

QUINTA EDICIÓN

COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE ARBITRAJE Y DERECHO COMERCIAL
CRECIG

MEMORIAL DE DEMANDA

Promovido por:

Max Gaillard

DEMANDANTE

En Contra de:

El Estado de Davos

DEMANDADO

EQUIPO 918

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	3
TABLA DE AUTORIDADES	6
TABLA DE LEGISLACIÓN.....	9
TABLA DE CASOS	11
RESUMEN DE HECHOS.....	13
PRIMERA PARTE: ASUNTOS PROCESALES	14
EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA	14
EL ESTADO PRESTÓ SU CONSENTIMIENTO PARA SOMETERSE A ARBITRAJE.....	14
EL MINISTERIO OBLIGÓ DE FORMA VÁLIDA AL ESTADO PARA SOMETERSE A ARBITRAJE.	15
EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS PROFESIONALES ES ARBITRABLE.	16
EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER LA PRESENTE CONTROVERSIA POR HABERSE AGOTADO LAS INSTANCIAS PREVIAS.....	17
SE HA AGOTADO LA VÍA DIRECTA.	17
NO DEBE AGOTARSE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN LA PRESENTE CONTROVERSIA POR HABER PACTADO LAS PARTES ACUDIR A ARBITRAJE.	19
EL MINISTERIO NO PUEDE SER PARTE DEL PROCESO ARBITRAL.....	20
EL PRESENTE ARBITRAJE ES CONFIDENCIAL Y LA PGN NO DEBE REVELAR INFORMACION ALGUNA ACERCA DE ESTE	21
SEGUNDA PARTE: ASUNTOS DE FONDO	24
EXISTE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL ESTADO.....	24
LA PROTECCIÓN DE LA OBRA SE EXTIENDE A LAS ILUSTRACIONES CONTENIDAS EN LA MISMA.	24
LA MODIFICACIÓN DE LA OBRA SIN AUTORIZACIÓN DEL AUTOR CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	25
LA UTILIZACIÓN DE LA OBRA CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	27
EL SISTEMA DE EXCEPCIONES A LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE AUTOR ES IMPROCEDENTE EN EL PRESENTE CASO PORQUE NO CUMPLE CON LOS PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN. 28	
SE DEBE INDEMNIZAR A MAX GAILLARD POR EL DAÑO CAUSADO POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DEL ESTADO.....	32
TERCERA PARTE: PETITORIO	35

LISTA DE ABREVIATURAS

¶	Párrafo
Aclaratorias	Aclaraciones y Correcciones al Caso Hipotético de la Quinta Edición de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje y Derecho Comercial de la CRECIG
ADPIC	Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
Art.	Art.
Arts.	Art.s
Avi	Avi la Marmota
CC	Corte de Constitucionalidad de Guatemala
Constitución	Constitución Política de la República de Guatemala
Contrato	Contrato de Obra Literaria Por Encargo
Convenio de Berna	Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
CRECIG	Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala
Estado	Estado de Davos

Hechos	Caso Hipotético de la Quinta Edición de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje y Derecho Comercial de la CRECIG
ICC	Cámara de Comercio Internacional
ICSID	El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
Id.	Idéntico [El mismo]
Infra	Anterior
Ley De Acceso	Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto No. 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala
Ley De Arbitraje	Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto No. 67-95 del Congreso de la República de Guatemala
Ley De Contrataciones	Ley de Contrataciones del Estado, Decreto. No. 57-92 del Congreso de la República de Guatemala
Ley De Derechos De Autor	Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Decreto No. 33-98 del Congreso de la República de Guatemala
Ley Del Ministerio Público	Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto No. 512 del Congreso de la República de Guatemala
Ministerio	Ministerio de Cultura de Davos
Ministro	Ministro del Ministerio de Cultura de Davos

OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
p.	Página
PGN	Procuraduría General de la Nación
pp.	Páginas
Procurador	Procurador General de la Nación
Reglamento de la CRECIG	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala
Viceministro	Viceministro del Ministerio de Cultura de Davos

TABLA DE AUTORIDADES

- Arrarte, Ana & Paniagua, Carlos**
“Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”
Revista Peruana de Arbitraje, 4, 2007
Citado como: Arrarte, A. & Paniagua
- Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan & Hunter, Martin**
Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, Cuarta Edición en español adaptada por Noiana Franco y Felipe Ossa, 2007
Citado como: Redfern, Hunter, Blackaby, Partasides
- Borja, Manuel**
Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México, 2004
Citado como: Borja
- Braga, Maria**
La Regla de los Tres Pasos como Norma Interpretativa del Derecho de Autor: por una Aplicación Razonable de los Límites a la Propiedad Intelectual, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, España, 2015
Citado como: Braga
- Buckstein, Mark**
“An Introductory Primer on Pre-Litigation ADR Counseling For the Outside Lawyer”
Dispute Resolution Journal, 1997
Citado como: Buckstein
- Caivano, Roque**
“El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”
Lima Arbitration N° 4 - 2010 / 2011
Citado como: Caivano

- Calderón, Hugo**
Derecho Procesal Administrativo, 6 edición
Editorial Orión, 2005
Citado como: Calderón
- Cossío, Francisco**
Arbitraje
Editorial Porrúa, 2011
Citado como: Cossío
- Electronic Frontier Foundation**
The Three Steps-Test, 2014
EFF. ORG
Citado como: EFF
- Fuentes I Gaso & Matta
Consuegra, 2003**
“La contratación administrativa”
El Manual de Derecho Administrativo,
AECID, Barcelona, 2003
*Citado como: Fuentes I Gaso & Matta
Consuegra*
- Herrera, Pamela**
“El Arbitraje como Mecanismo de Solución
de Conflictos en los Contratos”
Universidad Rafael Landívar, Guatemala,
2013
Citado como: Herrera
- Merino, José**
“La tradicional referencia a la
confidencialidad como elemento motivador
para acudir al arbitraje. La confidencialidad
como rasgo inherente al arbitraje”
Confidencialidad y Arbitraje, IDP-URJC,
2016
Citado como: Merino
- OMPI**
Tercer Seminario Regional Sobre Propiedad
Intelectual, 2004
Citado como: OMPI

- Palermo, Giulio**
“Tipos de Cláusulas Escalonadas”
IX CAI Costa Rica
Congreso Sobre Arbitraje Internacional
2018
- Parlamento Europeo**
Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, 2001
- Rojina, Rafael**
Compendio de derecho civil.
Porrua. México, 2006
Citado como: Rojina
- Volochinsky, Bracey**
226 Preguntas en derecho civil. Contratos y responsabilidad extracontractual, Ediciones jurídicas, El Jurista, Chile, 2002
Citado como: Volochinsky

