infracción de derechos de autor en el Tribunal Popular Intermedio No. 1 de Beijing. AMSC solicitó una orden de cese y desistimiento de las acciones que constituían infracción a los derechos de autor, así como el pago de daños de aproximadamente USD 6 millones, por supuestas copias y uso no autorizados del software de AMSC. En respuesta, Sinovel presentó una moción para retirar el caso del tribunal y transferirlo a la Comisión de Arbitraje de Beijing, de acuerdo con la cláusula de arbitraje en el

contrato de compra celebrado entre las partes se establece que: *"todas las disputas derivadas de la ejecución [de], o en relación con este contrato se resolverá mediante una consulta amistosa entre las partes. Si no se puede llegar a un acuerdo mediante una consulta, la disputa se someterá a arbitraje ante la Comisión de Arbitraje de Beijing de acuerdo con sus reglas de arbitraje."*

89. Símil a la cláusula arbitral contenida en el contrato de obra literaria por encargo celebrado con Max Gaillard, el cual se limita a cubrir: *"...la celebración, aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa..."* [CLÁUSULA OCTAVA].
90. La moción de Sinovel fue rechazada y presentó una apelación de la decisión ante el Tribunal Popular Superior de Beijing, que también fue rechazada. En opinión de este Tribunal, la presunta acción por infracción de derechos de autor no estaba inevitablemente relacionada con el cumplimiento del contrato. En consecuencia, es un tribunal judicial el que debe tener jurisdicción sobre la disputa.
91. El caso fue llevado ante el la Corte Suprema Popular de la República Popular de China el cual en su decisión estableció que la reclamación de AMSC de infracción de derechos de autor se basaba en que Sinovel realizaba copias no autorizadas de su código en el software de control de turbinas eólicas de AMSC. Aunque el software constituía el objeto del contrato de compra celebrado entre las partes, el código del software no estaba dentro del alcance de dicho contrato. Asimismo, el contrato no indicaba que las partes hubieren alcanzado acuerdo arbitral alguno sobre los derechos de autor del software. Por lo tanto, la cuestión de la infracción de derechos de autor no estaba sujeta a la jurisdicción arbitral y era un tribunal judicial el que tenía jurisdicción sobre el caso.
92. La decisión de la Corte Suprema Popular de China en AMSC ilustra que la cláusula de arbitraje en un contrato no otorga, naturalmente, jurisdicción sobre las reclamaciones de infracción de propiedad intelectual, incluso si la redacción de la cláusula de arbitraje dice: *"todas las disputas que surjan de la ejecución de, o en relación con este contrato estarán sujetas a arbitraje"*. Si las partes verdaderamente tienen la intención de que la cláusula de arbitraje también cubra posibles disputas por infracción de derechos de autor, en consonancia con el objeto del contrato, deben adaptar la redacción del acuerdo arbitral de manera muy cuidadosa y amplia para ese objetivo.
93. Al respecto, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual recomienda la siguiente cláusula para el sometimiento de controversias futuras relativas a derecho de autor inmersas en un contrato: *"Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a arbitraje para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto por [un árbitro único] [tres árbitros]. El arbitraje tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [especificar el idioma]. La controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho de [especificar la jurisdicción]."* [Énfasis propio] [OMPI, (s.f.)].

94. Puede observarse la amplitud con la que desarrolla la cláusula arbitral las posibles futuras controversias que surjan entre las partes contratantes, vinculando reclamaciones sobre derecho de autor en el término de “reclamaciones extracontractuales”. No así la del presente caso, que aborda cuestiones que exclusivamente se relacionan con el contrato administrativo de servicios profesionales.
95. Por lo que, en observancia a estos criterios jurisprudenciales y recomendaciones de la OMPI, el Tribunal arbitral debe observar que la intención de incorporar reclamaciones relativas a derecho de autor no se vislumbra en la cláusula arbitral incorporada en el contrato de obra literaria por encargo, y en ese sentido debe declararse incompetente para conocer por *ratione voluntatis*.

1. En caso que el Tribunal Arbitral conozca la presente controversia, el laudo que se dicte no será ejecutable

96. El Tribunal Arbitral no debe conocer la presente controversia puesto que excede lo pactado en la cláusula arbitral, contraviniendo la verdadera voluntad de las partes. No obstante, en el erróneo supuesto que lo hiciere, el laudo que dicte correría el riesgo de no ser reconocido y ejecutado.
97. La Ley de Arbitraje de Guatemala como *lex arbitri* en ese sentido prescribe que podrá denegarse el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral cuando se pruebe: “...iii) *Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje...*” En términos semejantes se pronuncia el artículo V.1.c) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.
98. Esta causal encarna el principio de que el tribunal arbitral solamente tiene jurisdicción para decidir los asuntos que las partes han aceptado someter al mismo para su resolución. El lenguaje del acuerdo arbitral que establece lo que las partes han aceptado someter al tribunal arbitral para su resolución es de importancia crítica, los asuntos deben de permanecer dentro de ese ámbito [Guía del ICCA, p. 97]. No vislumbrándose, de acuerdo al lenguaje contractual, intención de las partes de someter materia de propiedad intelectual en el acuerdo arbitral.

V. EL PROCESO ARBITRAL DEBE SER PÚBLICO POR SER UN TEMA DE TRANSPARENCIA E INTERÉS PÚBLICO

99. Atendiendo a la solicitud de acceso a la información que la organización civil “Ojo con la Plata” (dedicada principalmente a asegurar el buen uso de los recursos públicos) ha presentado a la PGN del Estado de Davos pidiendo los datos de todos los arbitrajes y memoriales relacionados con casos de contratistas públicos contra el Estado [Hechos 40] solicitamos autorización para proporcionar dicha información en virtud a lo expresado en este apartado.
100. Si bien se ha afirmado que la confidencialidad es una de las ventajas más notables del arbitraje, ya que protege la reputación de las partes frente a terceros, convirtiéndose en una de las razones que motivan a muchos inversionistas y comerciantes para acudir al proceso arbitral [Silva Romero, 2013, p. 167], es importante recordar que dicha confidencialidad no puede ser ni será absoluta [Noussia, 2010, p. 177].

