

Métodos alternativos de solución de controversias en el mundo de las tecnologías financieras (*FinTech*)

Por Leandro Toscano y Óscar Suárez¹

1. Introducción

Términos como *Blockchain*, Inteligencia Artificial (*AI*), *Big Data*, *Open Banking* y, por supuesto, *FinTech* han permeado nuestro día a día. Estos nuevos conceptos responden a un crecimiento sustancial en las industrias de la innovación del mundo digital.² En lo que respecta a *FinTech*, reportes recientes han mostrado una proyección de mercado global cercana a los \$45 billones de dólares americanos (un 7,1% de crecimiento sostenido) para 2020.³

Estos desarrollos tienen como elementos comunes la innovación, la creatividad, la generación de acuerdos entre distintas partes (locales e internacionales), y la necesidad de monetizar los productos y servicios que derivan de este trabajo conjunto.⁴ Pero donde existe la necesidad de interactuar entre distintas partes interesadas, el surgimiento de conflictos es probable y, así, resulta necesario prever métodos eficientes para solucionarlos,⁵ especialmente cuando se involucran procesos que conllevan la creación de derechos de propiedad intelectual (PI) que resultan ser activos neurálgicos para este tipo de negocios.⁶

En la siguiente lista podemos ver algunas fuentes de posibles conflictos que han sido identificadas:

- **Desarrollo constante de producto, actualizaciones y nuevas alianzas:** El desarrollo constante de nuevos productos y actualizaciones pueden vaciar de valor un producto, o hacer atractivo terminar alianzas previas y conseguir nuevos socios con un producto más atractivo.⁷

¹ Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, Suiza.

² M. Medeiros, "FinTech – Stake a patent claim?" *IP Monitor*, Norton Rose Fulbright, 2015, p 1; S. Turner, S. McKieran y K. Mycock, "IP Rights in the FinTech revolution" *Intellectual Property Magazine*, 2017, tomado de: <https://www.intellectualpropertymagazine.com/patent/ip-rights-in-the-fintech-revolution-123135.html>.

³ KPMG y NASSCOM 10,000 Startups, "Fintech in India – A global growth story", 2016, tomado de: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/FinTech-new.pdf>.

⁴ Turner *supra* nota 3.

⁵ I. De Castro, L. Toscano, A. Gadkowski, "An Update on International Trends in Technology, Media and Telecoms Dispute Resolution, Including Intellectual Property Disputes" *Les Nouvelles*, 2018, p. 116.

⁶ Gran parte del valor de activos de estas compañías se encuentra respaldado por activos intangibles tales como patentes, marcas, *know-how*, derecho de autor. Para ver una discusión más en detalle sobre la creciente relevancia de los derechos de propiedad intelectual en las industrias actuales: I. De Leon y J. Fernández, "Innovation, Startups and Intellectual Property Management : Strategies and Evidence from Latin America and Other Regions" *Springer*, 2017.

⁷ R. O'Grady, "Fintech: a bittersweet inevitability?" *African Law Business*, 2018, tomado de: <https://www.africanlawbusiness.com/news/8502-fintech-a-bittersweet-inevitability>.

- **Incertidumbre sobre la titularidad de los desarrollos tecnológicos:** Estrechamente ligado a la PI, muchas veces este tipo de desarrollos traen dificultad para determinar el porcentaje de titularidad o aportaciones de cada uno de los intervinientes en el proceso de desarrollo.
- **Utilización de *Smart Contracts* para ejecuciones contractuales:** La automatización de ciertas prestaciones contractuales puede derivar en la aplicación de disposiciones contrarias a lo pactado contractualmente por fallas de programación.⁸
- **Otras áreas relevantes de conflicto pueden versar sobre:** Licenciamiento de PI o de tecnologías de la información y comunicación (TICs), acuerdos de desarrollo o mantenimiento de software, acuerdos de nivel de servicio, externalización (*outsourcing*), colaboraciones empresariales, cumplimiento de pagos de regalías, uso y almacenamiento de datos, problemas de interconexión, interfaces de programación de aplicaciones (*APIs*), aplicaciones móviles, inteligencia artificial, *Blockchain / DLT* e infracciones de PI.

