

Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ *

Sumario: I. Introducción. II. Negocios jurídicos de disposición y convenio arbitral. 1. Alcance de la cláusula de arbitraje: delimitación de los aspectos contractuales y no contractuales. 2. Límites: Arbitrabilidad de la controversia y orden público. 3. El orden público como obstáculo a la eficacia del laudo. III. Iniciativas para la resolución extrajudicial de las controversias. 1. Propuesta comunitaria. 2. Medidas nacionales. IV. Ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción. 1. Incentivos para las partes implicadas: en particular para el demandado. 2. Incertidumbres a cerca del tribunal competente. V. Conclusiones.

RESUMEN: *Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad*

El recurso a los mecanismos alternativos de solución de controversias (ADR) –en particular al arbitraje internacional– para la resolución de litigios en los que están implicados derechos de la personalidad, en la actualidad tiene creciente importancia y plantea cuestiones que deben ser analizadas. En el presente trabajo se analiza principalmente la posibilidad de recurrir al arbitraje en este tipo de litigios, su viabilidad en el contexto actual, sus implicaciones y las cuestiones fundamentales que su utilización podría plantear en este particular sector material. De entre todas las cuestiones cabe destacar principalmente una: la arbitrabilidad, que necesariamente ha de relacionarse con el recurso al orden público. La relevancia de esta cuestión se deriva directamente de lo sensible y especial que esta materia resulta en la generalidad de sistemas nacionales y que se traduce en potenciales problemas de arbitrabilidad y orden público, principalmente por el carácter fundamental de los derechos implicados en estos litigios. El carácter fundamental de estos derechos no impide que puedan celebrarse negocios jurídicos a través de los cuales el titular disponga de ciertas facetas de su derecho. El arbitraje como medio alternativo de solución en este tipo de disputas presenta significativas ventajas frente a la jurisdicción, tanto cuando entre las partes medie un contrato de disposición como cuando lo que se exige es responsabilidad extracontractual derivada de la lesión de estos derechos.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – DERECHOS DE LA PERSONALIDAD – DIFAMACIÓN – MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR) – LAUDO ARBITRAL–

* Profesora Ayudante Doctor de la Universidad Complutense de Madrid.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN – ORDEN PÚBLICO – CONVENIO DE NUEVA YORK – CONVENIO ARBITRAL – ARBITRABILIDAD.

ABSTRACT: Alternative Means of Dispute Resolution in Personality Rights Cases.

Resorting to Alternative Dispute Resolution (ADR) –especially to international arbitration– in order to resolve cases in which personality rights are involved is gaining more and more relevance every day. In this regard several issues should be analyzed. The present study focuses mainly on the possibility of resorting to arbitration to resolve this kind of disputes, its viability in the current legal context and the principal implications that would be derived from it in this particular topic. One of these issues stands out: the arbitrability, which is closely related to the public policy. This subject matter is very significant due to the fact that in most national legal systems personality rights are considered as fundamental rights. Nevertheless, the characterization of those rights as fundamental rights does not impede the holder disposing of certain aspects of his right through an agreement. The arbitration as an alternative resolution method in this special kind of disputes shows more advantages than litigation before national courts when there is a contract between the parties as much as in non contractual obligations arising out of violations of personality rights.

KEY WORDS: ARBITRATION – PERSONALITY RIGHTS – DEFAMATION – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) – ARBITRAL AWARDS – RECOGNITION AND ENFORCEMENT – PUBLIC POLICY (PUBLIC ORDER) – NEW YORK CONVENTION – ARBITRAL CLAUSE – ARBITRABILITY.

I. Introducción

1. El recurso a los mecanismos alternativos de solución de controversias –en particular al arbitraje internacional– para la resolución de litigios en los que están implicados derechos de la personalidad, en la actualidad tiene creciente importancia y plantea cuestiones que deben ser analizadas. Esta afirmación encuentra su fundamento en el complejo panorama normativo que existe actualmente en el ámbito comunitario desde la perspectiva jurisdiccional, en materia de difamación y otros derechos referidos a la personalidad (intimidad). Lo confuso del sistema normativo comunitario aplicable –derivado fundamentalmente de la descoordinación entre sectores normativos– se ve de manera evidente cuando se trata de depurar responsabilidades extracontractuales (típicas en estos casos) pero también, aunque en menor medida, cuando entre las partes media un contrato de disposición sobre ciertos derechos de la personalidad –ya que en esta materia aunque exista un contrato puede derivarse fácilmente responsabilidad extracontractual entre las partes por acciones que se extralimiten del círculo de intereses propio del contrato–. La situación actual con la que se encuentran los sujetos inmersos en litigios de este tipo puede calificarse en términos generales como de inseguridad: tanto

en lo que respecta a la concreción previa de los tribunales nacionales que resultan competentes para conocer, como en cuanto al Derecho nacional sustantivo que ha de aplicarse para resolver sobre la cuestión. Desde esta perspectiva, el arbitraje se manifiesta como una opción más adecuada para todas las partes. Por un lado, para garantizar el acceso a la justicia¹ de manera rápida y más barata para la víctima y, por otro, para el eventual demandado que puede prever *ab initio* dónde y cómo podrá exigírsele su potencial responsabilidad, en definitiva, genera mayor seguridad.

2. En el presente trabajo el análisis se va centrar en la posibilidad de recurrir al arbitraje en este tipo de litigios, su viabilidad en el contexto actual, sus implicaciones y las cuestiones fundamentales que su utilización podría plantear en este particular sector material. Entre aquellas cuestiones cabe destacar principalmente una, que se deriva directamente de lo sensible y especial que la materia resulta en la generalidad de sistemas nacionales, y que se traduce en potenciales problemas de arbitrabilidad y orden público –en función del Derecho material aplicable– principalmente por el carácter fundamental de los derechos implicados en estos litigios. No obstante, cabe adelantar que previsiblemente en la generalidad de sistemas no vaya a plantear problemas el uso de este mecanismo alternativo para resolver sobre aquellas cuestiones relativas a las consecuencias económicas derivadas de la violación de los derechos de la personalidad. En particular, cabe sostener que esa podría ser la situación en el Derecho español. Además, el recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias en las materias pertenecientes al sector de la responsabilidad extracontractual, en particular en las demandas sobre difamación o lesión de otros derechos de la personalidad, es una de las posibilidades por la que parece que apuestan las instituciones europeas. Esto puede observarse claramente en ambas Propuestas del Parlamento Europeo presentadas para la revisión del Reglamento Roma II (RR II) –con el objeto de incorporar una regla de conflicto específica para los

¹ A partir de la “constitucionalización” de la utilización de los medios alternativos de solución de controversias en la UE (Cap. 3, art. 65.2 g) del Tratado de Lisboa, se proyecta la implementación de un nuevo sistema que, junto a la adopción de otras medidas necesarias, permitirá garantizar un verdadero acceso a la justicia. Se trata de un valor esencial consuetudinario que los Estados Miembros deben garantizar ya sea mediante mecanismos jurisdiccionales como no jurisdiccionales –*ADR*–. Sobre la posibilidad de garantizar del derecho/valor del acceso a la justicia mediante el recurso a los medios alternativos de resolución de conflictos *Vid.* J.C. Betancourt, “Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización”, *Arbitraje*, vol. V, nº 2, 2012, pp. 413–435, en esp. p. 434.

litigios transfronterizos sobre difamación y demás derechos de la personalidad–, donde se hace referencia expresa y fomenta la resolución alternativa de controversias (*ADR*) para este tipo de obligaciones extracontractuales². Dadas las implicaciones que dentro del territorio UE supondría la puesta en práctica de esta iniciativa, una parte de este trabajo se va a dedicar al análisis del eventual desarrollo de esa iniciativa parlamentaria.

3. Al margen del eventual recurso al arbitraje en aquellos litigios que en el sector de la responsabilidad extracontractual puedan generarse en torno a estos derechos de la personalidad, no puede olvidarse que también cabe la celebración de negocios jurídicos de disposición sobre estos derechos por su titular, en los que podría preverse un acuerdo de sumisión a arbitraje para dirimir los conflictos que entre las partes pudieran surgir en relación con ese negocio. Dado que cada vez es más común este tipo de práctica negocial, parece necesario abordar de manera expresa en este trabajo tal posibilidad y en torno a aquellos supuestos analizar el eventual recurso al arbitraje para la solución de los litigios que puedan surgir a su alrededor. Con tal objetivo se iniciará el referido análisis indicando los negocios jurídicos más comunes de disposición sobre los derechos de la personalidad objeto de estudio: derecho a la imagen y derecho a la intimidad, en los que típicamente se observa una previsión de sumisión al arbitraje. Para a continuación analizar el contenido y requisitos del convenio arbitral y su alcance.