101. La parte actora en primer lugar, pretende hacerle creer al Tribunal Arbitral que la confidencialidad es un carácter intrínseco al mismo, no obstante, debe constatarse que la tendencia actual no reconoce la confidencialidad como un elemento implícito del arbitraje y principalmente cuando hay asuntos de interés público involucrados.
102. Ilustrativamente, en el caso *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Fin Inc*, la Corte Suprema sueca el 27 de octubre de 2000 rechazó la existencia de una obligación implícita resultante de todo convenio arbitral.
103. En esa misma línea, en el famoso caso *Esso Australia Resources Ltd v. The Honourable Sidney James Plowman* en el que se trataba un asunto acerca de la información referente a los precios percibidos por el público, una de las partes fue obligada por el Secretario de Energía de Australia a revelar cierta información usada en el arbitraje. La Corte Suprema de Australia sostuvo que la confidencialidad no era un principio aplicable a los procedimientos de arbitraje. La corte llegó a esta conclusión desde la base que el requerimiento de llevar el procedimiento en privado no implica que hay una obligación implícita que impida la divulgación de documentos e información referentes al procedimiento arbitral. Adicionalmente, cualquier posible obligación de guardar la confidencialidad es vulnerable a una excepción concedida en nombre del “interés público”.
104. En el presente caso al no existir asidero sobre la confidencialidad en el reglamento institucional de CRECIG ni en la *lex arbitri*, ésta no puede concebirse como natural al proceso arbitral, advirtiendo, además, la necesidad de no confundir terminológicamente la confidencialidad con la privacidad como el demandante lo ha hecho.
105. Max Gaillard se opone a la solicitud que la PGN presenta al Tribunal Arbitral argumentando que por dichas acciones podría perjudicarse su imagen comercial y el valor de su libro [Hechos 40]. Al respecto de la imagen comercial debe mencionarse que por la presente controversia en ningún momento se está degradando la persona o la capacidad como escritor de Max Gaillard, la cual ya ha sido reconocida, y en consecuencia no existen acciones que pudieren repercutir en su popularidad.
106. Asimismo, el valor de su libro “Las Aventuras de Avi” es intrascendente puesto que, éste se realizó con la única finalidad de promover la educación cultural en Davos y las pocas copias que se pusieron en venta por cuenta del autor tenían la finalidad de promocionar la obra [Cláusula PRIMERA, I) y III)], siendo sumamente cotizados [Hechos 29]. Por lo que en ese sentido no existen más ingresos que puedan dejarse de percibir en virtud de la venta del libro.
107. En ese orden de ideas el Tribunal Arbitral debe observar la falta de fundamento serio para que el presente proceso se desarrolle de forma confidencial, contraviniendo la obligación de transparencia y de rendirle cuentas a la población. Recordando el principio de supremacía del bien común sobre el particular.

A) La cláusula arbitral no establece el alcance de la confidencialidad por lo que es susceptible de interpretación por el tribunal arbitral

108. En segundo lugar, la parte actora señala que la cláusula arbitral incorporada en el contrato de obra literaria por encargo establece que el arbitraje que podría desarrollarse ante la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala —CRECIG— será

confidencial [Cláusula OCTAVA], por lo que debe obedecerse en sentido estricto. Sin embargo, este término no es lo suficientemente claro y no señala los alcances que tiene dicha confidencialidad.

109. Bajo este supuesto, la doctrina arbitral ha manifestado que aún en los casos de un acuerdo expreso de confidencialidad de las partes sometidas al arbitraje "*esos acuerdos no abarcan ni cubren todos los temas, sino que son sujetos a interpretación a la luz de los hechos y las circunstancias en los que el acuerdo de confidencialidad fue realizado y teniendo en cuenta los principios y propósitos del arbitraje*" [Gaffney, 2003, p.5.] [Traducción propia]. En el presente caso el Tribunal Arbitral debe observar que el proceso debe desarrollarse teniendo en cuenta el interés público y la transparencia en el Davos.
110. La Comisión de Arbitraje de la CCI, respecto del arbitraje con partes estatales, ha indicado que los Estados o entidades estatales y sus contrapartes contractuales privadas pueden ponerse de acuerdo sobre una mayor transparencia o confidencialidad en los acuerdos arbitrales, por ejemplo, previendo que la adjudicación, los procedimientos o las presentaciones de las partes se hagan públicos. No obstante: "*El grado acordado de confidencialidad o transparencia puede modificarse en el curso de los procedimientos.*" [Reporte de la ICC, p. 3] [Traducción propia] por lo que existe posibilidad que el alcance de la confidencialidad acordada en el presente caso pueda modificarse atendiendo a la interpretación que el Tribunal Arbitral le dé.
111. En consonancia a esta tesis, es necesario mencionar los casos *Lawrence E. Jaffee Pension Plan v. Household International Inc* y *Urban Box Office Network v. Interfase Managers*, en los que, a pesar de la existencia de un compromiso de confidencialidad, los tribunales discutieron la pertinencia de su aplicación, modificando la eficacia del pacto expreso de confidencialidad.
112. Pero tal vez el caso con más resonancia es el conflicto de *Associated Electric & Gas Insurance Services (AEGIS) Ltd v European Reinsurance Co of Zurich*, que trata el tema de las cláusulas de confidencialidad expresas en un acuerdo de arbitraje, el cual ha demostrado que dicha cláusula no es absoluta, ya que podría revertirse dependiendo de la interpretación que los tribunales le den.
113. De ello se deduce que cuando la confidencialidad se establece expresamente en el acuerdo, su conservación no está garantizada a menos que el término sea tan detallado como para excluir una interpretación estrictamente literal [Noussia, 2010, p. 56]
114. En virtud de esa relación de hechos en el presente caso el interés público y la transparencia son elementos primordiales que el Tribunal Arbitral debe considerar para interpretar el pacto de confidencialidad incorporado en la cláusula arbitral y en consecuencia conceda autorización para hacer públicos los datos y memoriales del arbitraje, pues se trata de un caso de contratación pública con el Estado.

B) El presente caso es de interés público

115. La tendencia actual en el arbitraje comercial internacional consiste en trazar una distinción entre la privacidad indiscutida de la audiencia y la confidencialidad del proceso arbitral en su conjunto. Los arbitrajes en los que existe un verdadero interés público, en el sentido de que la decisión del tribunal arbitral de algún modo afectaría al público general, parecen haber influido considerablemente en esta tendencia [Redfern & Hunter, 2006, p. 93].