Finalmente, antes de adentrarnos en el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias (en inglés, *Alternative Dispute Resolution: ADR*) para *FinTech*, vale la pena tener en cuenta que, al hablar de partes interesadas en *FinTech*, no nos hallamos restringidos a entidades financieras. Por el contrario, este sector ha visto un interés creciente por parte de empresas tecnológicas como IBM,⁹ y MyPIMEs, que proveen una amplia gama de usuarios y proveedores en este ecosistema. De tal manera, podemos encontrar partes tales como plataformas en línea (*online marketplaces*), *startups*, desarrolladores de software y programadores, desarrolladores de *Dapps*, compañías de TICs, los cuales pueden actuar como proveedores de servicios de pago de servicio de cuenta o gestores de cuenta (*ASPSP*) y proveedores de servicios de pago a terceros o proveedores a terceros (*TPP*) tales como proveedores de servicios de iniciación de pagos o iniciadores de pagos (*PISP*) y/o proveedores de servicios de información sobre cuentas o agregadores (*AISP*).¹⁰

2. Los métodos *ADR* en el sector *FinTech*

2.1. Ventajas de los métodos *ADR*

Los métodos *ADR* resultan eficientes para resolver controversias fuera de los tribunales judiciales. Este tipo de métodos son utilizados en diversos sistemas legales

⁸ *Ibid*

⁹ CIPHER, "IP Strategy Report: Technology disruption through a patent lens", 2018, pp. 16-19.

¹⁰ Ver <https://www.wipo.int/amc/es/center/specific-sectors/ict/fintech/index.html>.

alrededor del mundo, y se han expandido a áreas tales como la PI y las nuevas tecnologías.¹¹

Los métodos *ADR* más utilizados son la mediación, el arbitraje, y la decisión de experto. Estos procedimientos tienen las siguientes características principales comunes:

- **Procedimiento único:** La utilización de un procedimiento *ADR* permite consolidar en un solo proceso múltiples controversias entre las partes. Esto toma especial relevancia en conflictos transfronterizos donde las controversias pueden implicar entablar procedimientos en múltiples jurisdicciones e instancias judiciales.
- **Especialidad:** Las partes pueden nominar para su controversia a un tercero imparcial e independiente con amplia experiencia en las áreas de controversia en que se encuentren las partes. Esto, en el contexto de las nuevas tecnologías y de *FinTech*, es un elemento especialmente relevante.
- **Autonomía de las partes:** A diferencia de lo que ocurre con un procedimiento judicial, la naturaleza privada y consensual de los procedimientos *ADR* significa que las partes pueden tener un mayor control sobre la controversia y el desarrollo del procedimiento. Las partes seleccionan ellas mismas someter la controversia actual o futura a estos procedimientos,¹² selecciona a la(s) persona(s) que ayudará(n) o resolverá(n) la controversia, así como el idioma en que se llevarán a cabo los procedimientos y la ley aplicable al mismo.
- **Neutralidad:** Mediante un procedimiento *ADR* las partes pueden 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 entre partes con puntos de conexión internacionales.
- **Eficiencia:** En general, los procedimientos *ADR* cuentan con la ventaja de reducir de forma importante los tiempos de resolución de una controversia. Esto usualmente deriva en un ahorro de los costos que pueden implicar para las partes llevar su litigio por las vías jurisdiccionales ordinarias.

¹¹ H. Wollgast, “WIPO alternative dispute resolution – saving time and money in IP disputes” *WIPO Magazine*, 2016, tomado de https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/si/article_0010.html.

¹² 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/>.