TABLA DE LEGISLACIÓN

Código Civil	Código Civil, Decreto Ley 106, 1963 <i>Citado como: Código Civil</i>
Constitución Política de la República de Guatemala	Constitución Política de la República de Guatemala, 1985 <i>Citado como: Constitución</i>
CRECIG	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala <i>Citado como: Reglamento CRECIG</i>
Ley de Acceso a la Información Pública	Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008 de El Congreso de la República de Guatemala <i>Citado como: Ley de Acceso</i>
Ley de Arbitraje	Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 de El Congreso de la República de Guatemala <i>Citado como: Ley de Arbitraje</i>
Ley de Contrataciones del Estado	Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 de El Congreso de la República de Guatemala <i>Citado como: Ley de Contrataciones</i>
Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Guatemala	Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Guatemala, Decreto número 33-98 de El Congreso de la República de Guatemala <i>Citado como: Ley de Derechos de Autor</i>
Ley de lo Contencioso Administrativo	Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96 de El Congreso de la República de Guatemala <i>Citado como: Ley de lo Contencioso Administrativo</i>

Ley del Organismo Ejecutivo

Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97
de El Congreso de la República de Guatemala
Citado como: Ley del Organismo Ejecutivo

Ley Orgánica del Ministerio Público

Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto
40-94 de El Congreso de la República de
Guatemala
Citado como: Ley del Ministerio Público

OMPI

Reglamento de Arbitraje de la Organización
Mundial de Propiedad Intelectual
*Citado como: Reglamento de Arbitraje de la
OMPI*

Tratados y Convenios

Convenio de Berna para la Protección de las
Obras Literarias y Artísticas, 1997
Citado como: Convenio de Berna

Convención interamericana sobre el Derecho de
Autor en Obras Literarias, Científicas y
Artísticas, 1952

*Citado como: Convención Interamericana sobre
Derecho de Autor*

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor,
1996

Citado como: Tratado sobre Derechos de Autor

TABLA DE CASOS

Bélgica	Copiepresse v Google, decision by Belgian Court, 2007 <i>Citado como: Google v. Copiepresse</i>
	Expediente No. 1070-2003 <i>Citado como: CC Exp. 1070-2003</i>
	Expediente No. 563-94 <i>Citado como: CC Exp. No. 563-94</i>
Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala	Expediente 289-95 <i>Citado como: CC Exp. 289-95</i>
	Expediente 350-95 <i>Citado como: CC Exp. No. 350-95</i>
	Expediente 201-2015 <i>Citado como: CC Exp. No. 201-2015</i>
	Jeffrey Hunter MENDLER, dba Jeffrey Hunter, Plaintiff-Appellant, v. WINTERLAND PRODUCTION, LTD., a California Corporation United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 2000 <i>Citado como: Mendler v. Winterland Production</i>
Estados Unidos	Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc. United States Court of Appeals Seventh Circuit, 1987 <i>Citado como: Saturday Evening v. Rumbleseat Press</i>
	Summer Rain c. Donning Company/Publishers, Inc. United States Court of Appels Fourth Circuit, 1992 <i>Citado como: Summer Rain c. Donning</i>

ICC Case No. 8462, Award ICC, June 1997
Citado como: Caso No. 8462 de la ICC

ICSID *CASE ICSID* No. ARB/01/13SGS Société
Généralle de Surveillance S.A v. Islamic
Republic of Pakistan
Citado como: CASE ICSID No. ARB/01/13

Italia Sociedad Italiana de Autores y Editores v
Tiscali Spa, Corte Ordinaria, 2008
Citado como: SIAE v Tiscali

Reino Unido Hassneh Insurance Co of Israel v Mew
England and Wales High Court, 1992
Citado como: Hassneh v Mew

RESUMEN DE HECHOS

- 1 El Estado de Davos es un país ubicado en el continente europeo, que actualmente es miembro de la Unión de los Siete Puertos. En enero de 2016 el nuevo presidente de la República de Davos tomó posesión, e integró su gabinete de gobierno, nombrando destacados profesionales. Como Ministro de Cultura nombró al ex empresario y editor independiente Gustavo Fortier, y como su Vice Ministro a Juan Hunter.
- 2 Gustavo Fortier, tuvo una reunión a puerta cerrada con su equipo y llegaron a la conclusión de que para difundir la cultura era necesaria la creación una obra que representara al Estado. La elección para la creación de la obra fue el escritor Max Gaillard.
- 3 El 5 de enero de 2017 el Estado y Max Gaillard, firman un contrato administrativo de servicios profesionales, en el que comparece el Viceministro, Juan Hunter en representación del Estado. En el Contrato se le encomienda a Max Gaillard la realización de una obra literaria, que represente la cultura del país, otorgándole libertad artística. Esta obra se distribuiría gratuitamente en escuelas primarias y el contrato tendría vigencia de 5 años.
- 4 Un mes antes de que concluyera el plazo de entrega de la obra, Max Gaillard presenta un libro de 51 páginas titulado “Las Aventuras de Avi”, el cuál incluía en la última página una silueta del protagonista. El libro fue registrado por Max Gaillard ante el Registro de Propiedad Intelectual.
- 5 La obra tuvo un buen recibimiento y gran éxito, por lo que Gustavo Fortier, con la finalidad de promover la cultura del país, manda a hacer estatuas de Avi en una de las avenidas principales, posteriormente, en el aeropuerto y otros lugares.
- 6 El primer día de febrero de 2018 Fortier autoriza la venta de estatuas de Avi, con la modificación de una sonrisa, obteniendo para el primer trimestre ganancias por USD 300,000.00.
- 7 Dicha situación vulnera el contrato, toda vez que contraviene el objeto del mismo y la voluntad de las partes, por lo cual Max acude al Ministerio con la finalidad de solucionar el problema. Lo cual no fue posible por la poca intensión de negociar del

Estado. Motivo por el cual, Max Gaillard presenta una solicitud de arbitraje ante la CRECIG, con fecha 10 de julio de 2018.

PRIMERA PARTE: ASUNTOS PROCESALES

EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

- 8 La presente controversia se deriva del Contrato celebrado entre Max Gaillard y el Estado, y se encuentra claramente comprendida dentro del convenio arbitral suscrito. Por lo que el tribunal arbitral, con base en el principio *Kompetenz-Kompetenz*, se debe declarar competente ya que el Estado prestó su consentimiento para someterse a arbitraje y el Ministerio lo obligó de forma válida.