116. La parte actora en ese sentido, comete el craso error de tratar con sinonimia estos términos. Si bien la privacidad, entendida como el ambiente en el que se desarrolla el arbitraje, está garantizada en virtud del Reglamento de Arbitraje de CRECIG y de la *lex arbitri*, la confidencialidad no cuenta con asidero legal alguno. Y como se mencionó con anterioridad, el hecho de incorporar expresamente una cláusula de confidencialidad en el acuerdo arbitral no es absoluta, además, cuando es tan abierta como en el presente caso es susceptible de interpretación por el Tribunal Arbitral.
117. Aunque no exista un concepto universalmente admitido sobre lo que constituye la expresión “interés público”, se puede convenir que por tal se entiende todo aquello que afecta a los ciudadanos como partes inherentes de una colectividad sobre la que planean intereses generales, y que, por tanto, éstos tienen derecho a conocer datos relacionados con el presente proceso arbitral, como sujetos libres de una sociedad democrática. La única excepción al interés público es que los datos estén clasificados como secretos oficiales [Merino Marchán, s.f., p.23].
118. El interés público, de este modo, interpretado correctamente es motivo suficiente para que el Tribunal Arbitral conceda la autorización solicitada. Esto fue considerado por la jurisprudencia internacional, trayendo a colación de nuevo el caso de *Esso Australia Resources Ltd v. The Honourable Sidney James Plowman*, disputa que involucraba al Ministro de Energía y Minerales australiano en un conflicto concerniente a utilidades públicas y en donde la Corte estimó que la confidencialidad no era un requisito esencial del arbitraje, más aún cuando es notoria la existencia de un interés general en el proceso, como la actuación de entidades públicas. En este caso en específico prevaleció “*el interés legítimo del público en obtener información relativa a los asuntos de las autoridades públicas.*”
119. El juez Mason, presidente de la Corte Suprema sobre este punto manifestó que: “*Los tribunales han coincidido en distinguir entre secretos de Estado y secretos personales y comerciales..., la Justicia debe abordar la divulgación de información del gobierno ‘desde una perspectiva diferente’.*” Son estos secretos de Estado entonces, la única limitante al interés público en materia de arbitraje con el Estado, no constando información alguna sobre la existencia de éste en el presente caso.
120. En esa misma línea argumentativa, en el caso *Commonwealth of Australia V. Cockatoo Dockyard Pty Ltd*, en donde estaban en juego cuestiones ambientales y de salud pública, el Tribunal de Apelaciones afirmó que: “*Si bien el arbitraje privado suele ofrecer la ventaja de asegurarle a las partes un alto nivel de confidencialidad para las actuaciones, cuando una de las partes involucradas es un gobierno o un órgano gubernamental, ni el acuerdo de arbitraje ni las facultades procesales generales del árbitro se extenderán con un alcance tal que pueda imponerles a la parte oficial un régimen de confidencialidad o secreto que efectivamente destruya o restrinja el deber general del gobierno de perseguir el interés público*”. El pacto de confidencialidad en nuestro caso siguiendo éste criterio no puede extenderse hasta el punto de restringir la obligación que tiene el gobierno de Davos de perseguir el interés público.
121. Por lo que, siguiendo esta línea de pensamiento, se concluye que todos los ciudadanos de Davos tienen derecho a conocer los litigios que sus distintos representantes manejen bajo sus funciones. La defensa del interés público constituye un límite insoslayable de la confidencialidad en los arbitrajes en los que interviene el Estado y sus organismos públicos.

C) El proceso arbitral debe ser público por razones de transparencia

122. La transparencia por su parte no está claramente definida en el derecho internacional. Sin embargo, se puede asegurar que es un concepto centrado en la información, pues se basa en la apertura y el acceso a la información, visto como un sistema de responsabilidad global, más democrático y más legítimo de la globalización y la gobernanza. En el ámbito arbitral, implica la divulgación de documentos u otros materiales. [Carmody, 2016, p. 96.]
123. Al respecto, la doctrina afirma que cualquier intento de definir la transparencia en el contexto del arbitraje reúne dos conceptos diferentes pero interconectados: El acceso público y la divulgación [Rogers, 2004, p. 54].
124. El acceso público se refiere al derecho individual que tienen los ciudadanos en Davos de acceder a la información pública, lo que permite el escrutinio abierto de los funcionarios públicos contra el mal uso del poder. El acceso es esencial para una mayor transparencia en el arbitraje internacional [Rogers, 2004, p. 54].
125. Por su parte, la divulgación tiene como objetivo general proteger o satisfacer el interés público. Cualquier divulgación de información confidencial siempre debe estar restringida a la información específicamente necesaria para proteger o satisfacer el interés público [García Da Fonseca & De Luiz Correia, 2013, p. 137.] Es aquí en donde estos elementos confluyen en *pro* de la colectividad, la divulgación de los datos y los memoriales relativos al presente proceso arbitral permiten el escrutinio de los ciudadanos en los litigios en los que el Estado es parte, con el objeto de fiscalizar la labor de los funcionarios e identificar el destino de los fondos públicos.
126. En ese sentido, la Ley de Acceso a la Información Pública prevé en el artículo 3 el principio de Transparencia en el manejo y ejecución de los recursos públicos y actos de la administración pública; por lo que, considerando el supuesto no consentido de que este Tribunal Arbitral condene al Estado de Davos, los ciudadanos tienen derecho de saber en qué se destinan sus contribuciones. Toda vez, que serían ellos los que pagarían, a fin de cuentas. Por lo que en virtud de esto debe concederse la autorización solicitada por la PGN.

VI. EL MINISTERIO DE CULTURA DEL ESTADO DE DAVOS ES QUIEN DEBE COMPARECER A LA PRESENTE CONTROVERSIA COMO DEMANDADA Y NO EL ESTADO DE DAVOS

127. Si bien es cierto, en el contrato de obra literaria por encargo el viceministro de cultura Juan Hunter comparece en representación del Estado de Davos, atendiendo al principio de autonomía del pacto arbitral, mediante el cual éste se entiende separable del contrato, debe observarse que la cláusula escalonada consigna específicamente que será “*El Ministerio de Cultura de Davos y Max Gaillard*” los que resuelvan las disputas, controversias o reclamos relativos al contrato, en primer lugar mediante Arreglo Directo y posteriormente por Arbitraje.
128. En ese sentido la naturaleza convencional de la cláusula compromisoria se traduce en su efecto relativo, a saber, que ella no hace sino vincular a las partes que expresaron tal voluntad [Dimolitsam 2008, p. 56].

129. En el caso que nos ocupa, la parte actora se ha acogido en la falta de personalidad jurídica de los Ministerios de Estado, por ser órganos administrativos centralizados, que tienen por objeto el despacho de los negocios del Organismo Ejecutivo [Memorial de demanda, 74] para fundamentar el hecho que la demanda se dirija en contra del Estado de Davos y no del Ministerio de Cultura.
130. No obstante, tal como afirma la doctrina arbitral, cuando un no signatario es un Estado al intentar acogerse en la teoría del levantamiento del velo social y del alter ego: “*de la misma manera en que un simple dominio de la sociedad filial por parte de la matriz no alcanza para hacer que ésta sea considerada como parte de un arbitraje, la tutela de un ente público por el Estado no alcanza, tampoco y por sí misma, para aceptar la atracción de este último al arbitraje*” [Dimolitsam 2008, pp. 69-70].
131. Algunos ejemplos de laudos y fallos judiciales que involucran a Estados no signatarios en un arbitraje son bien conocidos en la bibliografía arbitral. Avocándonos a la más reciente saga del caso *Dallah Real State and Tourism Holding Company v. Gobierno de Pakistán, Ministerio de Asuntos Religiosos*, mediante el cual un tribunal arbitral de la CCI dictó en París tres laudos en el caso. En el primer laudo y el que nos interesa en el presente caso, el tribunal rechazó el cuestionamiento de competencia efectuado por Pakistán, que se declaraba ajeno al contrato que contenía la cláusula compromisoria, concluido entre Dallah y un *trust* constituido por una ordenanza del presidente de la República de Pakistán.
132. La High Court de Londres anuló la autorización inicial de ejecución de los laudos en el Reino Unido decidiendo, el 1 de agosto de 2008, que los árbitros no eran competentes *ratione personae* respecto de Pakistán, lo que fue confirmado por la Cámara de Apelaciones de Londres el 20 de julio de 2009, y luego por la Corte Suprema del Reino Unido el 3 de noviembre de 2010.
133. La Corte Suprema concluyó precisamente que hay una diferencia considerable entre la constatación (y la prueba correspondiente) de que una de las dos partes del contrato es el alter ego del contrato de una tercera persona, y la constatación de una intención común entre la otra parte del contrato y la tercera persona de estar ligadas por el mismo.
134. Por lo que no es suficiente con que el demandante acredite que el Ministerio de Cultura como órgano administrativo descentralizado, carece de personalidad jurídica y en consecuencia es el alter ego del Estado de Davos. Es necesario establecer fácticamente la relación del Estado de Davos con el conflicto existente entre las partes y el hecho de estar ligado con Max Gaillard en virtud del contrato de obra literaria por encargo.
135. Por lo que, de acuerdo a esta línea de pensamiento, debe observarse que si bien es cierto la resolución administrativa que originó el conflicto fue dictada en el ejercicio de la soberanía estatal, ésta fue propulsada por el Ministerio Fortier con la finalidad de con el resto de ejes que había prometido al inicio de su gestión [Hechos 33]. De la misma manera, en el caso *Dalla*, la Corte constató la implicación del Gobierno en la ejecución del *Agreement* (contrato concerniente al proyecto de construcción en la Meca de alojamientos para 45.000 peregrinos pakistaníes y su locación por Dallah al trust), pero la consideró normal y sin incidencia sobre la reflexión referida a la intención común.

