

ESTUDIO SOBRE EL MARCO JURÍDICO AUDIOVISUAL EN LATINOAMÉRICA

PARTE 6: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (ADR) DE LA OMPI PARA LOS MODELOS DE NEGOCIO OTT AUDIOVISUALES

preparado por el Sr. Leandro Toscano y el Sr. Oscar Suárez, WIPO Arbitration and Mediation Center

DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

El presente estudio se encargó como parte del Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenido en el Entorno Digital¹ del Comité de la OMPI sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP). Este documento no tiene por objeto reflejar las opiniones de los Estados Miembros ni de la Secretaría de la OMPI.

Sinopsis:

Con el aumento en los contratos realizados para una sola producción audiovisual, algunos de ellos incluso no en forma escrita, es frecuente que surjan controversias en las diferentes partes interesadas en el sector audiovisual. Dado el crecimiento de las producciones internacionales y la distribución global en el entorno OTT², existe una creciente necesidad de encontrar formas de proteger intereses de los titulares y usuarios de los derechos de autor y los contenidos en el entorno digital. Esta es una realidad a nivel global, la cual también se traslada al contexto latinoamericano. En particular, poner a disposición de las partes, medios eficientes en términos de tiempo y costo para resolver las controversias que puedan surgir de sus relaciones contractuales, en especial aquellas que cuentan con elementos transfronterizos.

A este respecto, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (el Centro de la OMPI) ha visto un creciente número de mediaciones y arbitrajes de controversias transfronterizas en la industria del cine y los medios de comunicación. El Centro de la OMPI también ha notado un creciente interés de partes privadas y Estados miembros (por ejemplo, oficinas de propiedad intelectual y derechos de autor) para encontrar formas de reducir las barreras de acceso a las opciones de resolución de controversias, especialmente dada la naturaleza internacional de muchas de estas controversias (por ejemplo, películas, producciones televisivas, formatos televisivos, gestión colectiva, entre otras).

Con este objetivo en mente, el presente documento presenta un panorama de la viabilidad utilizar estos mecanismos alternativos de solución de controversias para resolver estos litigios, la experiencia de la OMPI en este campo, así como las tendencias globales que se están desarrollando en este ambiente digital.

Abstract:

With the growing number of contracts made for a single audiovisual production, some of them not even initially in written form, disputes frequently arise in the different phases of the audiovisual sector. Given the growth of international productions and global distribution in the OTT environment, there is an increasing need to find ways to protect the interests of the owners and users of copyright and content in the digital environment. This is a reality on a global level, which also carries over to the Latin American context. In particular, make efficient means available to the parties in terms of time and cost to resolve disputes that may arise from their contractual relationships, especially those that have cross-border elements.

¹ Estudios disponibles en: https://dacatalogue.wipo.int/projects/DA_1_3_4_10_11_16_25_35_01

² Al hablar de servicios OTT u *Over-the-Top* (por sus siglas en inglés) en el sector audiovisual, se sigue la misma definición dada en el presente estudio en las secciones 1 y 2 de "Modelos de negocios de OTT audiovisuales en América Latina: tendencias recientes y previsiones futuras". Así, se entenderán como servicios OTT en el sector audiovisual "[A]quellas plataformas y servicios, como Google o Skype, distribuidos por Internet. En el sector audiovisual, esto se refiere a la distribución de contenidos que no depende de canales convencionales como la televisión abierta o la televisión por suscripción (...) son [los OTT] un subconjunto comprendido dentro del universo de los servicios de VOD(...) los cuales a su vez pueden catalogarse en cinco categorías (...) SVOD, TVOD, AVOD, híbridos, y TV everywhere."

In this regard, the WIPO Arbitration and Mediation Center (the WIPO Center) has seen an increasing number of mediations and arbitrations of cross-border disputes in the film and media industry. The WIPO Center has also noted an increasing interest from private parties and Member States (for example, intellectual property and copyright offices) to find ways to reduce barriers to access to dispute resolution options, especially given the international nature of many of these controversies (for example, films, television productions, television formats, collective management, among others).

With this objective in mind, this document presents an overview of the use of alternative dispute resolution mechanisms to resolve these disputes, WIPO's experience in this field, and the global trends that are developing in this digital environment.

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción.....	4
2. Los procedimientos ADR.....	5
2.1. Introducción a los procedimientos ADR	5
2.2. Mediación	6
2.3. Arbitraje.....	7
2.4. Decisión de experto.....	8
3. El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.....	8
3.1. Información sobre el Centro de la OMPI.....	8
3.2. La experiencia DEL CENTRO DE LA OMPI en el sector audiovisual	9
3.1.1. Reglamentos de Mediación y Arbitraje Acelerado de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación.....	9
3.1.2. Ejemplos de casos.....	9
3.3. Cláusulas modelo de la OMPI	10
4. Conclusión	13

1. INTRODUCCIÓN

La relevancia que tiene la industria de las plataformas digitales para el consumo de contenidos audiovisuales va en aumento alrededor del mundo,³ y América Latina no es la excepción.⁴

Como parte de esta tendencia, las plataformas de servicios OTT se ven en la necesidad de contar con contenido nuevo y diverso para mantener sus modelos de negocios. Esto ha hecho que su negocio no sólo se centre en la distribución de los contenidos, sino en la creación de este material dentro y fuera de sus jurisdicciones de origen,⁵ y, por lo tanto, la necesidad de contratar con partes internacionales. Dicha generación de contenidos⁶ implica nuevos retos en términos de negocio, de contratación y, en lo que nos atañe, a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas y la especialidad de los procedimientos y operadores jurídicos para la resolución de controversias que puedan surgir.