II. Negocios jurídicos de disposición y convenio arbitral

4. Aunque en la mayoría de las ocasiones las lesiones que pueden deducirse de los denominados derechos de la personalidad se reconducen dentro de la responsabilidad extracontractual, no puede obviarse que en la práctica comercial cabe la disposición o explotación de ciertos aspectos de algunos de estos derechos –como son la

² Apartado M de ambas propuestas. En primer lugar, el Borrador de Informe del Comité de Asuntos Jurídicos, 21.11.2011, 2009/2170 (INI), del que es redactora D. Wallis (*Draft Report with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations –Rome II–*. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR\(2011\)469993_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR(2011)469993_EN.pdf)); y posteriormente en el *Report on with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*. (2009/2170(INI)); (Rapporteur: C. Wikström).

intimidad o la imagen–, por los propios titulares a través del recurso a distintos negocios jurídicos³; lo que determinará el ámbito en el que deberían encajarse los eventuales litigios. El objeto del negocio jurídico en cuestión no es en sí mismo un derecho fundamental al que excepcionalmente se renuncia o se ejercita sino una facultad (o conjunto de facultades) que integran ese derecho. Siguiendo la práctica negocial más generalizada en este particular ámbito, puede establecerse el siguiente esquema de los negocios jurídicos de disposición sobre estos derechos: contratos de disposición, actos unilaterales *inter vivos* y actos unilaterales *mortis causa*⁴.

5. El derecho de utilización de los atributos de la personalidad puede manar además de como consecuencia de la suscripción de un contrato de disposición de las declaraciones unilaterales de voluntad del sujeto, como son la renuncia, la autorización o el consentimiento del titular del derecho⁵. Consecuentemente, otra modalidad de disposición sobre estos bienes de la personalidad (intimidad y propia imagen⁶) es el acto unilateral *inter vivos* –con o sin contenido patrimonial–. El régimen jurídico aplicable a estos actos será el que

³ Cuyo objeto es la autorización a terceros para la explotación de ciertas facultades de los derechos a la intimidad y propia imagen, no así respecto del honor, pues no parece posible imaginar un supuesto en el que el titular disponga mediante negocio jurídico de su propio honor.

⁴ No obstante, en el presente trabajo no se abordarán las cuestiones relativas a los posibles actos de disposición *mortis causa* sobre bienes de la personalidad, centrandolo objeto de estudio principalmente en los contratos de disposición.

⁵ *Vid.*, V. Zeno–Zencovich, “Profili negoziali degli attributi della personalità”, *Dir. Inf.*, 1993, pp. 545–597, en esp. p. 545.

⁶ Cabe la apreciación del consentimiento en relación con el derecho al honor en los supuestos de injurias o calumnias –e incluso difamación en algunos ordenamientos jurídicos– en el ámbito penal como causa de exclusión de la responsabilidad penal del autor del hecho lesivo, siempre y cuando el consentimiento tuviera como objeto este derecho. Así ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento italiano tal y como lo recoge el art. 50 del Código Penal italiano; si bien, siempre que ese acto de disposición no sea contrario a la ley, al orden público o a la buena costumbre (*Vid.* F. Antolisei, *Manuale di diritto penal. Parte generale*, Milán, 2004, p. 257). En el caso del Derecho penal español el Código Penal establece como causa que extingue la acción penal el perdón del ofendido o de su representante (art. 215.3º CP, y en general el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el art. 130 1º. 5ª CP). Ahora bien, no cabe el consentimiento como acto de disposición, como negocio jurídico de disposición del honor como bien de la personalidad. El carácter indisponible del derecho al honor supone que no puede ser objeto de renuncia o de alienación. En este sentido, M. Garutti ha concretado esa indisponibilidad en la “imposibilidad de alienar y de abdicar al derecho mismo”, y en cuanto al consentimiento del titular establece que “no puede configurar una verdadera y propia renuncia” (traducción propia). *Cf.* M. Garutti, *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Roma, Ist. dir. priv. Fac. giur.–Univ., 1985, p. 25.

determine los requisitos de existencia, validez y alcance de estos actos, así como su tipología, y éste será concretado en función de la reglas conflictuales del foro (por lo que la determinación del tribunal competente resulta una cuestión esencial). Pero al margen del régimen aplicable establecido por el ordenamiento rector, estos actos unilaterales al igual que los contratos son fuente de derechos y obligaciones, lo que permite más de un paralelismo entre ambos negocios jurídicos, más aun cuando el acto unilateral tenga una causa económica.

En cualquiera de estos supuestos, tratándose de contratos internacionales los litigios que puedan surgir entre las partes que se encuentren vinculadas entre sí por el negocio jurídico de disposición en cuestión, podrán resolverse bien acudiendo ordinariamente a la jurisdicción nacional competente –en función del sistema de DIPr aplicable– o bien podría someterse el asunto a un mecanismo alternativo extrajudicial como es el arbitraje. Para el primero de los supuestos –conocimiento de la causa por la jurisdicción nacional–, al margen de los fueros generales previstos en el sistema aplicable, el tribunal podría buscar su competencia en las normas previstas para las obligaciones contractuales –con independencia del tipo de acto o negocio de disposición, lo que no está exento de problemas de concreción–. Para el segundo de los casos –como en cualquier tipo de negocio jurídico–, podría suscribirse en principio entre las partes libremente un convenio arbitral que permitiera recurrir a este mecanismo extrajudicial de solución de controversias. Obviamente los negocios jurídicos de disposición sobre derechos de la personalidad en los que más fácilmente puede recogerse una previsión de este tipo son los contratos de disposición, y dentro de ellos puede constatarse que en la práctica comercial es en los contratos de explotación del derecho de imagen donde aquellas son más frecuentes⁷.

⁷ Vid. S.R. Barnett, “The Right to One’s Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 47, 1999, pp. 555–581. En particular, es en el ámbito de las disputas deportivas donde ha alcanzado el arbitraje un mayor desarrollo. En este sentido, entre las cuestiones que pueden suscitarse en el entorno deportivo podrían localizarse aquellas relativas al derecho de imagen de los atletas (*sports image rights*). Con sede en Lausanne (Suiza), desde 1984 la *Court of Arbitration for Sport (CAS)* ha estado resolviendo disputas relacionadas con el deporte a través de la mediación y el arbitraje. La importancia de esta institución privada es tal que se ha planteado el reconocimiento de una ley especial rectora de los arbitrajes administrados por el CAS, que se ha denominado *Lex sportiva*. en cuanto al ámbito o alcance de la *lex sportiva* Vid. J.A.R. Nafziger, “Lex Sportiva”, *Int’l Sport L. J.*, vol. I. n.º. 2, 2004, p. 3–7. En particular, cuestiones tales como la arbitrabilidad o la validez del convenio arbitral quedan fuera del ámbito de esta ley, debiendo recurrir a la ley de arbitraje del Derecho suizo (p. 3). Se plantea asimismo si las declaraciones arbitrales sobre los derechos humanos de los atletas estaría

La posibilidad y el recurso frecuente a este mecanismo extrajudicial en lo que se refiere a los contratos sobre disposición del derecho a la imagen, se ve acentuado por su proximidad a los derechos de propiedad intelectual –susceptibles de ser explotados por terceros con autorización de su titular mediante contratos de cesión o licencia⁸–.

1. Alcance de la cláusula de arbitraje: delimitación de los aspectos contractuales y no contractuales

6. Es muy habitual el recurso a la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito contractual, a diferencia de lo que ocurre en el sector extracontractual. De tal manera que en el propio contrato de disposición las partes pueden recoger una cláusula de elección tanto a una o varias jurisdicciones nacionales como al arbitraje. La cláusula de sumisión al arbitraje si cumple ciertos requisitos formales –en fun-

dentro o no de esta ley especial, concluyendo que quedarían fuera del alcance de *lex sportiva*, como “cualquier concesión que se aparte de las exigencias de las normas imperativas del ordenamiento suizo (como sede del arbitraje) o de su orden público” (*ibid.*). En definitiva, podría concluirse que no se elimina el carácter arbitrable de la materia –sino que se reglamentará por el Derecho nacional suizo– y en consecuencia, tampoco elimina la posibilidad de que la CAS se pronuncie sobre esta cuestión, sino que cuanta –como para todas las cuestiones que se sometan a su consideración– con el límite del orden público del ordenamiento de la sede arbitral. También en relación con el mundo deportivo pero en lo que respecta específicamente a las sanciones deportivas y la posibilidad de recurrir al arbitraje cuando estraen en juego los derechos de la personalidad del deportista *Vid.* M. Baddeley, “Droits de la personnalité et arbitrage: le dilemme des sanctions sportives”, en P. Gauch, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Ginebra, 2008, pp. 707–725. Partiendo de la arbitrabilidad de la cuestión, la autora reconoce la existencia de ciertos límites en el arbitraje, ya que el arbitro –al decidir de conformidad con un derecho deportivo autónomo: *lex sportiva*– no puede ejercitar un papel corrector cuando se trate de sanciones deportivas que violen lo más esencial de los derechos de la personalidad (ya que es Derecho estatal). La justicia estatal, en cambio, sí puede hacerlo y podría intervenir para derogar los principios del derecho del arbitraje ordinario y esto estaría justificado (según la autora) en el entorno específico del deporte organizado, “donde algunos de los protagonistas son despojados frente a otros” (traducción libre, *ibid.* p. 723).