EL ESTADO PRESTÓ SU CONSENTIMIENTO PARA SOMETERSE A ARBITRAJE.

- 9 Con fecha 5 de enero de 2018, Max Gaillard y el Estado celebraron un Contrato de Obra Literaria por Encargo [Hechos, ¶ 20]. En el Contrato, se incluyó una cláusula arbitral mediante la cual el Estado se obligó a someterse a arbitraje, facultado tanto por la Ley de Arbitraje como por la Ley de Contrataciones.
- 10 La ley de Arbitraje en el Art. 51 establece que: “Una vez que el Estado [...], haya celebrado un convenio arbitral válido, no podrá objetarse la arbitrabilidad de la controversia, o la capacidad del Estado [...] para ser parte del convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración de dicho convenio.”
- 11 En el mismo sentido la Ley de Contrataciones regula en el Art. 103 que: “[...] Las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. [...]”

- 12 Los anteriores Arts. evidencian la capacidad del Estado de someter controversias a la jurisdicción arbitral, como un medio por el que la Administración Pública puede pactar que sus diferencias sean resueltas por árbitros, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales. [Arrarte, A. & Paniagua, 2007]
- 13 Lo anterior es un criterio sostenido en legislación comparada, como lo es el caso de la legislación peruana, en la que se establece que los conflictos derivados de los contratos celebrados por el Estado son materia de arbitraje, en tanto que implican cuestiones esencialmente disponibles a las partes. Por lo que incluir una cláusula de solución de controversias constituye una obligación del Estado. [Id.]
- 7 En ese orden de ideas, con fecha 5 de enero de 2018, Max Gaillard y el Estado celebraron un Contrato de Obra Literaria por Encargo. [Hechos, ¶ 20] En el Contrato se incluyó una cláusula arbitral mediante la cual el Estado se obligó a someterse a arbitraje, facultado tanto por la Ley de Arbitraje como por la Ley de Contrataciones.
- 8 Por lo tanto, este Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia, debido a que el Estado prestó su consentimiento a arbitraje de forma válida.

EL MINISTERIO OBLIGÓ DE FORMA VÁLIDA AL ESTADO PARA SOMETERSE A ARBITRAJE.

- 9 Es competencia del Estado auxiliarse en los ministerios para el despacho de los negocios relacionados con su ramo. [Constitución, Art. 182] Los ministerios de Estado tienen la facultad de celebrar y suscribir, en nombre del Estado, los contratos administrativos relativos a los negocios que se relacionen con su ramo. [Ley del Organismo Ejecutivo, Art. 27 inciso r]
- 10 Aunado a lo anterior el Art. 48 de Ley de Contrataciones señala que el contrato deberá ser aprobado por la autoridad administrativa superior, siendo esta autoridad dentro de un Ministerio el Ministro. A su vez, el Art. 47 establece que la autoridad competente para la suscripción del contrato es el Viceministro del ramo.

- 11 La celebración del presente Contrato se ajusta al procedimiento legal [Aclaratorias, ¶ 8], el cual fue aprobado por el Ministro mediante Acuerdo Ministerial número 21-2017, y suscrito por el Viceministro. [Hechos, ¶ 21] Lo anterior se ajusta a la facultad del Ministerio de celebrar y suscribir, en nombre del Estado, contratos administrativos.
- 12 Por lo tanto, el Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia, ya que el Estado puede someterse a arbitraje y el Ministerio lo obligó de forma válida a resolver las controversias que se originasen del Contrato mediante arbitraje.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS PROFESIONALES ES ARBITRABLE.

- 13 La Ley de Arbitraje reconoce como materia objeto de arbitraje: “[...] Aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho [...] y aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.” [Ley de Arbitraje, Art. 3 incisos 1 y 2]
- 14 De lo anterior se desprende el reconocimiento de controversias objeto de arbitraje por disposición de ley. La Ley de Contrataciones en su Art. 103 establece lo siguiente: “Las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral.” Dentro de estos contratos se reconoce el contrato de servicios técnicos profesionales individuales en general. [Ley de Contrataciones del Estado, Art. 44 literal “e”] La Ley de Contrataciones reconoce la arbitrabilidad de contratos administrativos objeto de dicha ley.
- 15 El Contrato objeto de la presente controversia es un contrato administrativo toda vez que cumple con los siguientes elementos: es un negocio bilateral celebrado entre Max Gaillard y el Estado; con propósitos de utilidad pública, enfocado al fomento de la educación cultural en los programas del país; regido por la legislación de la República de Guatemala; para constituir un vínculo patrimonial y económico. [Fuentes I Gaso &

Matta Consuegra, 2003] Por ende, se reconoce que este Contrato es materia arbitrable, toda vez que es un contrato administrativo celebrado al amparo de la Ley de Contrataciones con una cláusula arbitral válida.

- 16 En conclusión, este Tribunal Arbitral debe declarar que el presente Contrato es arbitrable por tratarse de un contrato administrativo, en el cual las partes acordaron como vía para resolución de controversias el arbitraje.

EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER LA PRESENTE CONTROVERSIA POR HABERSE AGOTADO LAS INSTANCIAS PREVIAS.

SE HA AGOTADO LA VÍA DIRECTA.

- 17 El acuerdo arbitral celebrado por las partes establece 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.”* [Contrato, Cláusula Octava]
- 18 La cláusula octava del Contrato es una cláusula escalonada. Las cláusulas escalonadas establecen un mecanismo de resolución de controversias en el que se debe agotar, en orden, una serie de etapas previas al sometimiento del conflicto a jurisdicción arbitral, tales como la mediación, conciliación, negociación, etc. [Palermo, p. 3]. Asimismo, el profesor Francisco González de Cossío indica que cuando este tipo de cláusulas impone la negociación debe haber un acercamiento de las partes tendiente a resolver la disputa, previo a acudir a la vía arbitral. [Cossío, p. 302]
- 19 Sin embargo, los períodos de negociación contemplados en las cláusulas escalonadas tienen un carácter referencial y procedimental y no por tanto obligatorio y jurisdiccional. [CASE No. ARB/01/13] Lo que significa que, sin importar lo que la contraparte indique acerca del no agotamiento del plazo establecido, los esfuerzos de

una parte por solucionar la controversia sumados a la negativa de la otra parte, dan por entendido el agotamiento de la vía de arreglo directo; atendiendo al derecho de las partes de acudir a un tribunal arbitral, y la obligación de éste de conocer de la controversia cuando una de las partes busca obstaculizar o no estar dispuesta a negociar. Esto fue reiterado en el caso similar no. 8462 de la ICC de 1997 en el que el Tribunal Arbitral determinó que era “factible entablar un procedimiento arbitral cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculizara la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón inferior.”