CONCLUSIONES DE LA PARTE PROCESAL

- 136.** En resumen, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Davos es el competente para conocer el reclamo de Max Gaillard, por tres razones, las cuales deben tomarse una en subsidio de la otra. Primero, la cláusula arbitral que se incluye en el contrato es inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Davos y asumir las funciones de éste tribunal. Segundo, es inaplicable ya que es discrecional, facultativo, por tanto, al ser el arbitraje una manifestación de la voluntad de las partes, si el Estado no consiente acudir a éste método de resolución de controversias, el competente es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Tercero, el acto reclamado por Max Gaillard consiste en un acto exorbitante dictado por el Estado en ejercicio de su soberanía y sujeto solamente al control administrativo y judicial que establece la ley y la Constitución. No obstante, a pesar de ello, el autor tenía la obligación de impugnar la resolución que ordenó la creación de las pequeñas estatuas de ‘Avi’, por medio del recurso de reposición, al no hacerlo en el plazo que establece la ley, la resolución quedó firme.
- 137.** Aún si la Cláusula Arbitral fuese aplicable y ejecutable, el presente Tribunal Arbitral de la CRECIG no tiene competencia *ratione materiae* ni *ratione voluntatis*, toda vez que por lo antes expuesto los derechos morales son inarbitrables, asimismo, no debe considerarse inmersa en la cláusula arbitral las cuestiones sobre propiedad intelectual pues no fue esa la voluntad de las partes. Por otro lado, el Tribunal debe autorizar la solicitud de publicidad de datos y memoriales de los arbitrajes celebrados con el Estado y admitir al Ministerio de Cultura de Dav

SEGUNDA PARTE: ARGUMENTOS DE MÉRITO

- 138.** Para el caso hipotético de que el presente Tribunal Arbitral se declare competente para conocer el presente asunto, el Estado de Davos responde, subsidiariamente, las alegaciones de fondo de Max Gaillard. En ese sentido, en primer lugar, se establece que el verdadero trasfondo de la venta de las estatuas no es comercial, sino que busca fines mucho más elevados, como el desarrollo social, la promoción de la creatividad intelectual y la salvaguarda del acervo cultural de la Nación **(VII)**. En segundo lugar, se acreditará que, al analizar el caso, en tres simples pasos, se puede concluir que la venta de las estatuas significa una reproducción legalmente permitida de la obra **(VIII)**. En tercer lugar, que el interés general de los habitantes de Davos debe prevalecer sobre el interés particular de Max Gaillard **(IX)** y por último que la alegada modificación de la obra es sustancial y no afecta de ningún modo el honor y reputación del autor **(X)**.

VII. EL VERDADERO TRASFONDO DE LA PRODUCCIÓN Y VENTA DE LAS ESTATUAS NO ES COMERCIAL, SINO QUE BUSCA FINES MUCHO MÁS ELEVADOS

- 139.** En el presente caso, la parte actora sustenta su demanda en reclamaciones sobre materia de derecho de autor, al sentirse vulnerado en virtud de la producción y venta de las pequeñas estatuas de ‘Avi’ la marmota. Al respecto debe considerarse que la producción de estatuas (que se colocaron en parques, plazas, calles y aeropuerto) se hizo en aras de fomentar la cultura en

Davos, contribuir al desarrollo social y a la promoción de la creatividad intelectual. En ese sentido, el acervo cultural de la Nación se ha visto acrecentado en virtud de estas acciones.

140. Asimismo, la población se siente cada vez más identificada con éste icono cultural del país. Comparando la marmota incluso con el oso de Berlín [Hechos 31], una escultura en forma de oso en escala real de aproximadamente dos metros de alto (igual a la de Avi) por 1.20 metros de ancho, construida con material sintético y fibra de vidrio, originalmente creada por los artistas alemanes Eva y Klaus Herlitz en 2001. En las calles y plazas de Berlín se pueden encontrar centenares de *Buddy Bär* pintados con diferentes motivos y, desde 2002, más de 140 países alrededor del mundo también los han adoptado como símbolo de paz, tolerancia y libertad entre los pueblos, con lo que se promueve la paz entre las naciones.
141. En el presente caso, la venta de las pequeñas estatuas en nada perjudica al autor, a sus libros y en consecuencia a él como escritor. Toda vez que la misma no tiene como finalidad una competencia directa con el autor, con la venta de sus libros y, al contrario, contribuye a enraizar su imagen. Ésta se realiza por razones de utilidad, con el objeto que el Ministerio incremente sus ingresos y pueda cumplir con el resto de ejes planteados al inicio de la gestión.