De la misma manera, las dinámicas de estos nuevos mercados de consumo audiovisual, han generado nuevas formas de explotación de los contenidos audiovisuales que han llevado a cambiar las condiciones contractuales que previamente existían entre productores de contenido y los distribuidores del mismo.

A este contexto, se suman las particularidades propias de la industria audiovisual, como, por ejemplo: el número de partes necesarias para la realización de estas producciones,⁷ el costo cada vez mayor de las producciones, la colaboración necesaria entre partes domiciliadas en múltiples jurisdicciones, idiomas y culturas, las relaciones de largo plazo que implican los distintos modelos de explotación, la percepción de las personas trabajando en este tipo de industrias creativas sobre los litigios judiciales,⁹ entre otros.¹⁰

³ Ver por ejemplo MPA, “Comments of the Motion Picture Association of America, Inc.” (2018) Intellectual Property Enforcement Coordinator, p.3,4,7; MPA, “The Economic Contribution of the Motion Picture & Television Industry to the United States: Creating Jobs, Trading Around the World” (2018) Motion Picture Association, p.1; MPA, “Theme Report 2019” (2019) Motion Picture Association p.4, 5, 8, 12, 34, 40.

⁴ Ver página 1 de la sección “Modelos de negocios de OTT audiovisuales en América Latina: tendencias recientes y previsiones futuras” del presente estudio. Asimismo, MPA, “Theme Report 2019” (2019) Motion Picture Association, p. 5; N. Hendrickx, “Diagnóstico del mercado Theatrical, televisión, DVD y Blu-ray, y plataformas digitales VOD en América Latina” (2015) Ministerio de Cultura de Colombia, Proyecto plataforma de coordinación regional para la distribución audiovisual, p.129-130.

⁵ página 9 y 10 de la sección “Modelos de negocios de OTT audiovisuales en América Latina: tendencias recientes y previsiones futuras” del presente estudio.

⁶ N. Hendrickx, “Diagnóstico del mercado Theatrical, televisión, DVD y Blu-ray, y plataformas digitales VOD en América Latina” (2015) Ministerio de Cultura de Colombia, Proyecto plataforma de coordinación regional para la distribución audiovisual, p.129.

⁷ Ver C.E. Renautl y R. H. Aft “Del guion a la pantalla: la importancia del derecho de autor en la distribución de películas” (2011) OMPI, Industrias Creativas No.6.

⁸ Entre los distintos actores se encuentran: intérpretes, autores, agencias de publicidad, cineastas, compositores, directores, actores, artistas, intérpretes o ejecutantes, asociaciones del sector, productores, autores, guionistas, creadores, inversores, financiadores, fondos cinematográficos, empresas de afianzamiento de conclusión, aseguradores, agentes de ventas, abogados especialistas en derecho del entretenimiento, medios de comunicación y propiedad intelectual, consultores y auditores, distribuidores, exhibidores, expositores, editoriales, federaciones de comercio, sociedades de gestión colectiva y usuarios de materiales creativos, entre otros.

⁹ Durante la realización de la “Encuesta de la OMPI-MCST sobre el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias (ADR) para controversias en materia de derechos de autor y contenidos digitales entre empresas (B2B)”, cuyos resultados serán reportados a finales del año 2020, profesionales de la industria dan como característica de ciertas partes interesadas, un tipo de cultura menos litigiosa y más dada al arreglo directo. De la misma manera, las características de las partes, y los derechos que muchas veces se discuten en estos escenarios, trascienden el marco netamente comercial y, usualmente, contienen tintes personales, donde una solución litigiosa podría no adecuarse a las necesidades reales para la solución de la controversia entre las partes.

¹⁰ Ver por ejemplo AIE, “Los derechos de los artistas musicales en las grabaciones audiovisuales (s.f.) Artista Intérpretes o Ejecutantes (AIE) y Federación Ibero latinoamericana Artistas Intérpretes o Ejecutantes, p.5; Le

Este capítulo buscará explicar la manera en que los mecanismos alternativos de solución de controversias (ADR, por sus siglas en inglés *Alternative Dispute Resolution*) que ofrece el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (el Centro de la OMPI) pueden ayudar para dirimir las controversias que surgen entre las distintas partes, y mitigar los efectos de las mismas en la industria audiovisual y los servicios OTT.