- 20 El 20 de junio Max Gaillard, con el objetivo de encontrar una solución objetiva a la presente controversia, presentó un reclamo escrito ante el Ministerio en el espacio procedimental establecido; sin embargo, dicho reclamo fue resuelto sin lugar el 25 de junio por medio de resolución 456-2018 del Ministerio, sin muestra de un arreglo efectivo al problema suscitado [Hechos, ¶ 32]. Lo anterior evidencia el inicio de la etapa de negociación, al haberse presentado un reclamo por escrito por parte del señor Max Gaillard, tendiente a solucionar el naciente conflicto.
- 21 Ante la negativa, 9 días después, el señor Max Gaillard decide continuar negociando con el Ministerio para buscar una solución amigable al problema, es por ello que, el 29 de junio, Max Gaillard acude, con sus abogados, al Ministerio para solicitar una cita directamente con el Ministro. La reunión lejos de ser productiva, terminó por consolidar la disputa entre las partes, dando por agotada la vía de arreglo directo. [Hechos, ¶36]
- 22 Lo anterior evidencia que, tras varios acercamientos para resolver el problema suscitado, las partes se encontraban en una situación en la que se tornó imposible continuar negociando; por lo que Max Gaillard opta por recurrir al proceso arbitral dentro del marco de lo que fue pactado en el Contrato.
- 23 Por lo tanto, ante la reiterada negativa de negociación de la contraparte, este Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia por haberse agotado la vía de arreglo directo.

**NO DEBE AGOTARSE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN LA PRESENTE
CONTROVERSIA POR HABER PACTADO LAS PARTES ACUDIR A ARBITRAJE.**

23. El Contrato celebrado entre las partes es un contrato administrativo y en él se acordó que cualquier controversia debe resolverse por medio del presente arbitraje. [Contrato, Cláusula octava]

24. Por disposición legal toda controversia que se origine de contratos administrativos después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, debe someterse a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. [Ley de Contrataciones, Art 102]

25. No obstante, la legislación también faculta las partes contratantes a someter las controversias que pudieran surgir a un arbitraje, mediante la celebración de una cláusula compromisoria. [Ley de Contrataciones, Art. 103 y Ley de Arbitraje Art. 53]

26. En el presente caso, las partes contratantes a través de la cláusula compromisoria celebrada se acogieron a lo establecido por la ley de la materia y acordaron someter las controversias que surgieran a un arbitraje, y no así a la vía judicial mediante el conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

27. En el Proceso Contencioso Administrativo existe la definitividad como un principio sin el cual no puede conocer el Tribunal. Sin importar que la controversia se origine por un contrato administrativo, debe agotarse la vía administrativa previo acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [Calderón, p. 214] Sin embargo, en el arbitraje no existe el presupuesto de definitividad, y se rige el arbitraje por el principio de la autonomía de la voluntad, no existiendo ningún requisito o etapa anterior que deba ser agotada, a no ser que las partes así lo pacten. [Herrera, p. 29].

28. De lo anterior se desprende que ni la Ley de Arbitraje ni la Ley de Contrataciones establecen la obligación de agotar la vía administrativa previo a iniciar el arbitraje. Por otro lado, el propósito de la vía administrativa es controlar la juridicidad de los actos de

la administración pública, no obstante, nuestro reclamo es un incumplimiento contractual, que es materia distinta.

29. Previo a iniciar el arbitraje, las partes únicamente deben observar los presupuestos establecidos en la cláusula arbitral. Al no establecerse en el Contrato que era necesario el agotamiento de la vía administrativa, este no era un presupuesto para someter la controversia al Tribunal Arbitral.

30. Por tanto, toda vez que la vía de arreglo directa fue agotada y no es obligatorio acudir a la vía administrativa previo arbitraje, este tribunal es competente para conocer en la presente controversia, ya que se han agotado las instancias previas obligatorias.

EL MINISTERIO NO PUEDE SER PARTE DEL PROCESO ARBITRAL.

31 En todo proceso arbitral las partes deben ser personas naturales o jurídicas y actuarán por medio de sus representantes. [Código Civil, Art. 15] [Ley de Arbitraje, Art. 30] Bajo ese entendido, el Estado como persona jurídica, ejerce su representación a través de la PGN. [Constitución, Art. 252]

32 La PGN debe representar los derechos del Estado en todos los juicios en que sea parte, debiendo intervenir ante los Tribunales de Justicia representando y defendiendo los intereses del Estado a nivel nacional e internacional. [Ley del Ministerio Público, Art.13]

33 La PGN tiene la obligación de representar a los Ministerios por ser estos parte del Estado, tal y como lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad, que en casos similares ha indicado que “los Ministerios de Estado integran el Organismos Ejecutivo y este a la vez forma parte del Estado, quien es la persona capaz de contraer obligaciones y ejercitar derechos, por lo que el Organismo Ejecutivo y ministerios establecidos, no son por sí titulares de derecho alguno y el agravio que puedan sufrir

los mismos se causa directamente al Estado”. [CC, Exp. No. 563-94, Exp. No. 289-95 y Exp. No. 350-95]

34 En el Contrato celebrado figuran como partes Max Gaillard y el Estado representado, en ese acto, por el viceministro. [Hechos, ¶ 20] Pese a existir intervención del Ministerio, el sujeto responsable es el Estado, por ser la persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; lo cual queda evidenciado al momento de presentar la demanda arbitral en contra del Estado, actuación que fue aceptada por la PGN, quien inició la representación del mismo en el proceso [Hechos, ¶ 39].