⁸ Dentro del sistema español la práctica arbitral en este tipo de contratos es asumida sin problema. De ello da muestra el hecho de que entre las cuestiones generales que expresamente se relatan como susceptibles de arbitraje en aquellas instituciones privadas de arbitraje se encuentra el derecho a la imagen típicamente junto a los derechos de propiedad intelectual. Este es el caso, por ejemplo, del Tribunal Arbitral de Barcelona, donde se establece un área conjunta: “Propiedad intelectual y derechos de la imagen”, y posteriormente se hace una relación de los conflictos más frecuentes en esta área que son susceptibles de someterse a este arbitraje. Toda la información sobre este tribunal arbitral puede verse en http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=72&lang=es.

ción del sistema aplicable⁹— será vinculante entre las partes y tendría en principio plena eficacia y, por lo tanto, generaría las consecuencias negativas propias del convenio arbitral respecto de la jurisdicción¹⁰. El particular objeto de disposición de estos negocios jurídicos en principio no tendría que suponer un tratamiento jurídico diferente del convenio arbitral que el previsto para el arbitraje comercial internacional. En este sentido, el contenido y alcance de la cláusula arbitral sería el que las partes quisieran otorgarle en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

7. Cuando el titular de un derecho de la personalidad acuerda disponer de parte de las facultades que integran su derecho y para ello suscribe un contrato —o realiza un acto de disposición unilateral—, los litigios que pueden surgir respecto de aquellas cuestiones que se encuentran dentro de su círculo de intereses deberían ser calificadas como contractuales a todos los efectos, y en consecuencia reglamentadas por las disposiciones que en ejercicio de su autonomía material las partes hubieran plasmado en el contrato: entre ellas el convenio arbitral o cláusula de sumisión al arbitraje. En principio, la delimitación de los aspectos que de esta relación deben reputarse como estrictamente contractuales es una cuestión relevante, pues de ella dependerá si esa cuestión puede o no ser dirimida en un procedimiento arbitral. Ahora bien, la redacción más o menos extensa y general de la cláusula de elección puede determinar la proyección de este compromiso entre las partes más allá de la relación jurídica que les une, esto es, sobre las obligaciones extracontractuales que puedan surgir entre ellas¹¹. De tal suerte que las reclamaciones extracontractuales que surjan entre los contratantes pueden recaer dentro de la cláusula de elección arbitral si ésta es suficientemente amplia; lo que además de la evidente seguridad jurídica para las partes supone significativas ventajas en cuanto al tiempo y coste de previsión de la internacionalidad del litigio.

8. La delimitación de los aspectos que de la relación deben reputarse como estrictamente contractuales será o no una cuestión relevante

⁹ El art. II CNY 1958 será el que generalmente determine el régimen jurídico del acuerdo de arbitraje, ya que unifica el tratamiento jurídico de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral entre los Estados contratantes.

¹⁰ Vid. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 3ª ed., 2011, pp. 659–661.

¹¹ Independiente de esa relación jurídica previa o que excede de los límites o intereses de la misma.

dependiendo de la configuración de la cláusula arbitral. En función del alcance del acuerdo de sumisión, la cuestión que se plantea estará o no sujeta al arbitraje. Esto ha de ponerse en relación con el principio de congruencia, esto es, el árbitro nunca podrá pronunciarse respecto de aquello que las partes no le hubieran sometido previamente, y ello dependerá de cómo se haya redactado esa cláusula. Si la cláusula compromisoria es de carácter restringido, el recurso al arbitraje está limitado exclusivamente a las disputas que entre las partes puedan surgir en relación con el negocio que les une (contractuales). Si fuera éste el caso, la cuestión se centraría en determinar si la pretensión está dentro de la cláusula de arbitraje, esto es, si es contractual. El objeto del litigio se diseña por las propias partes en función de sus pretensiones, por lo que el tribunal arbitral necesita conocerlas (principalmente a través de los escritos de demanda y contestación) para poder realizar tal calificación –y respetar el principio congruencia–. En un supuesto en el que “cesionario”¹² hubiera excedido los términos previstos en el contrato en la utilización de alguna de las facultades integrantes del derecho de la personalidad “cedido” –objeto del contrato–, esto en principio sería un mero incumplimiento contractual¹³ y en consecuencia caería dentro del convenio arbitral, pero hay casos en los que esta calificación puede no ser una operación tan sencilla.

En esta particular materia aun partiendo de la existencia de un contrato entre las partes fácilmente puede aparecer en juego la responsabilidad extracontractual, en relación con aquellas actuaciones de las partes no amparadas por el contrato/negocio jurídico que les une. Tomemos por ejemplo un supuesto en el que el titular del derecho de la personalidad contrata con un medio de comunicación la cesión o disposición de ciertos aspectos de su intimidad (ciertas fotografías íntimas¹⁴) a cambio de una cantidad alzada de dinero, si bien dejando al margen otros aspectos que excluye expresamente en el contrato, en el supuesto de que el medio de comunicación se apropie –legítima o ilegítimamente, es indiferente– de esa otra información personal y

¹² Entendido como la contraparte en el contrato que resulta beneficiado de la disposición que el titular del derecho realiza a cambio de una contraprestación económica.

¹³ Como por ejemplo así ocurre cuando se sobrepasa por la otra parte contratante el plazo por el que originariamente se cedió el derecho de imagen por el titular haciendo uso de la imagen por un plazo superior al pactado; en ese caso la jurisprudencia española lo califica como mero incumplimiento contractual y no como intromisión ilegítima. *Vid.*, SAP Barcelona 13ª n.º 72/2008 de 13 febrero (JUR 2008\130731).

¹⁴ Un ejemplo paradigmático sería la venta de “exclusivas” por personajes famosos o con cierta notoriedad pública a los medios de comunicación –fundamentalmente a la denominada prensa rosa o amarilla–, y que están tan extendidos en la actualidad.

haga uso de ella sin tener el consentimiento del titular –al estar excluido del contrato y, en consecuencia, no amparado por éste– supone que la víctima pueda exigir eventualmente responsabilidad extracontractual a la otra parte contratante (el medio de comunicación), al margen de la responsabilidad contractual en la que pudiera incurrir. Dado que estas situaciones no son ajenas a este específico sector de contratación, parece que resulta conveniente incluir en este tipo de contratos de disposición cláusulas de arbitraje lo suficientemente amplias que permitan someter todas aquellas cuestiones que entre las partes surjan: ya sea por razón del contrato o extrañas a éste, beneficiándose todas las partes de la seguridad que esta previsión supone –además de la reducción de costes ante posibles litigios–. En definitiva, la naturaleza de la cuestión que se quiere someter a arbitraje –contractual o extracontractual– incidirá en el arbitraje únicamente en función del tenor literal de la cláusula arbitral; si dicha cláusula fuera lo suficientemente amplia podría fundamentar la competencia arbitral aunque se tratase de una cuestión extracontractual entre las partes firmantes.

2. Límites: Arbitrabilidad de la controversia y orden público

9. Desde el punto de vista de la concurrencia de uno o varios derechos fundamentales en este tipo de litigios cabe plantearse en qué medida la sumisión al arbitraje supone renunciar a su tutela ante la jurisdicción –y el alcance de esa renuncia–. Esta cuestión es más evidente cuando el objeto del negocio jurídico fuera una parte o faceta indisponible de un derecho de la personalidad –o respecto de un derecho difícilmente patrimonializable como por ejemplo el honor¹⁵–. En estos casos esta cuestión se enlaza con los problemas de arbitrabilidad y orden público que en este tipo de materias puede surgir, cuyo resultado dependerá del ordenamiento nacional aplicable a este pun-

¹⁵ Sobre los posibles negocios jurídicos sobre los derechos de la personalidad en el sistema español *Vid.* L.H. Clavería Gonsábez, “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *ADC*, 1984, III, pp. 31–69; desde el punto de vista del sistema italiano desde una perspectiva comparada, *vid.* G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità: [il problema dell’ sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica]*, Nápoles, 2005; y anteriormente E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Nápoles, 1994. Desde esta perspectiva comparada, cabe apreciar que las legislaciones nacionales a este respecto únicamente hacen referencia –aunque sea de manera muy genérica, o como en el caso del Derecho español, de manera implícita derivada del art. 2 LO 1/82, al margen de la posible explotación económica de la imagen expresamente prevista en el art. 7.6º– a posibles negocios relativos al derecho a la imagen y a la intimidad, nada se dice sobre el honor.

to. Si se trata de un aspecto de naturaleza eminentemente patrimonial de un derecho de la personalidad, como es por ejemplo la explotación económica de la imagen, el reconocimiento y admisibilidad de esta disposición por el titular del derecho en la generalidad de ordenamientos nacionales previsiblemente planteará menos problemas a este respecto. En cualquier caso, en última instancia los efectos del arbitraje en cuanto a la eventual renuncia a la tutela jurisdiccional de estos derechos fundamentales va a depender del Derecho sustantivo nacional que se utilice como referencia. De tal manera que o bien podrá poner fin al arbitraje desde el inicio apreciando la no arbitrabilidad de la materia –por lo que quedaría expedita la vía jurisdiccional correspondiente– o posteriormente el control podrá venir en relación con el laudo y su eficacia. Son precisamente estas cuestiones las que se abordarán en este apartado y el siguiente.