Para este fin, primero se presentará un contexto general de los métodos ADR, la experiencia del Centro de la OMPI en este tipo de controversias, modelos de cláusulas de solución de controversias, y algunas tendencias internacionales.

2. LOS PROCEDIMIENTOS ADR

2.1. INTRODUCCIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS ADR

Todo acto jurídico, contractual o extracontractual, lleva consigo la potencialidad de derivar en una controversia. Esta es una realidad que permea todas las industrias, incluyendo las industrias creativas sobre las cuales funciona el sector audiovisual y los servicios OTT.

Ahora bien, cada industria tiene sus particularidades y distintas partes interesadas. No obstante, en términos generales, las necesidades de las partes en conflicto giran en torno a consideraciones similares: limitar los costos (del litigio, pero también derivados del impacto financiero que las controversias generan en la realización de las producciones audiovisuales y su explotación comercial); reducir los tiempos de solución de controversias (que se traducen en el mencionado impacto financiero); obtener la asistencia o decisión de un tercero neutral que no sea sólo especializado en el derecho aplicable al caso en cuestión, sino que entienda la industria; entre otras.

En el contexto de las industrias audiovisuales, estas consideraciones no son menos ciertas. No obstante, como pasaremos a ver, la diversidad de partes, la influencia y capacidad económicas de cada una de éstas y la creciente internacionalización de las controversias han puesto la evidencia la necesidad de buscar soluciones que satisfagan dichas consideraciones. En este sentido, el Centro de la OMPI trabaja para que las distintas partes en conflicto puedan solucionar sus controversias de manera eficiente.¹¹

En términos generales, se puede decir que los métodos ADR, por ejemplo la mediación y el arbitraje, son procedimientos de solución de controversias alternativos a los tribunales judiciales¹², y presentan las siguientes características:

- **Autonomía de las partes:** Las partes deben acordar referir una controversia a los procedimientos ADR.¹³ Esto trae consigo la característica que las partes pueden tener un mayor control sobre la controversia y el desarrollo del procedimiento, pues es un procedimiento que pueden adaptar a las necesidades de la controversia (por ejemplo,

Monde, "En Suède, Netflix accepte de verser des royalties aux professionnels de l'audiovisuel" Paris, 12 de marzo de 2020 tomado de: <https://search.proquest.com/docview/2375725695?accountid=41869>.

¹¹ Ver por ejemplo las tasas de acuerdo en los procedimientos OMPI <https://www.wipo.int/amc/es/center/caseload.html>.

¹² Ver la definición dada en https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution.

¹³ Existen dos vías principales para someter una controversia a este tipo de procedimientos. En primer lugar, a través de cláusulas contractuales, previendo controversias futuras. En segundo lugar, se puede presentar vía un acuerdo de sometimiento, donde las partes, una vez la controversia ha surgido, deciden someter esta disputa a un método ADR. Como ejemplos de estos mecanismos se pueden ver las cláusulas modelo y acuerdos de sometimiento desarrollados por el Centro de la OMPI en <https://www.wipo.int/amc/es/clauses/>.

seleccionar mediadores o árbitros, así como el idioma en que se llevarán a cabo los procedimientos y la ley aplicable al mismo, entre otros).

- **Especialidad:** el mediador y el(los) árbitro(s) son terceros imparciales e independientes, con experiencia en las áreas de controversia en que se encuentren las partes.
- **Procedimiento único:** permite consolidar en un sólo procedimiento distintas controversias entre las partes. En controversias en múltiples jurisdicciones, esto servirá para evitar tener que entablar procedimientos ante los tribunales de distintas jurisdicciones y, así, poder consolidarlo todo en un solo procedimiento.
- **Neutralidad:** permite a las partes buscar un foro y una ley “neutral”, que les permita eliminar la “ventaja” que puede existir para una de las partes de llevar el procedimiento en su jurisdicción. Esto resulta común en transacciones internacionales.
- **Confidencialidad:** Los procedimientos ADR son confidenciales.¹⁴ Esto ayuda a las partes a evitar cualquier tipo de preocupaciones sobre la publicidad de los procedimientos, que, por ejemplo en el sector audiovisual, podría plantear problemas reputacionales y publicitarios para las producciones y su futura comercialización.
- **Preservación de las relaciones comerciales:** La solución mediante métodos ADR genera un ambiente menos litigioso entre las partes.¹⁵ La capacidad de establecer diálogos entre éstas les permite llegar a soluciones que pueden trascender el plano netamente jurídico y preservar – o inclusive dar comienzo – a relaciones comerciales.
- **Finalidad y ejecución internacional:** Como elemento especialmente relevante en el contexto del arbitraje, cuando las partes refieren su controversia a arbitraje, por ejemplo, se benefician de la finalidad que da una decisión (laudo) arbitral. De tal manera, y distinto a una decisión judicial, un laudo arbitral normalmente será definitivo y no habrá lugar a apelación sobre el fondo de la controversia.¹⁶ En el contexto del arbitraje internacional, los laudos arbitrales cuentan con un sistema internacional de reconocimiento y ejecución, conocido como la Convención de Nueva York de 1958¹⁷ – la cual ha sido ampliamente ratificada y permite la ejecución internacional de laudos arbitrales.¹⁸ Un instrumento similar para los acuerdos resultantes de procedimientos de mediación ha sido aprobado recientemente por las Naciones Unidas,¹⁹ y entrará en vigor el 20 de septiembre de 2020.