A) La producción y venta de las estatuas tiene como finalidad la promoción de la creatividad intelectual en Davos y el desarrollo social

142. Estos conceptos deben analizarse conjuntamente, toda vez que la promoción de la creatividad intelectual en un Estado indefectiblemente contribuye al desarrollo social en general.
143. Si bien es cierto, la creación de una obra suele originarse e ir acompañada de un interés por buscar, captar y transmitir conocimiento, su mayor o menor desarrollo depende de las circunstancias particulares de cada uno y del entorno socio histórico en el que le ha correspondido vivir. Así, la tendencia natural a conocer y a transmitir lo conocido tendrá más posibilidades de concretarse en creaciones si la persona, o creador en potencia, ha crecido en un ambiente en el que se promueve la difusión del conocimiento mediante, por ejemplo, buenos hábitos de lectura, transmisión oral de tradiciones e historias, políticas para ampliar el acceso a la cultura, etc. [Córdoba-Marentes, 2014, p. 228].
144. Por lo que, si bien el Ministerio de Cultura tenía la intención de promover la educación cultural en Davos por medio de una obra literaria con ese carácter, el resto de ejes planteados y las funciones generales del Ministerio entre los que se encuentra propiciar una sociedad más culta, tendrá más posibilidad de concretarse si se promueven políticas para ampliar el acceso e interés en la cultura.
145. Al contrario, esa inclinación natural a la búsqueda del bien básico que es el conocimiento tendrá un avance inferior en sociedades —y en miembros de estas— en las que se evidencie la carencia de políticas e iniciativas para el fomento de la cultura y la lectura [Córdoba-Marentes, 2014, p. 228]. Siendo ésta una de las funciones esenciales del Ministerio de Cultura de Davos que de acuerdo al artículo 31 literal a) se encarga de: *“Formular, ejecutar y administrar descentralizadamente la política de fomento, promoción, y extensión cultural y artística, de conformidad con la ley”*.
146. En ese sentido se ha afirmado que: *“la cultura y las políticas culturales son una herramienta que maximiza —socialmente— la política social y que, en un proceso de retroalimentación,*

amplía el capital cultural (bienes y servicios tangibles e intangibles culturales) y construye más capital social (confianza, solidaridad, cooperación), abriéndose así un círculo virtuoso a favor del desarrollo que, de ser institucionalizado, puede implicar un proceso de aprendizaje intergeneracional, es decir, sustentable.” [Váldes & Rogel, p. 16.]

147. Por lo que es evidente que el proyecto del Estado de Davos es una de las empresas de difusión cultural más grandes jamás emprendida por la humanidad y en tal sentido merece ser exaltada, patrocinada y apoyada.

B) La producción y venta de las estatuas tiene, además, la finalidad de salvaguardar el acervo cultural de la Nación

148. Al tiempo que no se puede negar que la obra está ligada, de una u otra forma, a Max Gaillard, ello no implica, que el solo hecho de la creación de la obra haga surgir un vínculo de naturaleza jurídica entre el autor y el producto resultante de su intelecto.
149. Se puede observar que los bienes utilizados en la producción de la obra, su materia prima (conocimientos, cultura, memoria, etc.) son *res in commune*, por lo que no podrían ser apropiados individual y arbitrariamente, sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen y sin referencia a su bien común [Córdoba-Marentes, 2014, p. 232].
150. Por lo que si bien, la legislación dota y premia la creatividad del autor concediéndole una gama de derechos morales y patrimoniales sobre su obra, es posible afirmar que, en el campo de la llamada propiedad intelectual, se puede constatar que en la labor de creación de una obra se utilizan elementos que provienen del acervo cultural (ideas, conocimientos, memoria, habilidades transmitidas, etc.), y para la realización de “Las Aventuras de Avi” la posible inspiración en cuentos mitológicos de la Unión de los siete puertos [Aclaratorias 22]. En ese sentido la producción y venta de las estatuas de ‘Avi’ la marmota ha servido también para acrecentar el acervo cultural.
151. En esa línea de pensamiento, se sostiene que la propiedad del autor sobre su obra, después de todo favorecida por el acervo común preexistente, tendrá una índole similar a la fiduciaria, que supondrá de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente en la consecución de ese valor básico que es el conocimiento [Finnis, 2011, p. 173].

VIII. LA REGLA DE LOS TRES PASOS DEBE SER APLICADA AL PRESENTE CASO E INTERPRETADA DE EQUILIBRADA

152. La propiedad intelectual en todos los regímenes legales por excelencia, tiene dos fundamentos prácticos, puestos en una balanza, ellos deben nivelarse mutuamente puesto que los dos contribuyen a la expansión cultural. De un lado el Estado reconoce un monopolio para la explotación de la obra, aunque de carácter temporal, sólo a favor del autor, esto con el objeto de premiar y reconocer su esfuerzo creativo (eso impulsa a otros a crear obras también). No obstante, lo anterior, al mismo tiempo el Estado es consciente de que para garantizar la transmisión del conocimiento se hace necesario que terceras personas puedan tener acceso a dichas obras sin necesidad de autorización del titular [Sánchez Iregui, (s.f.)].
153. Las llamadas limitaciones o excepciones de derecho de autor, son eventos en los que, o bien se excluye de la protección a determinadas obras, o bien en los que el uso de ésta, es permitido

por los usuarios sin requerir la previa y expresa autorización de su autor o titular, lo cual constituye un recorte parcial a alguno de los derechos concedidos a los autores para el interés público con fundamento en el acceso a la educación, la cultura o la libertad de expresión [Énfasis propio] [Melo Sarmiento, 2018, p. 110].

154. Tal como se estableció con anterioridad, la producción y venta de las estatuas más allá de analizarse como una magnífica oportunidad del Ministerio para obtener ingresos, perseguía fines más elevados como el desarrollo social, la promoción de la creatividad intelectual y la salvaguarda del acervo cultural de la Nación. Así como por razones de utilidad.
155. Si bien el Convenio de Berna para la Protección de las obras Literarias y Artísticas dispone en el artículo 9.1 el derecho de los autores de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, también regula la “Regla de los Tres Pasos” en el artículo 9.2 que constituye la limitación a ese derecho y dispone que: *“se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*.
156. El precepto ha sido reproducido en una serie de instrumentos internacionales, entre los que destacan: el art. 13 del Convenio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, el art. 10 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor; el art. 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas; y el art. 5 numeral 5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor.
157. En ese sentido, la necesidad de buscar un equilibrio entre los distintos intereses que confluyen en los diferentes sistemas de protección de las obras ha quedado registrada en las menciones que se han hecho en los instrumentos internacionales que han acogido la Regla de los Tres Pasos. En particular, el artículo 7 del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad relacionados con el Comercio, se ha establecido que la protección de la propiedad intelectual debe favorecer *“el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”*. En un sentido similar, en los preámbulos del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, el Tratado de Beijing y el Tratado de Marrakech, las partes han reconocido la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los titulares y el interés público en general.
158. Por lo que en el presente caso la interpretación que el Tribunal Arbitral le dé a la Regla de los Tres Pasos debe atender a estas consideraciones sobre la naturaleza de la misma.

A) De acuerdo a la doctrina europea sobre propiedad intelectual la regla de los tres pasos debe interpretarse de forma equilibrada

159. La parte actora dentro del presente proceso ha argumentado que la “Regla de los Tres Pasos” debe ser interpretada de forma restrictiva, pretendiendo que el Tribunal Arbitral se limite a observar los límites estrictamente establecidos en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el artículo 63. Ignorando los objetivos y propósitos de la Regla, así como la necesidad de buscar un equilibrio entre los intereses de las partes.