10. Cuando el objeto del contrato es un bien inmaterial (como son ciertos aspectos o facultades de un derecho de la personalidad) puede plantear problemas afirmar la posibilidad de que los litigios que se deriven de estas relaciones contractuales puedan solventarse sin más ante la jurisdicción arbitral –más aun cuando gozan de la consideración de derechos fundamentales en la generalidad de sistemas nacionales–. Ahora bien, esto no significa que deba negarse la existencia de tal vía, al menos la opción de que pueda plantearse esa posibilidad. Si las partes recogen de manera expresa su voluntad de acudir a una sede arbitral para resolver sus diferencias en relación con el contrato o negocio en común, típicamente mediante la inserción de una cláusula compromisoria, el eventual órgano arbitral al que se le presenta demanda debería pronunciarse además de la existencia, eficacia y validez del acuerdo de elección de las partes¹⁶, sobre la arbitrabilidad¹⁷ de la materia. Es ahí donde se encuentra el punto esencial de la cuestión¹⁸. Si se toma por ejemplo como referencia la Ley española de ar-

¹⁶ Todo ello constituye el régimen jurídico del acuerdo arbitral que está unificado internacionalmente mediante la CNY 1958, en su art. II.

¹⁷ El art. II.1º CNY nada dice respecto de los requisitos de arbitrabilidad limitándose a exigir que el convenio arbitral se refiera a un asunto que pueda resolverse por arbitraje. Consecuentemente, habrá que acudir a las normas de cada Estado para ver los requisitos que cada una de ellas establece para determinar esta cuestión. Es decir, en el marco del art. II CNY la arbitrabilidad de la materia se determina por la *lex fori* del tribunal nacional ante el que se plantea la declinatoria o la excepción de arbitraje, que en caso de España sería la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

¹⁸ Aunque este es principal problema en todos los litigios sometidos a arbitraje, lo es más cuando se trata de estos supuestos por las particularidades del objeto: derechos fundamentales.

bitraje, Ley 60/2003¹⁹ (en adelante LA), aplicable tanto para arbitrajes domésticos como de carácter internacional, hay que partir de su art. 9.6º en el que establece las reglas para determinar la validez del convenio arbitral (en cuanto a su forma y contenido) y su relación con la materia que se somete a arbitraje. La calificación del asunto como arbitrable puede condicionar la validez del acuerdo arbitral en cuanto al fondo²⁰, pues es posible que una de las causas que haga inválido este acuerdo es que mediante aquél se someta a arbitraje una materia que no sea susceptible de ello si así lo prevé el Derecho aplicable –lo que justifica el tratamiento conjunto de estas cuestiones por este precepto–. El art. 9.6º LA no establece cuáles son los requisitos para que una materia pueda someterse a arbitraje –y por consiguiente para que el convenio sea válido en cuanto al fondo– sino que contiene una regla de conflicto con puntos de conexión alternativos para localizar la ley rectora: “(...) el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español”. La utilización de criterios de conexión alternativos trae como resultado un régimen para los arbitrajes internacionales bastante flexible, materialmente orientado, que lo que busca es la validez del convenio arbitral y del arbitraje en si. Pero esto no supone que no pueda recurrirse al orden público tanto frente al convenio arbitral como frente al laudo –es más, en esta materia tiene

¹⁹ Si bien hay que tener en cuenta que en España como para todos aquellos Estados que hayan suscrito el CNY 1958 éste resulta de aplicación prioritaria cuando se trata de arbitrajes internacionales en todo aquello que encaje dentro de su ámbito de aplicación.

²⁰ El art. II.3º CNY 1958 hace una remisión interna al art. V.1º.a) que ha de interpretarse en el sentido de que la remisión al Derecho material aplicable al convenio no es solo en fase de reconocimiento sino en una fase previa: la del análisis de la arbitrabilidad de la materia (cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 320–321). De esta forma el Derecho aplicable a la validez de fondo del acuerdo arbitral será en primer lugar el elegido por las partes y en su defecto el del país en que se haya dictado la sentencia (arbitral), es decir, la sede del arbitraje (lo que equivaldría a la *lex fori*). Sobre los requisitos de arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional, vid. el Capítulo 9 “Arbitraje comercial internacional” de J.C. Fernández Rozas, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, op. cit., en particular pp. 633–635. La arbitrabilidad de la materia en el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje es, entre otras, una de las cuestiones que condicionan la elección de la sede para el arbitraje, y en este sentido “la elección de la sede supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del laudo arbitral” (cf. J.C. Fernández Rozas, “Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, *Lima Arbitration*, n.º. 2, 2007, pp. 25–62, en esp. p. 26; en lo que respecta a los factores determinantes para la elección por las partes de la sede arbitral, véanse las pp. 40–45).

especial relevancia como se verá a continuación—. En definitiva, la cuestión fundamental es comprobar si el Derecho nacional al que remite la arbitrabilidad permite o no en materia de derechos de la personalidad el recurso al arbitraje y, en su caso, los límites y condiciones para ello.

11. La arbitrabilidad en el ordenamiento español viene establecida en el art. 2 LA²¹. Este precepto utiliza un criterio –objetivo²²– para distinguir las materias arbitrables de las que no lo son en función de su disponibilidad por las partes. Aquellas materias que según el Derecho español puedan disponerse por sus titulares podrán ser sometidas a arbitraje o, en sentido contrario, aquellas indisponibles serán inarbitrables²³. Si se sigue esta lógica, en los litigios objeto de estudio por el mero hecho de que por el titular se pueda suscribir un contrato o realizar actos por los que dispone de ciertas partes o facultades de su derecho, ya se cumple con este requisito de fondo. La disponibilidad que se exige en el art. 2 LA se refiere a las consecuencias de la controversia, no a sus causas ni a la naturaleza de la normas que regulan la materia objeto de litigio²⁴ (esto es, ya sean dispositivas o imperativas). Por lo tanto, resulta indiferente que la normativa reguladora de los derechos de la personalidad sea imperativa en el ordenamiento rector para su calificación como materia o no arbitrable²⁵. Cuestión distinta

²¹ Art. 2. *Materias objeto de arbitraje*. 1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

²² La LA ha optado por un modelo de arbitrabilidad objetivo que puede contraponerse a otros sistemas donde éste es de carácter subjetivo; como es el caso por ejemplo de la regla de arbitrabilidad contenida en el art. 177 de la Ley Federal Suiza del Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, (Cap. XII, Arbitraje internacional): “1 Cualquier interés patrimonial puede ser objeto de un arbitraje”. Sin que corresponda el término arbitrable con naturaleza disponible de los derechos.

²³ Según la Exposición de Motivos de la LA “la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes”. En cuanto a la libre disposición como criterio determinante de la arbitrabilidad en el ordenamiento español y en Derecho comparado, *vid.* P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Pamplona, 2005, pp. 127–134, en especial el análisis comparativo del uso de este criterio objetivo en los ordenamientos jurídicos francés e italiano en su nota a pie nº 1 (Cap. III).

²⁴ *Cf.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, p. 322.

²⁵ Aunque también hay autores que predicán esta identidad estableciendo que son no arbitrables las materias irrenunciables o las materias que están sometidas a normas de derecho imperativo o necesario. Consecuentemente, se identifica la noción clásica de orden público con la norma imperativa. En este sentido, *Vid.* J.M. Chillón Medina, J.F. Merino Merchán, “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”, *Diario la Ley*, Año XXV, nº 5945, 2 febrero 2004, pp. 1–8, en particular, p. 2 (“Solo son arbitrables aquellas

es que no se trate de una disposición absolutamente libre, ilimitada, pues no se puede dejar vacío de contenido el derecho precisamente por el carácter imperativo de la normativa reguladora en la mayoría de los ordenamientos nacionales (y en caso de España como en otros países europeos, además, por ser un derecho fundamental).

En consecuencia, aunque estén implicados derechos fundamentales al menos respecto de aquello que sea disponible puede calificarse como arbitrable²⁶. Desde la perspectiva particular del Derecho español, es posible disponer por el titular del derecho a la intimidad y a la propia imagen de ciertas facetas o aspectos de estos derechos que pueden calificarse de patrimoniales²⁷ (lo que resulta más que evidente respecto del derecho de la imagen²⁸), derechos que generalmente van unidos

materias que están en disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje”); en la misma línea M^a P. García Rubio, “El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *RCEA*, vol. V, 1988–89, pp. 71–95, en esp. p. 87. Pero la generalidad de la doctrina nacional e internacional es crítica y rechaza la identidad entre inarbitrabilidad y las normas imperativas. Entre la doctrina española *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, 2008, pp. 871– 887, donde analiza la cuestión de la arbitrabilidad a la luz de las políticas de protección en América Latina, concluyendo que existe una tendencia a vincular arbitrabilidad con orden público, lo que critica dada la evolución actual del orden público internacional que impide esa identidad (pp. 872– 876, en esp. p. 872). Cabe entonces el arbitraje en materias donde es clara la presencia del orden público cuando los árbitros tengan en cuenta la normativa imperativa que recae sobre ellas (p. 879). Esta postura se ratifica con la jurisprudencia nacional, *vid.* Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (C–330/00), de 22 de marzo de 2000 (*ibid.*). En la misma línea, *vid.* P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad...*, *op. cit.*, pp. 142–145; L. Muñoz Sabaté, “La Ley de arbitraje: un campo sembrado de minas”, en *Arbitraje, mediación, conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ*, Madrid, 1995, pp. 203–204. Y entre la doctrina internacional, A. Berlinguer, *La compromesibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, I, *La nozione di compromesibilità*, Turín, 1999, pp. 62 ss y pp. 80–82; F. Festi, *La clausola compromissoria*, Milán, 2001, p. 159.