2.2. MEDIACIÓN

En una mediación, las partes buscan llegar a un acuerdo, ayudadas por un tercero neutral, quien guía la cooperación entre las mismas. Además, el carácter confidencial de la mediación permite a las partes discutir abiertamente los puntos de controversia, intereses y posibles

¹⁴ Ver como ejemplo los Reglamentos de ADR de la OMPI (Reglamento de Mediación de la OMPI, Art. 15 a 18, Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Art. 75-78, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI, Art. 68-71, Reglamento de Decisión de Experto de la OMPI, Art. 16).

¹⁵ Ver <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>.

¹⁶ Es importante tener en cuenta que, dependiendo de cada jurisdicción, puede o no haber recursos de anulación u otro tipo de acciones contra los laudos arbitrales. De tal manera, es aconsejable revisar la normativa específica del lugar que sea escogido como sede a la hora de buscar limitar la capacidad de recurrir un laudo arbitral.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales, firmada en Nueva York en 1958 (la Convención de Nueva York) disponible en:

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>.

¹⁸ En el contexto latinoamericano se cuenta también con la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, (la Convención de Panamá), disponible en:

http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicpas.asp.

¹⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “Convención de Singapur sobre la Mediación”) disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.

soluciones, evitando que puedan ser utilizadas en contra de alguna de ellas por fuera de la mediación.

La mediación tiene un enfoque comercial y no puramente jurídico, el cual busca lograr un acuerdo consensuado entre las partes que sirva a sus intereses. Así, la mediación puede resultar en un acuerdo entre las partes que tenga naturaleza contractual y que ponga fin al conflicto manteniendo con vida la relación entre las partes.

Como se verá más adelante, la mediación puede combinarse con otro tipo de procedimientos para la solución de controversias ya sean mecanismos alternativos como el arbitraje o procedimientos tradicionales como la litigación ante tribunales judiciales.

En términos de costos, la mediación implica menor desgaste para las partes de lo que serían los procedimientos adversariales como el arbitraje o los tribunales judiciales. En este sentido, es normal encontrarlo como un mecanismo previo a dichos procedimientos. En caso de no llegar a un acuerdo en la mediación, podrán proceder a otros mecanismos de solución de controversias.

2.3. ARBITRAJE

Así como en la mediación, las partes requieren estar de acuerdo para poder acudir al arbitraje para la solución de sus controversias. No obstante, a diferencia de la mediación, éste último tendrá como producto un laudo de carácter vinculante para las partes, es decir, una decisión definitiva tomada por un tercero neutral escogido por las partes. Esto, sin perjuicio de que las partes puedan alcanzar un acuerdo durante el procedimiento arbitral.

El laudo arbitral es vinculante para las partes y, de ser de carácter internacional por tener puntos de conexión internacional (como por ejemplo, cuando las partes se encuentren en distintas jurisdicciones), será ejecutable internacionalmente, por ejemplo, en virtud de la Convención de Nueva York.²⁰ Los laudos arbitrales son finales, es decir no sujeto a apelación y cuenta con la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial.

En contraposición con la litigación ante los tribunales, el arbitraje da a las partes mayor flexibilidad lo que permite definir y adaptar el procedimiento a las necesidades de la controversia. Las partes pueden elegir árbitros que sean expertos no sólo en un área específica del derecho, sino que tengan experiencia también en contratos relacionados con la industria audiovisual, en temas de servicios OTT, digitales, tecnológicos, así como otros temas comerciales.

En el arbitraje comercial, las partes pueden establecer el derecho aplicable tanto al procedimiento arbitral (la ley de la jurisdicción elegida como sede arbitral, o *lex arbitri*), así como el derecho aplicable al fondo de la controversia. La existencia de medios tecnológicos, sumado a la confidencialidad y la flexibilidad del procedimiento, hará posible que el procedimiento sea conducido de forma electrónica, incluyendo la celebración de audiencias.²¹

Por otra parte, si la celeridad y los costos en la resolución de la controversia resultan un factor esencial, las partes puede optar por acudir a procedimientos arbitrales expeditos (arbitraje acelerado), donde se condensan las principales etapas del arbitraje lo que permite concluir el proceso en un plazo de tiempo menor.

²⁰ La convención cuenta con 163 estados a la fecha Ver <http://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>.

²¹ Ver <https://www.wipo.int/amc/es/eadr/index.html>.

2.4. DECISIÓN DE EXPERTO

En un procedimiento de decisión de experto las partes someten un asunto específico (por ejemplo, una cuestión técnica) a uno o más expertos que dictan una decisión al respecto. Las partes pueden acordar que dicha decisión sea vinculante o no.