160. Al respecto, en tiempos recientes distintas propuestas de relectura de la Regla han sido desarrolladas por la doctrina europea con el objeto que constituya una importante herramienta jurídica destinada a asegurar una aplicación ponderada de los límites, dotando el sistema de mayor flexibilidad.
161. En ese sentido, el *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition* uno de los institutos de Propiedad Intelectual más prestigiosos del mundo y la *School of Law at Queen Mary, University of London*, han emitido una declaración que aglutina a los más prestigiosos académicos de Europa en materia de Propiedad Intelectual.
162. Mediante esta declaración han abogado por abandonar la idea de la interpretación restringida de la Regla de los Tres Pasos por una que comulgue “con sus objetivos y propósitos” y han resaltado el interés público que asiste a las normas de derecho de autor que no se aplica cuando se tiene en cuenta exclusivamente los intereses de los titulares.
163. En el prefacio se establece que la “Regla de los Tres Pasos” ha demostrado ser un medio efectivo para evitar una aplicación excesiva de las limitaciones y excepciones. Sin embargo, no existe ningún mecanismo complementario que prohíba una aproximación indebidamente rígida o restrictiva a las mismas. Por este motivo, la Regla debería ser interpretada de manera que asegure una aplicación adecuada y equilibrada de las limitaciones y excepciones [Declaración, p. 1]. Ello es esencial para conseguir un equilibrio de intereses efectivo. Como el interés de la población de Davos de acceder a la cultura.
164. El derecho de autor en ese sentido persigue favorecer el interés público, ofreciendo incentivos importantes para la creación de obras protegidas y para su diseminación entre el público en general. Tales obras sirven para satisfacer necesidades comunes, ya sea por sí mismas o como base para la creación de otras obras. Sin embargo, el interés público sólo se ve verdaderamente servido si el derecho de autor ofrece incentivos apropiados para todas las partes involucradas. En consecuencia, el derecho de autor debe acomodar los intereses de los titulares originarios y los intereses de quienes adquieren derechos a raíz de la comercialización o explotación de la obra [Declaración, p. 1]. En este caso la población en Davos en general y en los demás países de la Unión de los siete puertos.
165. El interés público no queda bien servido si el derecho de autor, al establecer los incentivos para los titulares, desatiende los intereses más generales de los individuos y colectivos que componen la sociedad [Declaración, p. 2]. De este modo, cuando en el caso concreto, se produce una fricción entre los intereses de Max Gaillard y los del público en general, es necesario hacer un esfuerzo para equilibrarlos y luego sopesarlos en aras de del bienestar social.
166. Tal como afirma la Declaración aludida, el hecho de que la Regla de los Tres Pasos restrinja las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos a determinados casos especiales no impide: “(a) *Que los legisladores introduzcan limitaciones y excepciones abiertas, en tanto que el alcance de tales limitaciones y excepciones sea razonablemente previsible; o (b) Que los tribunales: (b.i) Apliquen analógicamente (mutatis mutandis) limitaciones y excepciones legalmente previstas a circunstancias fácticas similares; o (b.ii) Creen otras limitaciones o excepciones*” [Declaración, p. 4].
167. Por lo que el presente Tribunal Arbitral debe tomar en cuenta estas consideraciones al momento de resolver en el presente caso, ponderando los intereses legítimos de la colectividad, incluidos

los derivados de derechos humanos y libertades fundamentales, en especial el acceso y desarrollo cultural, social y económico.

B) Los criterios jurisprudenciales en Europa aplican la Regla de los Tres Pasos con un enfoque flexible

168. Las tendencias jurisprudenciales europeas aplicando la Regla de los Tres Pasos de forma más flexible atienden a las reformulaciones que doctrinalmente ha tenido la Regla, a fin de que ésta se convierta en un instrumento más equilibrado de aplicación de los límites al derecho de autor, y que el presente Tribunal Arbitral deberá observar para resolver el caso en cuestión.
169. *Contrariu sensu* a los casos en los que la parte actora fundamenta la inaplicabilidad de la Regla, en los que se adopta una interpretación excesivamente restrictiva, lo cual puede ser especialmente dañoso al interés público, pues no garantiza el acceso a la cultura.
170. De este modo el caso *Megakini vs. Google* es uno de los más relevantes en la actualidad en materia de interpretación de los límites a la propiedad intelectual, siendo considerado un importante hito en la aplicación flexible de la regla del art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual de España.
171. La controversia se inició cuando el administrador de la página web “www.megakini.com” demandó a Google por la reproducción no autorizada, a través de su conocida herramienta de búsqueda, tanto de fragmentos de la referida página web como de su copia “caché”.
172. La Audiencia Provisional en su fallo consideró que las conductas de Google carecían de entidad suficiente como para que fuesen consideradas infracciones a los derechos de autor. De acuerdo con la Audiencia: “*Si bien, aparentemente, la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual en el capítulo segundo de su Título III, ello admite algunas matizaciones.*”
173. En ese sentido, el tribunal argumentó que la regla del art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual: “*que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación)*”.
174. Esto adquiere especial relevancia en el caso que nos ocupa, pues, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos aplicable a la controversia regula en el art. 4 lo que por “Usos honrados” debe entenderse y establece que significan: “*Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio a los intereses legítimos del autor*”. Símil a lo dispuesto en el art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual española y con la misma funcionalidad hermenéutica de acuerdo a la doctrina. No obstante, a la luz de casos como el de *Magakini v. Google* es necesario que se haga una relectura de la norma.
175. La Audiencia Pública de Barcelona, al respecto señaló que la norma del art. 40 bis puede ser usada para reinterpretar los límites y permitir conductas que, aunque no estén previstas en ley, son admisibles por resultar inocuas para los autores o titulares de derechos.

C) A luz de estos criterios la conducta de la parte demandada es inocua para Max Gaillard y debe ser analizada bajo los criterios de la Regla de los Tres Pasos

1. La venta de las estatuas significa una reproducción legalmente permitida de la obra puesto que se trata de un caso especial

176. La doctrina ha afirmado que con esta primera condición no se está requiriendo que las excepciones y limitaciones se refieran solo a casos específicos y precisados, sino más bien, que se diferencien de la generalidad, porque son adecuadas y propias para lograr un objetivo o porque están destinadas para un determinado fin, verbigracia: una política pública [Martínez-Marentes, 2018, p. 85].
177. En este caso, nos encontramos presentes ante un caso especial, que se distingue de la generalidad, recordando que el verdadero trasfondo de la venta de las estatuas no era comercial, sino el desarrollo social, la promoción de la creatividad intelectual y la salvaguarda del acervo cultural de Davos. Así como la intención del Ministerio de obtener ingresos con el objeto de cumplir con el resto de ejes planteados al inicio de la gestión, por lo que dicha conducta es adecuada y propia para alcanzar un fin.
178. Por tanto, este primer paso no excluye la posibilidad de adoptar excepciones de carácter abierto, como el *fair use*, siempre y cuando sus términos respeten todas las condiciones de la Regla. Asimismo, al considerar la finalidad antes descrita, habrá de examinarse si ésta ayuda a concretar los fines últimos de todo derecho, esto es, la realización del bien común [Córdoba-Marentes, 2015, pp. 201-212]. Al respecto el Tribunal Arbitral debe observar que las políticas adoptadas por el Ministerio de Cultura precisamente buscaban el beneficio de la colectividad en aras de alcanzar una sociedad más culta, asimismo, por razones de utilidad pública.