²⁶ Para considerar que una materia es de libre disposición, y por tanto arbitrable, es necesario determinar la relación jurídica objeto de la controversia, y si ésta produce derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a la otra parte y hacerlos cumplir. Como ha afirmado J. Motero Aroca, serán arbitrables aquellas controversias que se fundamentan en el ejercicio de un derechos subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado (*cf. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley nº 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, pp. 117 y 129–130). En relación con los derechos de la personalidad, estos tienen eficacia de derechos subjetivos respecto de aquellas facetas que son susceptibles de disposición por sus titulares.

²⁷ Lo que no supone que necesariamente la disposición se realice con fines económicos, pero sí es lo más común.

²⁸ Que podría equipararse en ciertos aspectos a lo que en el Derecho comparado se denomina *right of publicity*, que se considera un derecho exclusivamente patrimonial, totalmente distinto a considerar la posibilidad de ciertas facultades sobre bienes de la

en la práctica²⁹. En relación con el derecho al honor, parece que no cabrían supuestos en los que voluntariamente el titular del mismo decidiera mediante negocio jurídico disponer de ese derecho –ya sea o no a cambio de una contraprestación económica–, cuestión distinta sería la posibilidad de disponer por el titular en tanto que víctima de un atentado ilícito de su derecho en relación con la cuantía indemnizatoria que le pudiera corresponder. En consecuencia, sí resulta arbitrable todo aquello de lo que las partes pueden disponer, se plantea entonces si puede entenderse que cualquier manifestación de los derechos de la personalidad –intimidad y propia imagen– que puedan ser disponibles por su titular son arbitrables. La respuesta a esta cuestión, de conformidad con los requisitos establecidos en el art. 2 LA, parece que es positiva. Es más, incluso podría afirmarse que ni si quiera es necesario que exista un contrato/negocio por el que se disponga de esas facultades que integran el derecho de la personalidad en cuestión. Es decir, no es necesario que se materialice mediante contrato tal disposición sino únicamente que ésta sea posible³⁰. En este sentido podría plantearse si dos sujetos entre los que no existe contrato pueden someter libremente sus controversias sobre la infracción de ciertos aspectos de los derechos de la personalidad al arbitraje; y de la misma manera cabría responder afirmativamente. Es posible que las partes se encomienden de mutuo acuerdo a un arbitraje, por ejemplo, para concretar en caso de lesión de un derecho de la personalidad el importe de la indemnización resarcitoria. En definitiva, desde esta perspectiva siempre serían susceptibles de arbitraje las cuestiones relativas al resarcimiento económico derivado de la lesión de éstos derechos³¹.

personalidad. En cualquier caso, esto es cuestión del régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos según el Derecho operativo.

²⁹ La libre disposición sobre los derechos se entiende que se trata de los derechos subjetivos de los que una persona sea titular, como es el caso de los derechos de la personalidad. En este sentido, *Vid.* S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, 1998, p. 90; P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y convenio...*, *op. cit.*, p. 131.

³⁰ La materia litigiosa puede tener origen contractual o no contractual, pero necesariamente tiene que versar sobre una cuestión sobre las que las partes tengan el poder de libre disposición, para que sea arbitrable. *Cf.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 589–590.

³¹ Mayores problemas plantean los supuestos en los que la víctima quisiera someter a arbitraje cuestiones no pecuniarias. Sería el caso, *v.gr.*, en el que se solicitara mediante arbitraje una medida de cesación de actividad –transfronteriza–, e incluso acciones preventivas de daños futuros. Al margen de los eventuales problemas que estas cuestiones pueden plantear en términos generales en cualquier materia en sede judicial –en atención a las fuentes y límites del poder del los árbitros, y por los problemas de delimitación acerca de la naturaleza sustantiva o procesal de este tipo de remedios– estos se hacen más

12. De conformidad con todo lo anterior, cuando se trata de un arbitraje el carácter contractual o extracontractual del asunto no es relevante para la calificar la materia como arbitrable. Cabe dirimir litigios en materia extracontractual mediante arbitraje³² siempre que exista acuerdo arbitral entre las partes lo suficientemente amplio y la materia sea disponible según el Derecho aplicable –en definitiva, arbitrable–. A diferencia de lo que ocurre ante los tribunales jurisdiccionales, la calificación de la cuestión como extracontractual o contractual no incide en la competencia del arbitraje para conocer, porque las normas aplicables por una y otra jurisdicción para fundamentar su competencia son distintas. Si es un órgano jurisdiccional el que conoce tendrá que buscar su competencia judicial internacional en los fueros previstos para materia extracontractual o contractual –según se trate–, que son distintos en los distintos sistemas RB I/CL/LOPJ³³ (y lo mismo respecto de las reglas de DIPr para la determinación del Derecho aplicable), pero si se está en sede arbitral lo único exigible para concretar su competencia es la existencia de un convenio arbitral entre las partes válido y eficaz sobre una materia arbitrable cuya configuración sea lo suficientemente amplia para que ésta caiga dentro de su alcance.

En cualquier caso, existen algunas materias en las que el recurso al arbitraje podría no resultar aplicable cuando el sistema nacional aplicable limite su conocimiento a la jurisdicción y, por lo tanto, aun existiendo convenio arbitral éste no sería válido para declinar la competencia de los tribunales jurisdiccionales. Consecuentemente, estas materias podrían no resultar arbitrables, lo que obedece al doble sentido de la libre disposición que se exige: tanto en relación con el Derecho material como con el Derecho jurisdiccional o procesal³⁴. Generalmente esto coincide con las materias cuyo conocimiento se quiere centralizar imperativamente por el Estado por razones de interés general: como es el caso de las competencias exclusivas³⁵, pero este carácter no tiene porqué ser determinante para apreciar su falta de arbi-

evidentes cuando el posible recurso al orden público es casi seguro en este tipo de litigios por el tipo de derechos en conflicto y su reglamentación sustantiva. Sobre el recurso al arbitraje para medidas no pecuniarias, *vid.* D. Ramos Muñoz, “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, *Arbitraje*, vol. I, n° 3, pp. 659–722.

³² *Vid.* art. I.1° CNY 1958.

³³ *Vid.* P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y convenio...*, *op. cit.*, p. 153–157.

³⁴ *Ibid.*, pp. 131–132.

³⁵ *Vid.* N. Bouza Vidal, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371–393.

trabilidad –como ya se ha establecido, lo concluyente para considerar una materia como arbitrable viene marcada por su carácter disponible–. En cualquier caso, esta disyuntiva en esta materia no va a generarse, dado que tanto en los sistemas RB I/CL como en el sistema autónomo español (LOPJ) no se prevén competencias exclusivas en materia de derechos de la personalidad (ni si quiera previsión alguna que limite la competencia judicial internacional para la protección de la parte contratante débil para el caso de contratos de disposición de estos derechos, pues no se recoge si quiera esta posibilidad³⁶), lo que apoya la tesis de que no se trata tampoco desde esta perspectiva de una materia no arbitrable³⁷.

13. Cuando lo que está en juego son derechos fundamentales como es el caso, la arbitrabilidad y el orden público internacional tienden a confundirse. La postura más generalizada entre la doctrina tiende a vincular estrechamente la evolución de la arbitrabilidad con el concepto de orden público internacional. Para ello se fundamentan en la distinción tradicional de dos aspectos de la arbitrabilidad: positivo y negativo (inseparables). Por un lado, la arbitrabilidad en sentido positivo o general: materias arbitrables y, por otro, en su aspecto negativo: materias inarbitrables³⁸.

Existe una gran imprecisión en el concepto de orden público en sus relaciones con el arbitraje privado –lo que es extrapolable al ámbito general del DIPr–, y esta indeterminación se extiende al ámbito de los derechos fundamentales³⁹. Y esto es así incluso en aquellos sistemas nacionales menos intervencionistas en los que se establece un mínimo control o límite al arbitraje –el único–: el orden público transnacional contenido en los derechos humanos fundamentales; lo que en principio en la práctica podría traducirse en que aquello que no afecte a los derechos humanos fundamentales podría ser internacionalmente ar-

³⁶ Lo que no supone su exclusión pues cae dentro del ámbito material de aplicación de estos instrumentos al no ser una materia excluida en el art. 1 RB I/CL.