Este es un procedimiento que puede ser especialmente útil para resolver temas técnicos como, por ejemplo, la determinación de regalías o las tasas de comisiones por distribución de producciones audiovisuales.²²

3. EL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA OMPI

3.1. INFORMACIÓN SOBRE EL CENTRO DE LA OMPI

Los procedimientos ADR pueden realizarse *ad hoc* o bajo los auspicios de una institución. En los procedimientos *ad hoc* las partes diseñan el proceso y lo administran ellos mismos directamente con el mediador, árbitro o experto, lo que requiere una experiencia considerable en el manejo de estos procedimientos y una cooperación efectiva entre todas las partes para evitar demoras y costos innecesarios. En la práctica esto suele ser complejo. En un procedimiento ADR institucional, la institución seleccionada proporciona una estructura procesal para iniciar y llevar a cabo los procedimientos, la administración de los aspectos financieros del caso, así como el acceso a árbitros, mediadores y expertos calificados, mientras deja un alto grado de flexibilidad a las partes para adaptar el procedimiento a sus necesidades.

El Centro de la OMPI ofrece métodos ADR para permitir a las partes resolver sus conflictos comerciales domésticos o internacionales, sin necesidad de litigar ante los tribunales judiciales. El Centro de la OMPI es internacional y está especializado en controversias de propiedad intelectual y tecnología, incluidas las controversias en el sector audiovisual y servicios OTT.²³ Se enfoca en el control del tiempo y coste de sus procedimientos. El Centro de la OMPI también colabora con Oficinas Nacionales de propiedad intelectual y otras organizaciones interesadas en la PI para promover el uso de los mecanismos ADR²⁴.

Los Reglamentos de Mediación, Arbitraje, Arbitraje Acelerado y Decisión de Experto de la OMPI son flexibles y pueden ser adaptados para las necesidades específicas y las características de las partes involucradas en el sector audiovisual, en especial temas de propiedad intelectual, tecnología y, en general, las relaciones comerciales entre las partes. Asimismo, el Centro de la OMPI cuenta con procedimientos adaptados para el sector del cine y los medios de comunicación²⁵.

En su función como administrador de procedimientos, el Centro de la OMPI mantiene una estricta neutralidad e independencia. La eficacia de los procedimientos depende en gran medida de la calidad del mediador, árbitro o experto. El Centro de la OMPI mantiene una lista de más de 2.000 mediadores, árbitros y expertos internacionales con experiencia en el sector de propiedad intelectual y tecnología, incluyendo el sector audiovisual. Éstos pueden ser nombrados por las partes en el marco de los Reglamentos de la OMPI.

²² C.E. Renault y R.H. Aft "Del guion a la pantalla: la importancia del derecho de autor en la distribución de películas" (2011) OMPI, Industrias Creativas No.6. p.109-110.

²³ Ver <https://www.wipo.int/amc/en/film/>.

²⁴ Ver <https://www.wipo.int/amc/es/center/specific-sectors/ipoffices/index.html>.

²⁵ Ver <https://www.wipo.int/amc/en/film/>.

3.2. LA EXPERIENCIA DEL CENTRO DE LA OMPI EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

3.1.1. Reglamentos de Mediación y Arbitraje Acelerado de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación²⁶

Los Reglamentos de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación han sido desarrollados en colaboración con expertos de la industria y están diseñados para resolver las controversias en los sectores de cine y medios de comunicación, especialmente para controversias relativas a transacciones internacionales, como, por ejemplo, contratos de licenciamiento, distribución y comercialización, coproducciones, *outsourcing*, encargo de obras, entre otras.

Estos procedimientos tienen como particularidad, plazos reducidos para tener en cuenta los tiempos cada vez más cortos de producción, de producto y las dinámicas de un mercado internacional cada vez más competitivo.

Dentro del marco de los Reglamentos de la OMPI para el Sector del Cine y los Medios de Comunicación, el Centro de la OMPI ha establecido una lista internacional de mediadores, árbitros y expertos en la industria audiovisual. En caso de que las partes no puedan ponerse de acuerdo o no conocieran expertos adecuados para ser mediadores o árbitros de una controversia, en el marco de un procedimiento administrado bajo los Reglamentos de la OMPI, el Centro de la OMPI puede proporcionarles una lista de candidatos que tengan la experiencia relevante para la disputa particular.

3.1.2. Ejemplos de casos

a. Mediación OMPI de un conflicto de derechos de autor en la industria de la televisión

Una controversia sobre la copia de un formato de TV para un programa de entretenimiento surgió entre dos empresas europeas. La empresa que creó y desarrolló el formato de TV, afirmó que existían similitudes sustanciales entre su programa y otro programa producido por la otra empresa.