35 Por lo tanto, el Tribunal Arbitral debe excluir al Ministro de la presente controversia.

EL PRESENTE ARBITRAJE ES CONFIDENCIAL Y LA PGN NO DEBE REVELAR INFORMACION ALGUNA ACERCA DE ESTE

36 Max Gaillard y el Estado acordaron la confidencialidad de cualquier proceso arbitral relativo al contrato de obra, plasmado en la celebración del contrato específicamente con una cláusula de confidencialidad: “El Arbitraje será confidencial y estará administrado por la CRECIG, en la ciudad de Guatemala.” [Contrato, Cláusula Octava]

37 En el mismo sentido, el Reglamento de la CRECIG regula la privacidad de las audiencias del arbitraje y todo lo que de ellas derive. [Reglamento de CRECIG, Art. 30]

38 En principio todos los actos de la administración son públicos, con la excepción de la información suministrada por particulares en garantía de confidencialidad. [Constitución, Art. 30] Aunado a ello, la ley de Acceso establece que aquella información prestada bajo garantía de confidencialidad se considera confidencial y no puede ser divulgada. [Ley de Acceso, Arts. 9 y 22]

- 39 Tratándose de un caso con implicaciones de propiedad intelectual y derechos de autor es pertinente traer a colación el criterio dado por la OMPI, como referente internacional y entidad rectora en materia de propiedad intelectual, la cual extiende el manto de confidencialidad a la existencia misma del arbitraje, a la información divulgada durante el arbitraje y al laudo. [Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Arts. 68-70]
- 40 Con el fin de garantizar la confidencialidad del proceso en su conjunto, se torna necesario celebrar un acuerdo específico de confidencialidad. [Redfern, Hunter, Blackaby, Partasides, p. 132] Con la celebración de un acuerdo, la confidencialidad, más que una obligación relativa, es un deber institucional para todos los sujetos involucrados en el proceso arbitral [Merino, p. 2], siendo considerada como un patrimonio personal y no una institución principal del arbitraje. En virtud de ello puede aducirse su carácter *erga omnes* [Caivano, p. 125], convirtiéndose en un principio que debe ser protegido por el árbitro o el tribunal arbitral y por las partes del proceso en general.
- 41 Este principio hace referencia a la protección de los documentos que se presentan durante el proceso y a la reserva de la existencia de éste, incluyendo las decisiones que se desprenden frente a terceros ajenos al arbitraje. [Buckstein, 1997]
- 42 Al respecto, Tribunales de Arbitrales han interpretado la confidencialidad del arbitraje y reconocen la existencia de un deber implícito de confidencialidad derivado de una cláusula contractual, y además puntualiza que este requisito de confidencialidad debe extenderse desde la privacidad de las audiencias hasta la confidencialidad de lo que ellas generen contemplando así pruebas, laudos, y escritos de las partes [Hassneh v Mew, 1992].
- 43 En la presente controversia podemos verificar que el procedimiento arbitral y la información del mismo se categoriza como información confidencial. Las partes expresamente acordaron la confidencialidad del arbitraje, además, reforzando dicha declaración, se sometieron a la administración de un centro cuyas audiencias son

privadas lo cual evidencia que las partes revistieron con una garantía de confidencialidad el arbitraje.

- 44 Sin perjuicio de lo anterior se reconoce que a través del desarrollo jurisprudencial se ha entendido que la información categorizada como confidencial puede ser divulgada, únicamente en dos casos: primero, si existe consentimiento por parte de los informantes en cuanto a permitir el acceso a la información que proporcione, y segundo, Si dicha información es requerida por entidades estatales con funciones de fiscalización. [CC Exp. No. 201-2015]
- 45 En este caso, no se cumple con el primer requisito que la jurisprudencia señala como los casos excepcionales en los que puede ser divulgada la información confidencial, pues la información en el arbitraje se otorga bajo garantía de confidencialidad. Además de ello, claramente no existe consentimiento de Max Gaillard a que la información sea divulgada [Hechos, ¶ 40], aduciendo que puede verse afectado por la divulgación de la misma.
- 46 Por otro lado, el solicitante “Ojo con la plata”, a pesar de que se dedica a ejercer control del buen uso de los recursos públicos, es una organización civil y no una entidad estatal y la ley no le otorga funciones de fiscalización. Por lo que no puede tener acceso a información confidencial al no cumplir con el segundo requisito establecido por la Corte de Constitucionalidad en su interpretación mencionada anteriormente.
- 47 En conclusión, el Tribunal Arbitral debe rechazar la solicitud de la PGN para divulgar información sobre el arbitraje en virtud de la confidencialidad establecida en el contrato con base en el principio de autonomía de la voluntad; dicha información se dio bajo garantía de confidencialidad; y no existen excepciones a la confidencialidad de la información.

SEGUNDA PARTE: ASUNTOS DE FONDO

EXISTE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL ESTADO.

48 La obra encomendada a Max Gaillard se encuentra protegida por el derecho de autor, el cual comprende los derechos morales y patrimoniales que protegen, principalmente tres aspectos: la integridad, la paternidad y el aprovechamiento de la obra. [Ley de Derechos de Autor, Art. 18] Con base en lo establecido anteriormente, las acciones por parte del Estado consistentes en: la vulneración a la integridad de la obra, la modificación de la obra y la explotación comercial sin autorización del autor; constituyen un incumplimiento contractual.

LA PROTECCIÓN DE LA OBRA SE EXTIENDE A LAS ILUSTRACIONES CONTENIDAS EN LA MISMA.

49 En el contrato de obra literaria por encargo se encomienda a Max Gaillard la realización de un libro que represente la cultura de Davos, otorgándole libertad artística para la realización del libro que podrá incluir ilustraciones, dibujos, figuras y/o cualquier otra representación visual. [Contrato, Cláusula Primera] Asimismo se establece, que la entrega de la obra terminada no implica la cesión de derechos de autor, los que comprenden los derechos morales y patrimoniales, que protegen la paternidad, integridad y aprovechamiento de la obra. Siendo el único titular de los derechos de autor Max Gaillard [Contrato, Cláusula Cuarta].

50 En los contratos de obra literaria por encargo, el titular de los derechos morales y patrimoniales es la persona natural que ha creado la obra. [Ley de Derechos de Autor, Art. 10] Y la cesión de los mismos se regirá por lo pactado en el Contrato. [Ley de Derechos de Autor, Art. 75]

51 Se contempla que se tendrá dentro de la protección de derecho de autor la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. Por lo que se entiende que tanto el texto como las ilustraciones contenidas en la obra gozan de protección de derecho de autor. [Ley de Derechos de Autor, Art. 24]

52 Max Gaillard entregó al Ministerio el libro al que llamó “Las Aventuras de Avi” [Hechos, ¶ 22]. El libro gira en torno a las aventuras de su personaje principal, Avi, una marmota sumergida en un universo de magia y fantasía. [Hechos, ¶ 25] En la última página de la obra se incluyó una figura, creación de Max Gaillard, que representaba de forma gráfica al protagonista de la obra, Avi [Hechos, ¶ 26]. Es menester mencionar que Avi forma parte íntegra de la obra de Max Gaillard, toda vez que el registro del libro comprendía la marmota [Hechos, ¶ 22].