³⁷ La LA, y en general las leyes de arbitraje que siguen el modelo Uncitral (LMU), tienden a flexibilizar en lo posible las consideraciones de orden público en torno a la arbitrabilidad con el propósito de ampliar aun más estas materias en el futuro (Cf. J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberri, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 303–380., en esp. p. 309). Y en este sentido debería interpretarse el art. 2 LA para que tuviera cabida, al menos como posibilidad para las partes, un arbitraje sobre contratos de disposición de derechos de la personalidad.

³⁸ Entre la doctrina norteamericana, destaca W. Stempel, “Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements”, *St. Mary's L.J.*, n° 22, 1990, pp. 261–356, esp. p. 331.

³⁹ *Ibid.*, p. 60.

bitrable⁴⁰ –partiendo de esa confusión entre orden público y arbitrabilidad–. Esta aproximación no se comparte, ya que claramente la arbitrabilidad no se establece en función de la materia y su relevancia (que pudiera justificar un mayor intervencionismo público en su reglamentación) sino por su disponibilidad, de tal manera que aunque estén implicados derechos de naturaleza fundamental cabría el arbitraje en aquello que sea disponible por el titular. Y esto es consecuencia de que existe una tendencia liberalizadora del arbitraje, donde prevalecen las posturas del *favor arbitratum* aplicadas a la arbitrabilidad⁴¹ –que siguen el camino comenzado por la doctrina norteamericana con la teoría de “presunción de arbitrabilidad”⁴²–, según la cual en caso de duda sobre la arbitrabilidad de una materia en el arbitraje internacional se aboga por que se resuelva siempre favorablemente. De tal manera que no siempre el orden público tiene que ser un límite a la hora de decidir sobre la arbitrabilidad de la materia.

14. Específicamente sobre la cuestión de la arbitrabilidad de esta materia, partiendo de la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes –como es típicamente el caso en el que entre los sujetos existe un contrato de disposición donde se recoge un cláusula arbitral–, desde la perspectiva del sistema norteamericano hace ya tiempo que por la doctrina –partiendo de la *contract theory* como fuente de derecho de las partes para someter a arbitraje sus problemas (*privatization of the adjudicative process*) y la práctica jurisprudencial al respecto– se ha establecido que el énfasis para determinar la arbitrabilidad ha de centrarse en el análisis de si el sometimiento de los derechos en conflicto a su resolución arbitral es o no aceptable⁴³. En particular, se hace referencia a aquellos supuestos en los que la causa

⁴⁰ Un ejemplo de esta aproximación se puede encontrar la legislación del arbitraje de la *Federal Arbitration Act*, según la cuál el orden público se identifica con los derechos humanos fundamentales y constituye el único límite a la arbitrabilidad de las controversias internacionales. Cf. M. Requejo Isidro, “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 43–87, esp. p. 47.

⁴¹ Vid. B. Hanotian, “L’arbitrabilité et la favor arbitratum: um réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 899–996.

⁴² Vinculada a la *Federal Policy Favoring Arbitration*. Puede considerarse que M.F. Hoellering es el padre –en la doctrina norteamericana– de la teoría de la presunción de la arbitrabilidad (vid. “Arbitrability of Disputes”, *Bus lawyer*, vol. 41, n° 1, 1985, pp. 125–144).

⁴³ Vid. E.M. Morgan, “Contract Theory and the Sources of Rights: An Approach to the Arbitrability Question”, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 60, 1986–1987, pp. 1059–1082. En particular, se toma como referencia la posición del alto tribunal en el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler–Plymouth, Inc* (105 S. Ct. 3346, 1985) en un supuesto donde la ley aplicable era la relativa al *antitrust* (legislación federal imperativa).

en la que se fundamenta la acción (*statutory cause of action*) sea la violación de un derecho constitucional de un individuo –como sería la libertad de expresión no así los derechos de la personalidad– si del análisis resulta que es tan fundamental que excluye cualquier posibilidad de autonomía de las partes, esto es, de compromiso de entre ellas para someterse a la “justicia” privada: el arbitraje. En estos casos, la informalidad procesal del arbitraje parece que motiva a los tribunales norteamericanos a manifestarse reacios a abandonar su propia autoridad sobre aquellas cuestiones que son percibidas como que se encuentran en el núcleo de la propia existencia legal de un individuo⁴⁴. En definitiva, la doctrina sobre la arbitrabilidad para realizar esta distinción parte de la clasificación de las reclamaciones entre aquellas que pueden y las que no caer dentro del ámbito de los acuerdos para la resolución extrajudicial de controversias. La jurisprudencia nacional inicialmente⁴⁵ no se mostraba uniforme al respecto, encontrándose resoluciones en las que en algunos casos la previsión en el sistema de un remedio legal específico (*statutory remedy*, como es el caso del *statutory damages for violation of constitutional rights*) para la víctima ha sido considerada por los tribunales como una causa para impedir la exclusión de la competencia de la jurisdicción⁴⁶, mientras que en otros casos la previsión de una cláusula arbitral, se ha considerado que constituye una renuncia ejecutoria de la jurisdicción que de otra manera sería disponible de conformidad con la legislación rectora⁴⁷.

Desde la perspectiva del Derecho suizo, la doctrina más generalizada considera que la arbitrabilidad de esta materia viene determinada por el carácter pecuniario de la reclamación, esto es frente a la aproximación por la que el sometimiento al arbitraje de la materia viene determinado por su disponibilidad por las partes⁴⁸ se considera que el interés pecuniario es el criterio esencial, incluyendo aquellos

⁴⁴ *Ibid.* pp. 1064–65.

⁴⁵ El TS americano en el asunto *Mitsubishi* (*loc. cit.*), en una materia como el *antitrust* en la que existe un fuerte intervencionismo legal, se planteaba la posibilidad y el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes para sacar de la competencia de los tribunales el conocimiento de un litigio de este tipo a favor del arbitraje. El TS resuelve que las acciones sujetas a la legislación *antitrust* son inherentemente susceptibles de arbitraje. Esta sentencia representa la culminación de los intentos judiciales previos para comprender las cuestiones sobre la arbitrabilidad.

⁴⁶ *Vid.* asunto *McDonald v. City of West Branch*, 466 U.S. 284 (1984).

⁴⁷ *Vid.*, *v.gr.*, *Moran v. Paine, Webber, Jackson & Curtis*, 389 F.2d 242, 246 (3d Cir. 1968), en materia de inversiones.

⁴⁸ Aproximación que impera en la generalidad de sistemas nacionales de los países europeos.

supuestos en los que están implicados derechos de la personalidad. De tal manera que lo relevante es comprobar si la demanda contiene un fin económico o una satisfacción moral. En este sentido, una pretensión pecuniaria para la reparación de culpa moral debería bastar para admitir la arbitrabilidad⁴⁹.

3. *El orden público como obstáculo a la eficacia del laudo*

15. Calificar como arbitrable esta materia (ciertos aspectos de los derechos de la personalidad o de las consecuencias económicas de su lesión) no significa que no pueda aplicarse el correctivo del orden público, pues en este ámbito plantea cuestiones de gran relevancia. En este sentido es posible que éste incida no sólo con carácter previo al procedimiento –y durante el mismo– sino después, de forma que el eventual laudo que pueda recaer sobre esta materia considerada como arbitrable puede quedar sin efecto más allá del procedimiento arbitral. La incidencia del orden público tras el arbitraje puede verificarse con independencia de si por el tribunal arbitral se ha realizado o no el control de la arbitrabilidad, pues el Derecho nacional de referencia: el rector de estas cuestiones –arbitrabilidad/orden público– puede no ser el mismo. De tal manera que, ante un hipotético supuesto en el que aunque la materia no fuera arbitrable se siguió el arbitraje finalizando con un laudo, o incluso aun siendo materia arbitrable –de conformidad con el ordenamiento rector⁵⁰–, acudiendo al recurso del orden público del foro puede paralizarse la eficacia de la posible resolución arbitral.

16. Cuando el laudo dictado quiera hacerse efectivo en sede judicial siempre puede entrar en juego el recurso al orden público, tanto en

⁴⁹ Cf. F. Dessemontet, “Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence: Perspective suisse”, en *Objective Arbitrability, Antitrust Disputes, Intellectual Property Disputes, Conférence de l’Association Suisse d’Arbitrage*, n° especial ASA, Bâle, 1994, pp. 54– 99. p. 66 (disponible <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/ASA%20Special%20Series.pdf>).