Tras un intercambio de correspondencia entre las partes, las mismas acordaron remitir la controversia a mediación OMPI, de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación. En el acuerdo de sometimiento a mediación, las partes también acordaron el nombramiento de un mediador con conocimiento de la industria de formatos de TV. Con la asistencia del Centro de la OMPI, las partes acordaron nombrar un mediador de la lista del Centro de la OMPI. Las partes solucionaron sus controversias y llegaron a un acuerdo de colaboración luego de varias reuniones con el mediador.

b. Arbitraje de la OMPI sobre un acuerdo de distribución de derechos de radiodifusión

Una empresa de distribución de TV presentó una solicitud de arbitraje en una controversia contra una federación deportiva internacional, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI en relación a una controversia surgida de un acuerdo de distribución de derechos de transmisión. El acuerdo se refería a la distribución exclusiva de transmisiones

²⁶ Los procedimientos administrados por la OMPI en el marco de los Reglamentos de la OMPI explicados en este aparte, cuentan con un baremo de tasas y costos reducidos. Las tasas que son cobradas por el Centro de la OMPI no tienen fines de lucro y tienen en cuenta las características y montos usuales para las controversias que se encuentran en este sector. El cronograma detallado de tarifas y costos se puede consultar en: www.wipo.int/amc/en/lm/rates/index.html.

de competiciones deportivas a audiencias televisivas en las regiones de Asia y el Pacífico. La cláusula de resolución de controversias disponía que la controversia fuera decidida por un árbitro único, el lugar de arbitraje sería Ginebra, Suiza, y la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley suiza. La compañía de distribución de TV reclamó daños por incumplimiento de contrato.

Luego de consultas entre las partes y el Centro de la OMPI, éste nombró un árbitro único con experiencia en medios y asuntos deportivos. El árbitro único consideró las pruebas documentales, celebró una audiencia con el fin de examinar a los testigos y, en el curso del año que siguió el comienzo del arbitraje, dictó un laudo final rechazando la reclamación de daños.

c. Arbitraje acelerado de la OMPI de una controversia de coproducción de cinematográfica (I) y (II)

Dos partes europeas y una parte de América Latina firmaron un acuerdo de coproducción para el desarrollo de una película animada. Los Demandantes reclamaron que hubo una terminación unilateral indebida del acuerdo por parte del Demandado. La contrademanda del Demandado estableció las razones por las cuales tenía derecho a la rescisión unilateral, debido a varios incumplimientos contractuales por parte de los Demandantes (por ejemplo, baja calidad de los materiales).

El contrato incluía una cláusula de arbitraje acelerado de la OMPI. De una lista de candidatos preparada por el Centro de la OMPI, las partes nominaron a un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, para que actuara como el árbitro único. El procedimiento arbitral estuvo particularmente cargado de incidentes procesales, solicitudes de medidas cautelares y la participación activa del árbitro para resolver estas solicitudes y permitir que el proceso avance. Se celebró una audiencia virtual de dos días con la participación de las partes, el árbitro, los testigos y peritos, y el Centro de la OMPI.

El árbitro dictó el laudo definitivo decidiendo que el Demandado había rescindido el contrato de conformidad con la ley aplicable, debido a los incumplimientos probados del contrato en los que incurrieron los Demandantes.

Tras el anterior arbitraje acelerado, uno de los Demandantes inició un nuevo procedimiento para obtener el reembolso de los gastos incurridos en la coproducción en función de un mecanismo contractual previsto en el acuerdo de coproducción para cuando una de las partes fuere forzada a retirarse de la coproducción, como ocurrió en ese caso en virtud de lo decidido en el laudo arbitral en el primer arbitraje.

e. Controversias entre titulares de derechos y plataformas OTT

El Centro de la OMPI también tiene experiencia en la administración de controversias entre titulares de derechos y plataformas *online* relativas al licenciamiento de derechos.

3.3. CLÁUSULAS MODELO DE LA OMPI

Como mecanismos privados y consensuados, los ADR se basan en el acuerdo de las partes. Así, el punto de partida de una mediación o un arbitraje empieza por el hecho que de las partes decidan someter controversias futuras o existentes a alguno de dichos procedimientos de común acuerdo.²⁷ De tal manera, ese acuerdo puede estar contenido en un contrato entre las partes, o puede estar especialmente redactado en relación con una

²⁷ •I. de Castro, H. Wollgast and C. Accornero, 'Effective Mediation and Arbitration Clauses and Submission Agreements for Intellectual Property Disputes' (2018) GRUR Int. 7/2018, pp. 648-651.

controversia en particular después de que ésta haya ocurrido, por ejemplo en controversias de infracción de derechos de autor y derechos conexos relacionados con contenidos disponibles en los sistemas audiovisuales OTT.

Para facilitar la utilización de los mecanismos ADR de la OMPI, el Centro de la OMPI proporciona cláusulas contractuales modelo y acuerdos de sometimiento en diferentes idiomas, incluidos el español.²⁸ Estas cláusulas y acuerdos de sometimiento se han desarrollado en colaboración con expertos internacionales.