- **Confidencialidad:** Los procedimientos de *ADR* tienen la característica de ser confidenciales.¹³ Esto ayuda a las partes a evitar cualquier tipo de preocupaciones sobre la publicidad de los procedimientos, especialmente paleando temas sensibles de reputación en el mercado, secretos industriales, entre otros.¹⁴
- **Preservación de las relaciones comerciales:** La solución mediante métodos *ADR* genera un ambiente menos litigioso entre las partes. Esto ha sido demostrado en la experiencia del Centro de la OMPI al tener tasas de acuerdos cercanas al 70% durante los procedimientos de mediación y del 40% durante los procedimientos arbitrales administrados por el Centro de la OMPI.¹⁵ La capacidad de abrir diálogos entre las partes les permite llegar a soluciones que pueden trascender el plano netamente jurídico y preservar – o inclusive dar comienzo – a relaciones comerciales con la parte en conflicto.
- **Finalidad y ejecución internacional:** Como elemento final, y especialmente relevante en el contexto del arbitraje, cuando las partes refieren su controversia a arbitraje, por ejemplo, se benefician de la finalidad que da un laudo arbitral. De tal manera, y distinto a una decisión judicial, un laudo arbitral normalmente será definitivo y no habrá lugar a ningún tipo de apelación sobre el fondo de la controversia.¹⁶

Asimismo, como es bien sabido, este tipo de laudos de arbitraje internacional cuentan con la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales, firmada en Nueva York en 1958 – también conocida como Convención de Nueva York 1958 – la cual ha sido ampliamente ratificada y da lugar a una ejecución expedita de este tipo de decisiones arbitrales.¹⁷ Un instrumento esencial para partes internacionales que utilizan el arbitraje como procedimiento de solución de controversias.

Un instrumento similar para los acuerdos de mediación ha sido aprobado recientemente por las Naciones Unidas, luego de haber sido debatido y aprobado en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y pasará a firma en el mes de agosto de 2019.¹⁸

¹³ 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).

¹⁴ Wollgast *supra* nota 11.

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 Para ver el estado actual de la Convención de Nueva York de 1958, ver <http://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>.

¹⁸ Ministry of Law of Singapore, “Singapore clinches bid for UN Convention on Mediation to be named after Singapore”, tomado de: <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/press-releases/UN-convention-on-mediation-to-be-named-after-Singapore.html>.

En este contexto, el Centro de la OMPI, especialmente reconocido en el ámbito de la administración de las controversias internacionales de PI y tecnología (ver recuadro), colabora con partes interesadas en el sector de *FinTech* con el fin de entender y ayudar a las partes a utilizar este tipo de mecanismos alternativos y hacer uso de sus ventajas.

No obstante, es preciso aclarar que no toda controversia necesita o debe ser sometida a un método *ADR*. Usualmente, consideraciones de estrategia de litigio, fijación de jurisprudencia, entre otros, juegan un papel importante a la hora de decidir someter una controversia a este tipo de procedimientos y cuál de éstos – mediación, arbitraje, decisión de experto – es más conveniente para las finalidades de las partes.

2.2. *FinTech* y *ADR*

Como hemos mencionado previamente, los derechos derivados de los desarrollos tecnológicos, incluyendo los derechos de PI, son uno de los principales motores de la innovación y la creatividad.¹⁹ En el contexto de *FinTech*, las múltiples y diversas relaciones contractuales que suceden – acuerdos de colaboración empresarial, contratos de prestación y de servicios, contratos de distribución, entre otros²⁰ – generan un escenario para potenciales futuras disputas.²¹

Debido a sus ciclos cortos de producto, el monto de las pretensiones que puede llegar a haber en litigio,²² y las múltiples áreas grises legales que aún existen, los asesores legales tienen la necesidad de plantear una estrategia jurídica-contractual que prevea mecanismos de solución de controversias ágiles y eficaces para lidiar con las potenciales dificultades que traería la resolución de conflictos entre las partes. Por ejemplo, la conclusión de colaboraciones internacionales, la alta complejidad del producto, la aplicación de *lex causae* extranjera, la necesidad de preservar la confidencialidad de los desarrollos y el acceso a información que, en parte, sólo pueden ser protegidos mediante secretos industriales e información confidencial o “*know-how*”, neutralidad de foro, incertidumbre sobre conflicto de leyes y problemas de jurisdicción,²³ entre otros. Temas sobre los cuales los tribunales nacionales pueden no estar suficientemente familiarizados para manejar o que, por su naturaleza

¹⁹ De Castro *et al*, *supra* nota 5, p. 116.