⁵⁰ Pero que no lo sea desde la perspectiva del Derecho del foro donde el laudo se presenta. Pues generalmente la determinación de la no arbitrabilidad de la materia está relacionada con su carácter no disponible, lo que típicamente está vinculado con la imperatividad de la norma, que si bien como ya se ha anticipado no determina por sí la no arbitrabilidad, sí da muestra de la relevancia de la cuestión en el ordenamiento jurídico de referencia. Esto no significa que todo aquello que sea indisponible o esté reglamentado por normas imperativas ponga en marcha automáticamente en recurso excepcional que supone el orden público, sino que en esta particular materia es el carácter fundamental de los derechos en juego lo que previsiblemente ponga de manifiesto esta posibilidad en la generalidad de sistemas nacionales.

fase de recurso contra el laudo (acción de anulación)⁵¹ como en el de reconocimiento previo a su ejecución (execuátur)⁵². Y en este sentido cabe afirmar que los estándares nacionales de orden público tanto para denegar el reconocimiento como para apreciar la anulación del laudo prácticamente coinciden. La LMU establece una lista taxativa de las causas por las que el laudo puede ser anulado por el juez nacional (art. 34) y con la misma *ratio* se recoge en su art. 36.1º los motivos para la denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, que coinciden esencialmente con la lista de motivos que recoge el art. V CNY⁵³. Entre estos motivos se encuentra que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público⁵⁴. Ahora bien, pese a esta coincidencia en los motivos –de nulidad y no reconocimiento del laudo– existen algunas diferencias técnicas. En particular los motivos referidos al orden público –incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea arbitrable– pueden diferir en cuanto al fondo en función del Estado de que se trate (el Estado en que se declara la nulidad del laudo o el de ejecución). Por otro lado, no hay que olvidar que los motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral sólo son válidos y eficaces allí donde se pretenda su reconocimiento y ejecución, mientras que las causas de nulidad tienen un alcance distinto: la anulación del laudo en el Estado donde fue dictado impide su ejecución en todos los demás países [art. V.1º.e) CNY y ap. V) del inciso a) del párrafo 1) del art. 36 LMU]; esto es, la anulación tiene consecuencias frente a todos⁵⁵.

⁵¹ La LMU admite solamente un tipo de recurso contra las sentencias arbitrales, el de anulación, con exclusión de cualesquiera otros previstos en la ley procesal del Estado del que se trate (donde fue dictado el laudo).

⁵² *Vid*, el art. V.2º.b) CNY 1958. Entre la doctrina, *vid*. E. Artuch, “Contenido del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (reflexiones a cerca del ATS de 1 de diciembre de 1998)”, *RCEA*, vol. XVI, 200–2001, pp. 123–133.

⁵³ El paralelismo que existe entre los motivos de nulidad de la LMU con los recogidos en el art. V CNY para denegar el reconocimiento ya se establecía en el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra en 1961 (CG 1961), siguiendo el tenor de su art. 9 por el que la decisión de un tribunal extranjero de anular una sentencia arbitral por una causa distinta de los establecidos en su texto no constituirá un motivo para denegar su reconocimiento y ejecución, de conformidad con lo previsto en el art. V CNY. Si bien la LMU directamente limita los motivos de nulidad.

⁵⁴ Supuesto que comprende también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal. *Cf.* J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *op. cit.*, p. 703.

⁵⁵ El control que el juez ejercita en uno y otro caso es distinto. Mientras que con la anulación se busca que su resolución sea susceptible de ejecución más allá de su

De esta forma, aunque en principio el arbitraje aparezca como una “jurisdicción” alternativa que puede operar sin referencia a un ordenamiento jurídico nacional, esto en realidad no es así, pues existen límites extrínsecos como son la arbitrabilidad⁵⁶ y el orden público que, por remisión, determinan la aplicación del Derecho nacional aunque en momentos distintos⁵⁷. Además, y en consecuencia, el orden público también puede condicionar el Derecho aplicable por el árbitro para resolver la controversia⁵⁸, aunque cuente con mayor margen de libertad que los órganos jurisdiccionales en este aspecto.

17. En términos generales, la incidencia del orden público como motivo de no reconocimiento del laudo en este tipo de litigios permite clasificar los supuestos en dos grandes grupos: por un lado aquellos en los que la causa de denegación del reconocimiento se centra o refiere al tipo de daños que la resolución recoge y, por otro lado, cuando ésta está en conexión con la propia ilicitud del comportamiento enjuiciado y sancionado por la decisión extranjera (lo que viene determinado en función del tratamiento que de los derechos en pugna se realiza tanto en el foro –tribunal requerido– como en el Derecho material extranjero que el tribunal de origen aplicó para resolver sobre el fondo⁵⁹). Donde pueden presentarse mayores problemas para la eficacia del laudo el orden público es respecto de este último grupo de supuestos, toda vez que puede manifestarse con independencia del que exista o no un contrato entre las partes, mientras que los referentes al tipo de daños se circunscriben a aquellos casos de responsabilidad extracontractual –esto justifica que se analice más extensamente este segundo grupo–.

18. En lo que se refiere a los casos en los que el orden público pudiera aparecer en relación con las consecuencias económicas de la responsabilidad extracontractual, los mayores problemas los plantean

jurisdicción, en caso del *execuatur* éste tiene un carácter estrictamente territorial. *Ibid.*, p. 704.

⁵⁶ *Vid.* art. II.1º CNY 1958.

⁵⁷ Sobre la incidencia del Derecho nacional a través del orden público y la arbitrabilidad en el arbitraje, *vid.* F. González de Cossío, “Orden público y arbitrabilidad”, *Ars Juris*, nº 40, 2008, pp. 215– 236.

⁵⁸ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado ...*, *op. cit.*, en cuanto a la relación entre el orden público y la arbitrabilidad de la materia (pp. 871–876) y en lo que respecta a la incidencia del orden público como causa de anulación del laudo (pp. 1126–1128)

⁵⁹ Lo que se traduce en la práctica en un control por el tribunal requerido de la ley extranjera aplicada al procedimiento por el tribunal de origen para resolver.

los denominados *punive damages*⁶⁰. Esta institución propia de los sistemas del *common law*, en particular del sistema de EE UU, no encuentra reflejo en los sistemas pertenecientes al *civil law*, ya que la responsabilidad civil extracontractual en la generalidad de ordenamientos europeos se basa en la función de reparar y/o restituir sin que el carácter punitivo –no compensatorio– de la sanción para el responsable esté en principio admitido. En este sentido, tradicionalmente ha existido un rechazo a las decisiones que reconocen daños punitivos pero actualmente no siempre es la causa de denegación de reconocimiento de resoluciones extranjeras –judiciales o arbitrales–. Existe una tendencia cada vez más generalizada por los tribunales nacionales europeos de admitir este tipo de resoluciones si los importes que se recogen como debidos por el ejecutado son equiparables a los que según la ley nacional del foro –Estado requerido– corresponderían para esta clase de obligación extracontractual específica –con independencia de la terminología utilizada para designar los daños–⁶¹.

19. El orden público como límite real a la eficacia del eventual laudo en fase de reconocimiento está especialmente presente en este tipo de litigios como consecuencia de que en estos típicamente entran en conflicto los derechos de la personalidad con otros derechos igualmente fundamentales: las libertades de expresión e información. Desde esta perspectiva, tiene singular relevancia la regulación estatal relativa a la interacción de estos derechos de la personalidad con la tutela del ejercicio de la libertad de expresión e información. Como cada ordenamiento jurídico nacional reglamenta a su manera –de conformidad con sus propios principios y valores– los derechos referidos a la personalidad y su relación con las libertades de expresión e información, los mecanismos de tutela y el alcance de aquella, los posibles litigios que en este ámbito puedan surgir van a tener resultados muy diversos en función del sistema jurídico aplicable. Ahora bien, que el resultado del litigio en aplicación de la *lex causae* sea distinto del que resultaría aplicando la *lex fori*, no justifica *per se* el recurso al orden público. En este sentido, para apreciar si es contrario al orden público hay que

⁶⁰ Vid. P. Salvador Coderch, “Punitive damages”, *InDret* 01/2000 (disponible texto íntegro en http://www.indret.com/pdf/013_es.pdf); P. Salvador Coderch y M. T. Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, R.A. Brand, “Punitive damages revisited. Taking the rationale for non-recognition of foreign judgments too far”, *J.L. & Com.*, 2005, n° 2, vol. 25, pp. 181–196 y B. A. Koch, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives”, *Tort and Insurance Law*, n° 25, Vienna/New York, 2009, pp. 197–209.

⁶¹ Vid. J. Balcarczyk, “Reconocimiento de sentencias extranjeras sobre difamación en Europa y en Estados Unidos”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 637–665.

centrarse en el contenido de este Derecho extranjero aplicable, no en la forma. El simple tratamiento material distinto de los derechos fundamentales de la personalidad en cuestión por el Derecho extranjero aplicable no legitimaría al foro para impedir su aplicación mediante el recurso al orden público, sino que tendría que verificar que efectivamente ese el particular tratamiento es incompatible con los valores y principios del foro en relación con ese derecho⁶² (*v.gr.*, cuando en el ordenamiento jurídico extranjero ni si quiera se reconoce ese derecho de la personalidad en particular y, en consecuencia, no tiene garantizada tutela alguna, o cuando el comportamiento que se enjuicia está tutelado por otro derecho de carácter fundamental como es la libertad de expresión de manera preferente y en consecuencia no puede considerarse como ilícito).