En el contexto que nos atañe, el Centro de la OMPI cuenta, además de sus cláusulas y acuerdos estándar, con cláusulas modelo y acuerdos de sometimiento para llevar a cabo el procedimiento de mediación y arbitraje de acuerdo con los Reglamentos de Mediación y de Arbitraje Acelerado para el Sector del Cine y los Medios de Comunicación, para ser incluidas en los distintos contratos para el sector OTT²⁹.

El Centro de la OMPI pone a disposición diferentes mecanismos ADR; existen cláusulas modelo y acuerdos de sometimiento para cada procedimiento ADR de la OMPI, así como combinaciones de estos procedimientos. El siguiente es un ejemplo de cláusula modelo escalonada (es decir con combinación de procedimientos ADR) que refiere la controversia al Centro de la OMPI bajo los Reglamentos de Cine y Medios de Comunicación, con una breve explicación de sus elementos:

Mediación seguida, en ausencia de solución, de arbitraje acelerado para el Sector del Cine y Medios de Comunicación

“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 resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación. (A) La mediación tendrá lugar en [especificar el lugar]. (B) El idioma que se utilizará en la mediación será [especificar el idioma]. (C)

Si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación, o en la medida en que no haya sido solucionada en el plazo de [30] [60] días contados desde el comienzo de la mediación, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación. No obstante, si antes de la expiración de ese plazo de [30] [60] días, una de las partes se abstiene de participar o deja de participar en la mediación, se someterá la controversia, la diferencia o la reclamación a arbitraje mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por la otra parte para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI para el Sector del Cine y Medios de Comunicación. (D) El tribunal arbitral estará compuesto por un árbitro único. El arbitraje tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [especificar el idioma]. (E) La controversia, diferencia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con el derecho de [especificar la jurisdicción]. (F)”

(A) Alcance: las cláusulas modelo de la OMPI y los acuerdos de sometimiento se redactan de manera amplia para abarcar controversia relacionadas con el contrato, así como las pretensiones no contractuales.

²⁸ Ver <http://www.wipo.int/amc/es/clauses/>.

²⁹ Ver <https://www.wipo.int/amc/es/film/rules/index.html>.

(B) Lugar de mediación: Las partes pueden determinar dónde quieren que se lleve a cabo la mediación. Las reuniones también pueden llevarse a cabo a través de herramientas de videoconferencia.

(C) Idioma: las partes pueden elegir el idioma que más se ajuste a sus necesidades.

(D) Plazo de mediación: Establecer un plazo para la mediación en una cláusula combinada ayuda a que el caso avance para llegar a un acuerdo o para iniciar el procedimiento siguiente acordado por las partes.

(E) Lugar de arbitraje: la elección del lugar de arbitraje determina la ley que regula el marco procesal del caso (entre otras, la disponibilidad de medidas provisionales, la conducción del arbitraje y la ejecución del laudo), así como la “nacionalidad” del laudo y los tribunales que tendrán competencia para conocer de ciertos aspectos de los procedimientos arbitrales. Independientemente del lugar de arbitraje elegido, las partes pueden celebrar reuniones o audiencias en cualquier parte del mundo, según convenga en cada caso.

(F) Ley sustantiva aplicable: Es aconsejable que las partes seleccionen la ley sustantiva aplicable, es decir, la ley en la que se basará el tribunal arbitral para decidir la controversia.

Solicitud Unilateral de Mediación

El Centro de la OMPI es contactado periódicamente en relación con controversias en las que una de las partes desea someterla a mediación, pero no existe un acuerdo de mediación entre las partes, por ejemplo, en controversias por infracción de derechos o en los casos pendientes ante los tribunales. Para facilitar la presentación de tales controversias a Mediación OMPI, una parte puede presentar una solicitud unilateral de mediación³⁰ al Centro de la OMPI de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI.³¹ El Centro de la OMPI podrá asistir a las partes o, si lo solicitan, nombrar un tercero neutral para prestar la asistencia requerida.³²

³⁰ Art. 4(a) Reglamento de Mediación de la OMPI para el Sector de Cine y Medios de Comunicación disponible acá: <https://www.wipo.int/amc/es/film/rules/index.html#art3>.

³¹ Ver http://www.wipo.int/amc/en/docs/request_mediation.docx.

³² Art. 4(b) Reglamento de Mediación de la OMPI para el Sector de Cine y Medios de Comunicación disponible acá: <https://www.wipo.int/amc/es/film/rules/index.html#art3>

4. CONCLUSIÓN

Las cifras del crecimiento de los distintos modelos de servicios OTT en el mundo y en América Latina van en aumento y con ella, la potencialidad de un incremento de las controversias, en especial aquellas con puntos de conexión internacionales (tanto en temas de contratos de licenciamiento de los catálogos, como en temas de producción, y otros que hemos mencionado en este artículo) Asimismo, las partes en litigio tienen características particulares que traen consigo otro tipo de elementos a un potencial litigio (estos pueden ser temas que trascienden el negocio mismo, como temas personales, económicos, culturales, aversión a las soluciones litigiosas, entre otros) que obligan a pensar más allá de las vías de resolución judicial y abrir el espacio para mecanismos alternativos que permitan soluciones rápidas, costo-eficientes, creativas y que analicen el contexto completo y entiendan las necesidades de las partes y de la industria. De tal manera, la utilización de estos mecanismos de ADR, sea en su forma general o especializada por industria, es algo que las partes interesadas en esta industria de servicios OTT puede considerar.