53 En conclusión, la protección de la obra literaria incluye tanto el texto como la ilustración de la marmota, Avi.

LA MODIFICACIÓN DE LA OBRA SIN AUTORIZACIÓN DEL AUTOR CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

54 El derecho de autor, del cual Max es titular en virtud del Contrato, comprende los derechos morales y patrimoniales que protegen la paternidad, integridad y aprovechamiento de la obra [Ley de Derechos de Autor, Art. 18]. Toda vez que él es quien realiza la creación intelectual y artística de la obra y el Contrato establece que los derechos de autor no se ceden al Estado [Contrato, Cláusula Primera y Cuarta].

55 El derecho moral del autor comprende las facultades para exigir la mención de su nombre como autor de la obra en todas las reproducciones y utilizaciones de ella, así como, la de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra sin su previo y expreso consentimiento, protegiendo la integridad de la obra. [Ley de Derechos de Autor, Art. 19 literal “a” y “b”] [Convenio de Berna, Art. 6 BIS]

- 56 Es decir que, el derecho de autor comprende la potestad exclusiva del autor de una obra literaria de usar y autorizar el uso de ella, en todo o en parte [Convención Interamericana sobre Derecho de Autor, Art. 2]. A su vez, el autor de la obra protegida dispone del derecho de reclamar la paternidad de la obra y de oponerse a toda modificación o utilización de la misma, sin su previo consentimiento. [Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor, Art. 11]
- 57 En ese mismo sentido, tribunales estadounidenses han resuelto que las modificaciones de la obra sin el consentimiento del titular del derecho de autor y sin la autorización contractual, son constitutivas de una infracción a los derechos de autor. [Mendler v. Winterland Production, 2000]
- 58 Este derecho del autor sobre su obra, es reservado a Max Gaillard, ya que como se mencionó infra, en el Contrato se pactó que la entrega de la obra no significaba una cesión de derechos de autor al Estado. Dicho pacto evidencia que la voluntad de las partes en ningún momento consistió en ceder los derechos de la obra al Estado y mucho menos permitirle modificar o de alguna forma afectar la creación de Max Gaillard.
- 59 En el presente caso, el Ministerio emitió una resolución por la cual ordenaba la creación de estatuas, idénticas a Avi, con la excepción de que estas tenían una sonrisa dibujada en el semblante [Hechos, ¶ 33]. En la resolución del Ministerio, no se solicita autorización a Max Gaillard para la modificación, reproducción y venta, como tampoco se hace mención de su nombre, seudónimo u otro medio de identificación del autor, transgrediendo sus derechos morales, específicamente la integridad de la obra; constituyéndose así un incumpliendo contractual. Además, Max Gaillard reclamó ante el Ministro que no había dado ninguna autorización para vender las estatuas [Hechos, ¶ 36]. Es decir que no existió consentimiento para que el Estado pudiera hacer uso de la obra.
- 60 Por lo tanto, este Tribunal Arbitral debe reconocer que la modificación sin la autorización de Max Gaillard, constituye un incumplimiento contractual.

LA UTILIZACIÓN DE LA OBRA CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

- 61 En la cláusula primera del Contrato se establece el objeto del mismo; en el cual el Estado encomienda al Autor la realización de una obra literaria escrita, cuyo enfoque debe estar destinado a la educación cultural en los programas escolares del país [Contrato, Cláusula Primera; Inciso I]. Dicha obra se distribuirá de forma gratuita en todas las escuelas primarias del país, en cumplimiento con las políticas públicas culturales del Estado [Contrato, Cláusula Primera; Inciso III].
- 62 Adicionalmente, en el Contrato se pactó que Max conservaría los derechos patrimoniales [Contrato, Cláusula Cuarta], los cuales comprenden el derecho de reproducir o autorizar la reproducción de la obra [Ley de Derechos de Autor, Art. 21, literal “a”].
- 63 El Código Civil en su Art. 1519 establece que: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, debe de ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.”
- 64 El Art. 73 de la Ley de Derechos de Autor estipula que la transferencia de los derechos de autor queda limitada a los derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas, al plazo y al ámbito territorial que se determinen. Dicha transferencia se registrará por lo pactado en el contrato. [Ley de Derechos de Autor, Art. 74]
- 65 Asimismo, en el Art. 30 del Reglamento de la Ley de Derechos de Autor, se determina que toda actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, es realizada con fines de lucro directo.

66 Además se establecen las facultades del derecho moral del autor; siendo una de ellas el retirar la obra del comercio, previa indemnización de daños y perjuicios al titular de los derechos de explotación. [Ley de Derechos de Autor, Art. 19 (f)]. Sobre esto, la doctrina más autorizada sobre el tema de la propiedad intelectual, ha reiterado la necesidad de normas dirigidas a evitar que de los derechos de autor exista una explotación que no permita al autor percibir los beneficios económicos que se deriven de su obra [OMPI, 2004]

67 Esta normativa es aplicable al caso en concreto toda vez que en el Contrato se estableció la modalidad de explotación, el plazo y al ámbito territorial para la misma. No obstante lo establecido en el Contrato, el Estado realizó actos de explotación comercial de la obra exclusivos de Max Gaillard; consistentes en una resolución, dictada por el Ministro, mediante la cual se ordenó crear una serie de pequeñas estatuas de Avi. Cientos de estas estatuas fueron vendidas en el mercado nacional e internacional, obteniendo ganancias en el primer trimestre del año; lo que evidencia el objeto de incrementar los ingresos del Ministerio [Hechos, ¶ 33-34].

68 Por lo tanto, este Tribunal Arbitral debe reconocer que toda reproducción y distribución no establecida en el Contrato, celebrado entre Max y el Estado, constituye una violación contractual.

EL SISTEMA DE EXCEPCIONES A LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE AUTOR ES IMPROCEDENTE EN EL PRESENTE CASO PORQUE NO CUMPLE CON LOS PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN.

69 El Art. 63 de la Ley de Derechos de Autor determina las limitaciones y excepciones a la aplicación de derechos de autor, siendo una de ellas la comunicación legal y legítima de una obra, sin autorización del autor ni pago de remuneración alguna cuando la comunicación: 1. Se realice en un ámbito exclusivamente doméstico y 2. Se efectúe con fines exclusivamente didácticos, siempre que la comunicación no persiga fines

lucrativos (directos o indirectos) y el público esté compuesto exclusivamente por personal y estudiantes de un centro educativo.