²⁰ Véanse también conflictos en referentes a APIs, *networking*, *cloud computing*, encriptamiento de datos, software, pagos móviles, apps, *Internet of Things*, et cetera. Ver M. Sole, “BankThink Fintech Patent Trolls Can’t be Allowed to Win”, *American Banker*, 2016, tomado de: <https://www.americanbanker.com/opinion/fintech-patent-trolls-cant-be-allowed-to-win>.

²¹ O’Grady *supra* nota 7.

²² Ver por ejemplo el caso *Oracle America, Inc. v. Google Inc.*, 750 F.3d 1381, 750 F.3d 1376.

²³ Ver las distintas discusiones que hay en torno a la ley aplicable y jurisdicción. Ver FMLC, “FinTech: Issues of Legal Complexity”, 2018, tomado de www.fmlc.org pp 63 – 77; Federal Council of Switzerland, “Legal framework for distributed ledger technology and blockchain in Switzerland”, 2018, tomado de: https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/Publikationen/2018/181207_Bericht_Bundesrat_Blockchain_Engl.pdf pp 70 – 78.

de servicio público del estado, requieren que sus procedimientos sean rigurosamente reglamentados y que sus actuaciones y decisiones sean de acceso público.²⁴

En este sentido, las controversias en el contexto de *FinTech* pueden aprovechar las ventajas de los métodos *ADR*, los cuales permitirán: soluciones costo- y tiempo-eficientes, la elaboración de un proceso flexible que se adapte a las necesidades de las partes, la selección de un tercero neutral especializado en esta área y áreas relacionadas con esta industria, la finalidad y ejecución de la decisión o acuerdo que de fin a la controversia, la confidencialidad de la controversia, la limitación de acceso a la información (restricción de *disclosure*), disminución de incertidumbre sobre ley aplicable y jurisdicción, entre otros.

Asimismo, como fue visto anteriormente, una vez una decisión arbitral es adoptada en forma de laudo definitivo, su ejecución internacional vía la Convención de Nueva York ofrece a las partes una garantía de cumplimiento – algo que eventualmente se podrá extender a los acuerdos internacionales de mediación vía la Convención de Singapur.

2.3. La experiencia del Centro de la OMPI en controversias de *FinTech*

Los desarrollos tecnológicos en el sector de *FinTech* han aumentado en los últimos años, trayendo innovación y remodelando la forma en que los servicios financieros son ofrecidos y accedidos en el mercado. Los procedimientos *ADR* de la OMPI ayudan a las partes en este tipo de controversias a adoptar soluciones prácticas y satisfactorias, siendo mecanismos flexibles, costo-eficientes y expeditos. Los procedimientos *ADR* permiten a las partes elegir un mediador, árbitro o experto con conocimientos específicos en el sector de *FinTech*. Estos procedimientos proporcionan un foro neutral en el cual se pueden resolver controversias internacionales a través de un solo procedimiento. Asimismo, los procedimientos *ADR* pueden ser adaptados de tal manera que permitan una ejecución eficaz de los resultados.²⁵

En los últimos años el Centro de la OMPI ha administrado controversias relacionadas con el sector de *FinTech*. A modo de ejemplo presentamos dos casos – uno de mediación y otro de arbitraje – que ilustran lo explicado anteriormente:

- **Mediación OMPI de una controversia sobre patentes y software:** Un licenciante europeo y licenciarios europeos y estadounidenses firmaron un acuerdo de licencia cruzada relacionado con la fabricación de tarjetas de identificación personal inteligentes y software relacionado. Después de años de relaciones comerciales, surgió una controversia cuando los licenciarios

²⁴ O'Grady *supra* nota 7.

²⁵ Ver <https://www.wipo.int/amc/es/center/specific-sectors/ict/fintech/index.html>.

acusaron al licenciante de infringir dicho acuerdo. Basados en una cláusula de resolución de controversias que proponía Mediación OMPI seguida, en ausencia de solución, por Arbitraje OMPI contenida en este acuerdo, las partes iniciaron un procedimiento de mediación. El Centro de la OMPI propuso varios candidatos con experiencia en TICs y mediación para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo sobre la controversia.