IX. La venta de las estatuas no interfiere con la explotación normal de la obra

179. Respecto a esta segunda condición lo “normal” no debe identificarse con lo absoluto o lo ilimitado y pleno. Desde la perspectiva normativa y de razonabilidad, este segundo juicio supone, definir qué es una “explotación normal” a la luz de la finalidad y el contenido esencial de los derechos involucrados [Córdoba-Marentes, 2015, p. 212-233].
180. A este respecto, el Grupo Especial de la OMC entendió que, aunque se pudiera analizar el tema desde una perspectiva empírica o cuantitativa según la cual se consideraría “explotación normal” de una obra cualquier utilización que pudiera generar beneficios económicos para los autores o titulares de derechos lo cierto es que no toda utilización de la obra por terceros atenta o va en detrimento de dicha explotación normal.
181. A la luz de este entendimiento del Grupo, explotación normal de la obra no debe significar explotación plena y exhaustiva por parte del autor, del mismo modo que no toda utilización de la obra por parte de terceros debe considerarse necesariamente atentatoria a dicha explotación.
182. De lo contrario, el Grupo entiende que “*apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos*”

183. De ese modo, para que un límite atente contra la explotación normal de una obra debe existir, por parte de Max Gaillard, además de una expectativa razonable de obtención de un beneficio económico relevante, una afectación sustancial del mercado real o potencial de la obra.
184. Esa afectación sustancial del mercado se verifica por la existencia de competencia económica entre las utilidades amparadas por el límite y los actos de explotación de la obra en el mercado en cuestión.
185. Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, el libro “Las Aventuras de Av” cuyo mercado relevante no es el público en general, sino que un público especializado (escuelas primarias del país) y los pocos ejemplares en venta fueron cotizados [Hechos 23, 29], un límite que permitiera la reproducción y venta de las estatuas de ‘Avi’ la marmota, superaría el criterio de la “explotación normal de la obra”, pues no se estaría perjudicando el mercado en el que el libro se explota de forma natural.
186. De todos modos, para la verificación de la afectación sustancial del mercado de la obra que alega la contraparte, Max Gaillard deberá, siguiendo la regla general del derecho civil patrimonial, aportar las pruebas acreditativas del alegado perjuicio, sobre la base de elementos precisos, tales como estudios económicos y datos estadísticos lo cual no ha expresado en su memoria de demanda.

X. La venta de las estatuas tampoco causa perjuicio a los intereses legítimos de Max Gaillard

187. Este criterio supone un ejercicio de razonabilidad. Por tanto, la expresión “intereses legítimos” debe entenderse sinónimo de “derechos” o intereses protegidos, en la medida en que ellos se circunscriban a su ámbito formal y no al material.
188. Para que un interés del autor sea legítimo se hace necesaria la ponderación de dichos intereses con otros intereses de terceros que sirven de fundamento para la existencia de un determinado límite. Ese sería el caso, por ejemplo, del límite establecido a favor de la producción y venta de las estatuas, que pretende conciliar el derecho de autor con intereses sociales como la cultura y la utilidad pública.
189. De acuerdo con Ginsburg, la solución equilibrada sería la siguiente: *“(…) cuando los intereses de los titulares de derechos pesan sensiblemente más que los de los beneficiarios, la excepción debe ser prohibida, cuando los intereses de unos y otros parecen sensiblemente equilibrados, se puede imponer una licencia obligatoria y cuando los intereses de los beneficiarios rebasan ampliamente los de los titulares de derechos, debe permitirse una excepción absoluta”*. [Ginsburg, p. 57]. Por lo que en este sentido debe dársele mayor ponderación al bienestar general de tener acceso a la cultura.
190. Por tanto, lo que busca el tercer criterio de la regla es ofrecer una garantía a todas las partes (autores y usuarios) de manera que se alcance un equilibrio entre los mismos mediante un juicio de ponderación entre sus respectivos intereses.
191. En tiempos modernos, Finnis ha desarrollado el concepto de acervo común como condicionante de la propiedad privada al afirmar respecto del titular de una cosa que, aunque detenta la posibilidad de usar esta para satisfacer, de manera razonable, sus necesidades y las de sus dependientes, ese mismo propietario debe tener presente que el resto de la propiedad y de sus

frutos los mantiene como parte del acervo común (*common stock*). Así, lo que inicialmente era común —las cosas en servicio de todos los hombres— ingresa a la órbita privada como consecuencia de algún acto de atribución, únicamente en la medida necesaria para satisfacer las propias necesidades, pero, en virtud del bien común, continúa haciendo parte de tal acervo común. El principal efecto de esta pertenencia al acervo común es que, aunque la cosa ha sido atribuida a una persona para su administración y control —pudiendo tenerla como propia—, ella no le pertenece para su exclusivo beneficio sino para el beneficio común [John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 173].

IX. LA PRODUCCIÓN Y VENTA DE LAS ESTATUAS DE ‘AVI’ DEBE ANALIZARSE ADEMÁS EN VIRTUD DE LA DOCTRINA DEL *IUS USUS INOCUI*

192. En el caso *Megakini vs. Google* analizado con anterioridad, no conforme con la sentencia de la Audiencia Provincial, la entidad demandante, interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El cual desestimó el recurso de casación basándose resumidamente en los fundamentos de derecho descritos a continuación y que adquieren especial relevancia en el caso que nos corresponde en virtud de los caracteres idénticos que podemos encontrar.
193. De acuerdo con el Tribunal, el factor decisivo de su decisión, consiste en la referencia de la Audiencia Provisional a la doctrina del “*ius usus inocui*” (derecho al uso inocuo del derecho ajeno) que, aunque no figure expresamente en la ley, se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico español tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
194. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inocui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas.
195. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluyó que la entidad demandante intentaba ejercer sus derechos en estricta observancia de lo expresamente previsto en ley, “como si todo aquello que no aparezca en la ley fuese inexistente”
196. Pese a haber llegado a tal conclusión, el Tribunal reconoció que la legislación aplicable a la materia puede suscitar dudas (antinomias jurídicas), las cuales deben ser solucionadas mediante la aplicación de normas de carácter más general que, a su vez, incorporan principios reconocidos por la doctrina científica y la jurisprudencia, como sería el caso de los principios de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho.
197. En el actual caso debe recordarse la configuración constitucional de la propiedad como un derecho que pretende el desarrollo nacional en beneficio de todos los davenses. Así como el fin supremo del Estado de Davos, el cual consiste en la realización del bien común, debiendo observarse el principio que el interés social prevalece sobre el interés particular del autor de acuerdo al artículo 1 constitucional.
198. Así pues, aunque los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, el Tribunal Supremo concluyó que ni el límite de las reproducciones provisionales, ni la “regla de los tres pasos” podrían excluir la aplicación al caso en cuestión de la doctrina del *ius usus inocui* y de los principios de la buena fe y de la prohibición del abuso de un derecho. La

decisión del Tribunal Supremo se funda más bien en el hecho de que la protección del derecho de autor y la excepcionalidad legal de sus límites no autorizan pretensiones abusivas dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio.