- 70 Además, se permite la reproducción de obras lícitamente publicadas, para la enseñanza, siempre y cuando no haya fines de lucro y la utilización no interfiera con la explotación normal de la obra ni cause perjuicio a los intereses legítimos del autor. [Ley de Derechos de Autor, Art. 64 y 66] Los Art.s mencionados anteriormente, forman parte del examen de la “regla de los tres pasos”, toda vez que abarcan el uso justo, el trato justo y los sistemas de excepciones y limitaciones que se colocan en los derechos exclusivos de los propietarios de derechos de autor.
- 71 La mayoría de acuerdos internacionales sobre derechos de autor han incorporado versiones de este sistema de excepciones y limitaciones, conocido en la doctrina como la “regla de los tres pasos” (*three-step test*). Por ejemplo, el Acuerdo ADPIC (Art. 13), el de la OMC (Art.10) y Convenio de Berna (Art. 9, 2) incorporan las limitaciones a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. [Tratado sobre Derechos de Autor, 1996] [La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2001].
- 72 Efectivamente, la regla de los tres pasos, ahora se puede encontrar en la legislación nacional de muchos países [EFF, Pág, 4], incluyendo Francia, Portugal, China y Australia, la cual se resume en tres postulados: primero, que los límites han de referirse a casos especiales; segundo, los límites no han de atentar contra la explotación normal de la obra; y, tercero, los límites no han de causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. En Guatemala también se reconoce la “regla de los tres pasos” tanto en la legislación nacional como en tratados internacionales en materia de propiedad intelectual, el examen de los tres pasos queda contenido de acuerdo con los postulados en el Título IV de la Ley de Derechos de Autor, en este título se establecen las limitaciones sobre casos especiales y la forma en que dichos límites pueden ser utilizados sin atentar contra la explotación normal de la obra, ni causar perjuicio

injustificado a los intereses legítimos del autor, entendiéndose que cualquier acción que contravenga dichas disposiciones, por defecto incumple con la regla de los tres pasos, y por consiguiente su aplicación debe ser restrictiva o no debe proceder en lo absoluto.

- 73 Apreciando los hechos, podemos notar que la mencionada regla de los tres pasos no aplica a la presente controversia debido a que al no cumplirse estos “tres pasos” el uso de la obra de Max Gaillard por parte del Estado no constituye una excepción a los Derechos de Autor.
- 74 El primero de los tres pasos establece que “los límites han de referirse a ciertos casos especiales.” Según el Grupo Especial de la Organización Mundial de Comercio, este primer paso de la regla implica de entrada que una limitación al Derecho de Autor prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida y tener un alcance limitado. [Braga, p. 179] En ese sentido la Ley de Derechos de Autor establece claramente dichas limitaciones en su Art. 63, siendo estas: a) Se realice en un ámbito exclusivamente doméstico, siempre que no exista, un interés económico, directo o indirecto, y que la comunicación no fuere deliberadamente difundida al exterior, en todo o en parte, por cualquier medio. b) Se efectúe con fines exclusivamente didácticos, en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de dicha institución, siempre que la comunicación no persiga fines lucrativos, directos o indirectos, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes del centro educativo o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución. c) Sea indispensable para la práctica de una diligencia judicial o administrativa.
- 75 Sin embargo, las acciones del Estado de reproducción y venta de las estatuas de Avi no encuadran en las limitaciones establecidas en la legislación antes mencionadas porque en primer lugar no se está realizando en un ámbito exclusivamente doméstico, toda vez que las Estatuas fueron deliberadamente distribuidas para su venta a países que forma parte de la Unión de los Siete puertos, además de países en América, Europa y África [Aclaratorias, ¶ 6], además, existe un interés económico derivado de que por principio

toda actividad comercial se presume con ánimo de lucro, y a las Estatuas de Avi que fueron colocadas en mercados internacionales se les colocó un precio de \$28.00 [Aclaratorias, ¶40], finalmente es evidente que la utilización, venta y distribución en mercados internacionales de Avi no se realizó en virtud de la práctica de una diligencia judicial o administrativa.

- 76 En ese orden de ideas, los Tribunales han resuelto que cuando se hace uso de la regla de los tres pasos, al tratarse de limitaciones comprendidas en la ley o situaciones especiales, en casos en que ha existido la reproducción parcial de imágenes extraídas de obras, no solo se lesiona los derechos morales inalienables de los autores o titulares, sino también, se lesiona la integridad de la obra, lo cual parece confirmar la naturaleza restrictiva del sistema de limitaciones y excepciones. [Google v. Copiepresse]
- 77 En cuanto la aplicación del segundo postulado de la regla de los tres pasos se entiende por “explotación” la actividad mediante la cual los titulares de los derechos utilizan sus derechos exclusivos sobre sus obras con el fin de obtener un beneficio económico. [Braga, M. pp. 189]. Se debe tener en cuenta que la utilización Gratuita de la obra de Gaillard va en detrimento de la remuneración que como titular de Derechos Morales y Patrimoniales le correspondería recibir por la reproducción y venta de estatuas de Avi.
- 78 Del mismo modo, se ha resuelto que todas las utilidades de obras intelectuales que generen algún beneficio económico para el usuario deberían considerarse atentatorias a la “explotación normal” de las obras por parte de sus titulares y por consiguiente imposibilitan la aplicación de la Regla de los Tres Pasos [SIAE v Tiscali, 2008] en ese sentido se ha establecido que el Estado ha obtenido ganancias de la venta de las Estatuas de Avi, [Hechos, ¶34] por ende percibe un beneficio económico el cual atenta contra la explotación normal de la obra, derecho que pertenece únicamente a Max Gaillard, razón por la cual se imposibilita la aplicación de esta excepción de la Regla de los tres pasos porque el Estado atentó contra la explotación normal de la obra.

79 El tercer paso establece que no la limitación no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. El Grupo Especial de la OMC definió que intereses se refiere a el derecho o título legal sobre la creación intelectual o el uso y beneficio de este mismo [Braga, M pp. 194] los ‘intereses’ del autor o titular incluyen indistintamente todas las facultades personales y patrimoniales. En este caso, al no haber existido nunca cesión de derechos se entiende que Max Gaillard es el titular de los derechos morales y patrimoniales de la obra por lo cual al incumplir con el Contrato el Estado está afectando directamente a los intereses legítimos de Max Gaillard por lo que es improcedente hacer uso de esta limitación de la Regla de los tres pasos.

80 A la luz de ello, notamos que el Estado de Davos no respetó ni los derechos Morales ni los patrimoniales del Autor de la obra, utilizándola sin su autorización, sin atribuirle la paternidad de la obra y además lucrando con la reproducción y venta de la misma. Por ello, los Derechos Morales y Patrimoniales de Gaillard fueron vulnerados y se causa perjuicio a los intereses legítimos de él.