- **Arbitraje OMPI de una controversia sobre software bancario:** Un proveedor estadounidense de servicios de información sobre cuentas (*AISP*) y una entidad financiera asiática firmaron un contrato para proveer software de procesamiento de datos y servicios relacionados. Posteriormente, surgió una controversia con respecto a si la entidad financiera había incumplido el contrato al faltar a sus obligaciones de exclusividad con el *AISP*. La cláusula de resolución de controversias contenida en dicho acuerdo establecía Arbitraje Acelerado OMPI. Tras la solicitud de arbitraje por la parte estadounidense, las partes seleccionaron un árbitro con una amplia experiencia en TICs de una lista de candidatos proporcionada por el Centro de la OMPI. Se llevó a cabo una audiencia de dos días en la ciudad de Nueva York y se emitió un laudo arbitral dentro de los tres meses siguientes.

3. Observaciones finales

Las tecnologías que conforman *FinTech* han capturado la atención de los mercados, inversionistas, desarrolladores e inclusive, cada vez más, de los entes reguladores,²⁶ ofreciendo el potencial de cambiar la manera en que entendemos los productos financieros. Pero, así como la industria crece, la complejidad de las transacciones y las distintas partes, usualmente de distintas jurisdicciones, traerá consigo el crecimiento de controversias. Los montos de las controversias tenderán a ser más elevados a medida que se expandan por el mercado y las controversias abarcan (o abarcarán) un amplio abanico de áreas del conocimiento, incluyendo la PI, temas tecnológicos y, por supuesto, asuntos de índole comercial.

Es interesante notar que estas discusiones han empezado a trascender los planteamientos contractuales y doctrinales, y han empezado a surgir respuestas normativas de entes legislativos estatales y comunitarios, así como políticas de integradores de servicios, entre otros. Estas normas a menudo buscan dar solución a las controversias en las industrias digitales utilizando métodos *ADR* tales como la mediación y el arbitraje²⁷ como mecanismos adecuados para las necesidades comerciales de los actores en dichas industrias.

²⁶ Ver por ejemplo la DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior.

²⁷ Ver Regulación para el Fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea ((COM(2018)0238 – C8-0165/2018 – 2018/0112(COD)) adoptada el 17 de abril de 2019 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0398_EN.pdf?redirect; Ver también, por ejemplo, el

Por todo lo dicho anteriormente, los métodos ADR pueden ser una herramienta adecuada para responder a las necesidades de este mercado y de las partes que requieren soluciones expeditas, eficaces y capaces de adaptarse a las características específicas de confidencialidad, ubicación geográfica, idioma, y áreas de negocio y con un alcance de ejecución internacional.

Sobre el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI

Con oficinas en Ginebra y Singapur, el Centro de la OMPI ofrece métodos ADR, como la mediación y el arbitraje, 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 PI y tecnología, incluidas las controversias en el sector de FinTech. Tiene un fuerte enfoque en el control del tiempo y coste de sus procedimientos. Los servicios de ADR del Centro de la OMPI son utilizados por empresas multinacionales, pequeñas y medianas empresas (PyMEs), centros de investigación y desarrollo (I + D), universidades, desarrolladores y licenciantes de software de todo el mundo. El Centro de la OMPI también colabora con las oficinas nacionales de PI y otras organizaciones interesadas en la PI para promover el uso de los mecanismos ADR.

Los Reglamentos de Mediación, Arbitraje, Arbitraje Acelerado y Decisión de Experto son flexibles y pueden ser adaptados para las necesidades específicas y las características de las partes involucradas en el sector de FinTech.

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 mediadores, árbitros y expertos de todo el mundo con experiencia en el sector de PI y tecnología, incluyendo FinTech. Éstos pueden ser nombrados por las partes en el marco de los Reglamentos de la OMPI. No obstante, las partes son libres de elegir mediadores, árbitros o expertos no incluidos en la lista de la OMPI.