X. LA CREACIÓN DE ESTATUAS DE ‘AVI’ Y LA INCORPORACIÓN DE UNA SONRISA EN SU SEMBLANTE NO ANTENTA CONTRA EL DERECHO DE INTEGRIDAD DE LA OBRA PUES NO FUE SUSTANCIAL NI AFECTÓ A SU ESPÍRITU

199. En el supuesto que este tribunal se pronuncie sobre derechos morales de autor ante la reclamación de la incorporación de la sonrisa a ‘Avi’ la marmota en las pequeñas estatuas que pusieron en venta es preciso considerar que dicha sonrisa no vulnera de ninguna forma el honor ni la reputación del autor.
200. El Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas con todas sus enmiendas, en su Art. 6 prevé el derecho al respeto de la obra, donde se establece que el artista conserva: “*el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.*” [Énfasis propio].
201. En ese mismo sentido el art. 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos aplicable al caso que en su literal b) indica que el autor tiene la facultad de: “*Oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, sin su previo y expreso consentimiento o a cualquier modificación o utilización de la obra que la desmerezca o cause perjuicio a su honor o reputación como autor*” [Énfasis propio]
202. Configurándose a partir de estas dos disposiciones que para que en sentido estricto exista una vulneración al derecho de integridad de la obra no basta cualquier modificación o alteración. Sino, que es requisito *sine qua non* que dicha modificación cause un menoscabo al honor o reputación del autor.
203. No obstante, ante el reclamo de la parte actora que la conjunción disyuntiva “o” puede indicar alternancia y que en virtud de una interpretación literal de la norma cualquier deformación, mutilación o modificación puede dar lugar a una violación al derecho de autor, es menester mencionar el hecho de que el texto original del Convenio se redactó en inglés y francés, como explica el artículo 37.1 a) y que en caso de controversia sobre la interpretación de los distintos textos oficiales en otros idiomas, «hará fe el texto francés» (artículo 37.1 c). Y el texto en francés deja claro con el plural, que todos los actos descritos deben lesionar el honor y la reputación del autor: “*préjudiciables à son honneur ou à sa réputation*”
204. Conforme a esta postura legislativa, como lo ha señalado el Tribunal Supremo español: “la preservación de la integridad de la obra que ampara el derecho moral del autor, a tenor del artículo 6 bis del Convenio de Berna, no alcanza a evitar cualquier mengua sufrida por la obra, sino que opera frente a los atentados de su integridad que produzcan un real perjuicio en el “honor” o en la “reputación” del autor”
205. Los tribunales del Reino Unido han tenido oportunidad de analizar este supuesto. En el caso *Confetti Records Ltd. v. Warner Music UK Ltd*, que involucró una pieza de música de garaje compuesta por Andrew Alcee, titulada ‘Burnin’ que vendió a Confetti Records, quien dispuso la licencia de la canción al acusado. Warner Music produjo un álbum que incluye una versión

de la canción de Andrew. El compositor se negó a que una banda de rap utilizara su canción, a la cual añadían referencias a drogas y violencia por lo que alegó que su derecho de integridad había sido infringido. Analizando el caso a la luz del art. 6 del Convenio de Berna, se le requirió al compositor prueba de que efectivamente se había producido un daño a su reputación, concluyendo que un autor puede negarse a la distorsión, mutilación o modificación de su trabajo sólo si ésta perjudica su honor o reputación. Y es que, según el criterio del tribunal, el mero hecho que un trabajo sea modificado no es causal suficiente para que exista un daño indemnizable. Por lo que se resolvió desestimar el reclamo, en tanto no había evidencia alguna de perjuicio al honor del compositor.

206. Se entiende entonces, que se exige un elemento volitivo de dañar, bien sea el honor o la reputación del autor. Situación que no se presenta en el presente caso.

CONCLUSIONES DE LA PARTE DE MÉRITO

207. En resumen y a la luz de los argumentos vertidos, la finalidad de la venta de las estatuas de ‘Avi’ la marmota no era estrictamente comercial, sino tenía un trasfondo social y cultural en aras de motivar la creación intelectual en Davos, acrecentar el acervo cultural y seguir aportando a la autodeterminación de la población.

208. Asimismo, la Regla de los Tres Pasos debe ser aplicada en el caso en cuestión tomando en consideración los intereses de ambas partes. Tal como lo ha manifestado la doctrina europea y como las tendencias jurisprudenciales también en estos países lo han concebido. Debe atenderse, además, el interés público y el principio de supremacía del bien común sobre el bien particular, sobre todo cuando la reproducción y venta de las estatuas es inocua para el autor, en aras de limitar el abuso en el ejercicio de un derecho.

209. Por último, ante el supuesto que la parte actora quisiera manifestarse sobre vulneración a la integridad de la obra al incorporarle una sonrisa al semblante de ‘Avi’ la marmota, debe analizarse que de acuerdo a la legislación aplicable al caso y a la tendencia jurisprudencial, que la modificación a una obra debe atentar contra el honor y reputación del autor para que pueda materializarse una violación de derecho. Situación que en el presente caso no se presenta, pues se trata de una modificación insustancial.

PETITORIO

Con base a la relación de hechos, derecho invocado y argumentos expuestos, el ESTADO DE DAVOS respetuosamente solicita al respetable Tribunal Arbitral que:

A) RECHACE:

- i. La demanda presentada por Max Gaillard por ser prematura al no agotarse el Arreglo Directo entre las partes, tal como lo establece la cláusula compromisoria.

B) SUBSIDIARIAMENTE DECLARE:

- i. Que es incompetente para conocer las pretensiones del actor por *ratione materiae* y *ratione voluntatis*.

- ii. Subsidiariamente, el verdadero trasfondo de la venta de las estatuas no era comercial, puesto que buscaba fines más elevados como el desarrollo social, la promoción de la creatividad intelectual y la salvaguarda del acervo cultural de Davos.
- iii. Que en consecuencia el interés general de los habitantes de Davos debe prevalecer sobre el interés particular de Max Gaillard.
- iv. Que de acuerdo a la correcta interpretación y aplicación de la Regla de los Tres Pasos la venta de las estatuas significa una reproducción legalmente permitida.

C) AUTORICE

- i. La solicitud de la PGN para dar información relativa a los datos de todos los arbitrajes y los memoriales relacionados con casos de contratistas públicos contra el Estado, atendiendo a la solicitud de la organización civil “Ojo con la Plata” y en aras de la transparencia y el interés público.
- ii. La solicitud del Ministerio de Cultura del Estado de Davos para ser parte del Arbitraje.