81 En conclusión, la regla de los Tres pasos debe aplicarse de forma restrictiva para el presente caso porque la presente disputa versa sobre un caso que no está delimitado como caso especial dentro de la legislación, se está atentando de forma directa a la explotación normal de la obra y se está causando un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de Max Gaillard.

**SE DEBE INDEMNIZAR A MAX GAILLARD POR EL DAÑO CAUSADO
POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DEL ESTADO.**

82. En la Cláusula Primera del Contrato se establece el objeto del mismo en el cual el Estado encomienda al autor la realización de una obra literaria escrita, cuyo enfoque debe estar destinado a la educación cultural en los programas escolares del país. Dicha obra se distribuirá de forma gratuita en todas las escuelas primarias del país, en cumplimiento con las políticas públicas culturales del Estado,

83. La ley de derechos de autor establece en el Art. 10 que: “En las obras creadas para una persona natural o jurídica, por encargo [...] el titular originario de los derechos morales y patrimoniales es la persona natural que ha creado la obra o ha participado en su creación. Sin embargo se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos pecuniarios sobre la obra han sido cedidos en favor de quien encarga la obra o del patrono, según el caso, en los términos y con los límites previstos en el Art. 75 de esta ley, lo que implica además la autorización para el concesionario de divulgarla y ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la obra, siempre que no cause perjuicio a la integridad de la misma o a la paternidad del autor”.
84. Los límites a los que hace referencia el Art. anterior establecen que la cesión de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de la relación laboral o por encargo, se registrará por lo pactado en el contrato. [Ley de Derechos de Autor, Art. 75]
85. El incumplimiento contractual trasgrede los Derechos Autor de Max por violar los Derechos Patrimoniales del mismo, razón por la cual se encuentra facultado para solicitar vía esta tribunal arbitral, la reparación de los daños causados por el incumplimiento contractual del Estado [Ley de Derechos de Autor, Art. 133]. En el mismo sentido, ya se han dilucidado casos en donde el tribunal arbitral decide sobre la responsabilidad y reparación de daños producto de una violación de derechos de autor cuando estas violaciones han sido producto de un contrato entre las partes involucradas. [Saturday Evening v. Rumbleseat Press]
86. Asimismo, el Código Civil regula que “En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y esta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, si los hubiere. [Código Civil, Art. 1535]
87. La normativa mencionada aplica al presente caso, ya que no se está atendiendo a las disposiciones pactadas, al existir un cambio en la forma y condición del objeto del

contrato. En primer lugar, se hizo un uso indebido de la obra ya que, se estableció como una obra literaria y el Estado hizo uso de Avi en forma de estatua [Hechos, ¶ 33]. En segundo lugar, el Estado altero la condición al explotar la obra de forma indebida, ya que se había establecido que la obra se distribuiría de forma gratuita en las escuelas primarias de Davos, y sin embargo, se estaban vendiendo en mercados internacionales entre los cuales figuran países de América, Europa y África a razón de veintiocho dólares americanos cada una [Aclaratorias, ¶ 6 y 40], en total contravención con lo pactado y transgrediendo de forma explícita los derechos pecuniarios de los cuales es titular Max, ya que nunca cedió sus derechos morales ni patrimoniales en el contrato [Contrato, Clausula Cuarta].

88. La Doctrina ha entendido que los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son el daño, la culpa y el vínculo de causa-efecto entre la culpa y el daño. [Rojina, p. 303] Entendiendo daño como todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y sus bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extra-patrimonial. [Volochinsky, p. 117]
89. También se ha reforzado por parte de la doctrina, la idea de que el daño debe ser cierto y actual. Estos elementos deben existir para que quien sufre un daño pueda reclamar indemnización, el resarcimiento o la compensación al menoscabo padecido. Los tipos de daños contemplados por la doctrina son el Daño contractual, aquel que deriva del incumplimiento de un contrato; el Daño extra-contractual se refiera a aquel que no deriva de un contrato pero emana del incumplimiento del derecho común. Por otro lado encontramos el tipo de Daño Patrimonial y el Daño Moral, el primero de ellos surge al existir afectación al patrimonio pecuniario de la víctima; mientras que hay daño moral cuando la lesión violenta los derechos de la personalidad.[Borja, p. 371]
90. En el presente el incumplimiento contractual causado por la modificación de la obra genera daños de tipo contractual y de tipo moral ya que no respetó la paternidad de la obra porque no se le atribuyo en ningún momento. Por otro lado el incumplimiento contractual referente a la reproducción y venta de las estatuas de Avi sin la autorización

del autor genera daños de tipo contractual y patrimonial, y afectan directamente los intereses pecuniarios del titular de los Derechos Patrimoniales, el señor Max Gaillard.

91. La jurisprudencia de los tribunales estadounidenses ha demostrado que un tribunal arbitral puede resolver la responsabilidad civil y posible violación a los derechos de autor, y si en caso hubiere responsabilidad penal esta debe de separarse de la responsabilidad civil y contractual. [Summer Rain c. Donning]

92. En conclusión, se debe indemnizar a Max Gaillard ya que el Estado incumplió con el contrato celebrado, al cambiar la forma y condición del mismo.

TERCERA PARTE: PETITORIO

93 Con base en la relación de hechos, derecho invocado y argumentos expuestos, la representación de Max Gaillard solicita al Tribunal Arbitral que declare lo siguiente:

- Que es competente para conocer de la presente controversia, toda vez que el Estado prestó su consentimiento para someterse a arbitraje y el Ministerio lo obligó de forma válida.
- Que se han agotado las instancias previas, ante la reiterada negativa de negociación de la contraparte, para comenzar el proceso arbitral.
- Que el Ministerio no puede ser parte del proceso arbitral, ya que no es la persona jurídica capaz de contraer obligaciones y ejercitar derechos
- Que la presente controversia se encuentra bajo el amparo del principio de confidencialidad y en consecuencia la PGN no puede divulgar, facilitar o permitir que personas ajenas a la controversia tengan acceso a información del proceso arbitral.

- Que existe un incumplimiento contractual por parte del Estado, consistente en la vulneración a la integridad, la paternidad y el aprovechamiento de la obra de Max Gaillard.
- Que el sistema de excepciones a las limitaciones del derecho de autor, conocido como la “regla de los tres pasos” es improcedente en el presente caso.
- Que se debe indemnizar a Max Gaillard por el daño causado por los incumplimientos contractuales del Estado, al variar la forma y condición del mismo.

Guatemala, Ciudad de Guatemala. 5 de Noviembre de 2018.