Estas reflexiones trascienden el plano teórico y han sido ya puestas en práctica en algunos casos de mediación y arbitraje presentados ante el Centro de la OMPI.

De la misma manera, en el contexto público, múltiples legislaciones y oficinas de derechos de autor en los Estados miembros de la OMPI, tienen previstos mecanismos y procedimientos para la solución de litigios en el área de derecho de autor.³³ En este marco, el Centro de la OMPI colabora activamente con los estados miembros y varias de estas oficinas de propiedad intelectual para desarrollar mecanismos que se adecúen a este tipo de necesidades en el área digital.³⁴

Finalmente, cabe mencionar que durante la redacción de este artículo, el Centro está conduciendo una encuesta global sobre el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias en el área de derecho de autor y contenidos digitales entre empresas, incluyendo los servicios OTT, que dará una visión sobre este tipo de controversias en distintas jurisdicciones.³⁵ Asimismo, permitirá el potencial desarrollo de otro tipo de mecanismos de solución de controversias adaptados a las necesidades de esta industria.

³³ Como ejemplo se pueden encontrar las colaboraciones que lleva a cabo el Centro de la OMPI con las oficinas de propiedad intelectual en América Latina tales como Colombia a través de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), México a través del Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR), la República Dominicana a través de la Oficina Nacional de Derecho de Autor (ONDA). Asimismo, la colaboración que existe con la República de Corea a través del Ministerio de Cultura, Deportes y Turismo de la República de Corea (MCST). Todos los cuales cuentan con sistemas alternativos de solución de controversias que buscan disminuir el impacto de las controversias en derecho de autor, incluyendo, cada vez en mayor medida, las controversias entre partes interesadas en la industria de los servicios OTT.

³⁴ Ver <https://www.wipo.int/amc/es/center/specific-sectors/ipoffices/index.html>

³⁵ Varios de los comentarios y afirmaciones dadas en este artículo derivan de las entrevistas que están siendo conducidas con abogados, sociedades de gestión colectiva, plataformas y otras empresas del sector, en el marco de la Encuesta de la OMPI-MCST sobre el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias (ADR) para controversias en materia de derechos de autor y contenidos digitales entre empresas (B2B)" durante la redacción del presente documento, disponible en: https://www.wipo.int/amc/es/center/copyright/copyright_survey.html. El reporte estará disponible a finales del año 2020.

Bibliografía:

- I. de Castro, H. Wollgast and C. Accornero, 'Effective Mediation and Arbitration Clauses and Submission Agreements for Intellectual Property Disputes' (2018) GRUR Int. 7/2018, pp. 645-653
- C.E. Renault and R.H. Aft, 'From Script to Screen: The Importance of Copyright in the Distribution of Films' (2011) WIPO, Creative Industries – Booklet no. 6.
- L. Toscano y O. Suárez. 'Las oficinas de PI adquieren importancia en la solución extrajudicial de controversias' (2018) OMPI Revista, Ed. 1-2019, pp. 39-43
- MPA, 'Comments of the Motion Picture Association of America, Inc.' (2018) Intellectual Property Enforcement Coordinator
- MPA, 'The Economic Contribution of the Motion Picture & Television Industry to the United States'(2018)
- O. Berrendo, Juan A. Serrano y E. Endcinas, 'Panorama Audiovisual Iberoamericano 2018' (2018) EGEDA-FIPCA
- N. Hendrickx, 'Diagnóstico del mercado Theatrical, televisión, DVD y Blu-ray, y plataformas digitales VOD en América Latina' (2015) Ministerio de Cultura de Colombia, Proyecto plataforma de coordinación regional para la distribución audiovisual, p.136
- C. E. Renault y R. H. Aft "Del guion a la pantalla: la importancia del derecho de autor en la distribución de películas" (2011) OMPI, Industrias Creativas No.6.
- AIE, "Los derechos de los artistas musicales en las grabaciones audiovisuales (s.f.) Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE) y Federación Ibero-latinoamericana Artistas Intérpretes o Ejecutantes p.5
- Reglamentos de Mediación, Arbitraje, Arbitraje Acelerado de la OMPI (2020)
- Reglamento de Mediación de la OMPI para el Sector de Cine y Medios de Comunicación
- Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI para el Sector de Cine y Medios de Comunicación
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, firmada en Singapur en 2019
- Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales, firmada en Nueva York en 1958
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975
- Le Monde, "En Suède, Netflix accepte de verser des royalties aux professionnels de l'audiovisuel" Paris, 12 de marzo de 2020 tomado de: <https://search.proquest.com/docview/2375725695?accountid=41869>.

[Fin del documento]