20. La difamación es el ejemplo paradigmático de conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho individual personal al honor o reputación que típicamente genera responsabilidad extracontractual. En este sentido, resulta relevante en relación con el orden público al menos indicar el tratamiento que en EE UU se da a las reclamaciones transfronterizas por difamación. Las iniciativas legislativas de los últimos tiempos que en EE UU se han planteado (primero a nivel estatal por ciertos Estados de la Unión⁶³ y posteriormente a nivel federal con la adopción de la *Speech Act* de 2010⁶⁴) dan muestra de la importancia que a la materia se da en este territorio. Esta evolución legislativa está dirigida a luchar contra el fenómeno denominado *libel tourism* y para ello se deniega el reconocimiento de cualquier decisión extranjera –judicial o arbitral⁶⁵– que pudiera resultar contraria a la Primera Enmienda de la Constitución americana

⁶² Debe existir entre el foro y el supuesto una suficiente conexión que justifique el recurso al orden público, aunque se trate de derechos fundamentales. *Vid.* P. Lagarde, “Public Policy”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, Capítulo 11, 1994, p. 46.

⁶³ Tendencia legislativa iniciada por varias normas estatales desde el año 2008. En particular, respecto de la iniciativa legislativa del Estado de California y su incidencia en otros Estados de la Unión puede verse, T. Childress, “Nonrecognition of Foreign Defamation Judgments”, publicado el 23 de abril de 2010 en *conflict of laws.net.*, [http:// conflict of laws.net/2010/nonrecognition-of-foreign-defamation-judgments/](http://conflict of laws.net/2010/nonrecognition-of-foreign-defamation-judgments/).

⁶⁴ 28 U.S.C. §§ 4101–4105, *Securing The Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act*. Aprobada por el Congreso el 10 de agosto de 2010. Texto disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ223/html/PLAW-111publ223.htm>

⁶⁵ Ya que en términos generales las reglamentaciones de los Estados suelen asimilar los laudos arbitrales a las decisiones judiciales estableciendo al efecto una serie de recursos contra las sentencias arbitrales, lo que salvo convenio internacional en la materia, difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico.

que tutela la libertad de expresión de los ciudadanos y empresas de EE UU.

Aunque estas leyes únicamente se aplican en relación con resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos sobre difamación, lo que incumbe a los individuos y empresas de EE UU frente a posibles procedimientos en terceros países donde no se tutele la libertad de expresión como valor fundamental. En este sentido, esta ley federal incluye la conclusión del Congreso que establece que: “algunas personas obstruyen el derecho a la libertad de expresión de los autores y editores de los EE UU, e impiden el legítimo interés tutelado por la Primera enmienda de la Constitución de la ciudadanía de recibir información en materias de importancia, mediante la búsqueda de jurisdicciones extranjeras que no otorgan la protección de la libertad, lo que verdaderamente subyace en esta normativa es la intención de proteger “legispresión” mediante la exención completa de responsabilidad de autores y editores que sí se reconoce en los EE UU, demandando autores y editores americanos ante aquellas jurisdicciones extranjeras”⁶⁶. Esta específica aproximación tiene su fundamento en la dispar manera en la que el sistema norteamericano reconoce y tutela cada una de las categorías de derechos que están en conflicto. En el sistema estadounidense los derechos de la personalidad son derechos derivados de manera interpretativa por la jurisprudencia mientras que la libertad de expresión está consagrada y tutelada expresamente por la Primera Enmienda de la Constitución americana.

21. Ante este escenario, el reconocimiento de una resolución de cualquier naturaleza –judicial o arbitral– dictada en este tipo de litigios con base en el ordenamiento norteamericano planteará típicamente problemas de orden público en los tribunales europeos. La reglamentación de los ordenamientos jurídicos europeos (incluido el Derecho inglés) contrasta en gran medida con el tratamiento previsto en el sistema norteamericano para la solución de los conflictos entre los derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información (de prensa). Aunque Reino Unido y EE UU pertenecen al sistema *common law* –lo que en principio permitiría presumir que gozan de ciertas similitudes en la reglamentación de ciertas figuras jurídicas–, en lo que se refiere a la tratamiento de los derechos de la personalidad y la libertad de expresión sus posturas pueden calificarse como diametralmente opuestas. Esta conclusión se deriva del hecho de que el sistema inglés sigue la tendencia general de los países de

⁶⁶ *Pub. L.* 111–223 (2010), § 1 (codified at 28 USC § 1, note).

Europa básicamente por su pertenencia al CEDH, por lo que forma parte del sistema europeo en este contexto. Este tratamiento tan desigual entre estos sistemas es consecuencia directa de que en el ordenamiento jurídico norteamericano la libertad de expresión es un derecho constitucional positivo que resulta preeminente, en todo caso, sobre los posibles derechos relacionados con la personalidad con los que pueda entrar en conflicto⁶⁷ (lo que no siempre ocurre en los sistemas jurídicos europeos). Y lo mismo podría deducirse en sentido contrario: las eventuales resoluciones judiciales o arbitrales que en esta materia se dicten con fundamento en ordenamientos europeos plantearán problemas de reconocimiento cuando el tribunal requerido sea norteamericano. En este sentido, es posible que la resolución por la que se reconozca la existencia de una lesión a un derecho de la personalidad y la consecuente condena al pago de una indemnización a su titular por el responsable, luego quede sin efecto porque el Derecho nacional al que remite el orden público –el Derecho EE UU– tutele bajo la libertad de expresión la manifestación que se califica como lesiva del derecho, por lo que no se admita la existencia de responsabilidad alguna. No se reconocerían efectos a una resolución que resulte restrictiva de una libertad constitucional como es la libertad de expresión y, por lo tanto, contraria a su orden público.

Pero no sólo existen divergencias entre estos dos grandes sistemas, sino que dentro de Europa los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros UE no reglamentan de igual manera estas categorías de derechos, a pesar de contar con instrumentos internacionales comunes esenciales en la materia (CEDH y CDFUE) y partir de tradiciones constitucionales similares, por lo que potencialmente también caben problemas de orden público entre los ordenamientos europeos. En cualquier caso, hay que reincidir en que no plantea ninguna diferencia *per se* que la resolución que se pretenda reconocer y ejecutar sea de naturaleza arbitral. Esto es, para el tribunal requerido la aplicación de su orden público para impedir el *execuatur* de la resolución no dependerá de si es o no un órgano judicial el emisor –ni cuál sea el Estado de origen–, sino que el contenido de la resolución sea contrario a esa normativa esencial.

⁶⁷ Aunque en este apartado únicamente se dará una visión general comparativa entre los sistemas, con el objeto de introducir el siguiente apartado ya dedicado en particular a los elementos más relevantes en el tratamiento de la cuestión de desde una perspectiva práctica, esto es, desde el punto de vista del éxito de la acción.

III. Iniciativas para la resolución extrajudicial de las controversias

22. Se han planteado recientemente distintas iniciativas de alcance dispar –comunitario por un lado y de carácter nacional por otro– con el objetivo de promover la resolución extrajudicial de aquellos litigios en los que se encuentran implicados derechos de la personalidad por una parte y el ejercicio de las libertades fundamentales de expresión y/o información por otro. Fundamentalmente estas propuestas vendrían en principio circunscritas a aquellos supuestos en los que la responsabilidad del eventual demandado –derivada de la actividad desarrollada presumiblemente en ejercicio de sus libertades– sea de naturaleza extracontractual, ahora bien, esto no obsta para que este recurso extrajudicial pudiera ser aplicado a aquellos supuestos en los que existiendo entre las partes una relación jurídica previa –negocios de disposición– se vieran afectados estos derechos. Se trata, por una parte, de las iniciativas que el Parlamento Europeo ha sacado a colación de la reforma del RR II con el objeto de reglamentar una solución de ley aplicable uniforme en el territorio UE para las obligaciones extracontractuales por difamación o por lesiones a los derechos de la personalidad; y por otra, de distintas iniciativas de índole nacional que ciertos Estados miembros han presentado para la resolución extrajudicial de este tipo de litigios.

1. Propuesta comunitaria

23. El eventual recurso a los mecanismos alternativos de solución de controversias en general para conflictos pertenecientes al sector de la responsabilidad extracontractual y, en particular para las demandas sobre difamación o lesión de otros derechos de la personalidad, es una de las posibilidades por la que parece que apuestan con fuerza las instituciones europeas. Para afirmar tal extremo puede hacerse referencia a las distintas Propuestas presentadas por el Parlamento Europeo para la revisión del RR II –con el propósito de incorporar una regla de conflicto específica uniforme para los litigios transfronterizos sobre difamación y demás derechos de la personalidad en el territorio comunitario–. En la primera de estas iniciativas –presentada el pasado noviembre de 2011⁶⁸–, se hace referencia expresa y se fomenta la

⁶⁸ *Draft Report* de 21.11.2011, 2009/2170 (INI), *loc. cit.*

resolución alternativa de controversias (ADR⁶⁹) para este tipo de obligaciones extracontractuales, y posteriormente se incide de nuevo sobre esta idea confirmando su postura en la última propuesta del pasado 2 de mayo de 2012⁷⁰.

En ninguna de las ocasiones en las que se hace referencia a esta posibilidad por la Eurocámara se detalla cómo debería materializarse esta parte de la propuesta –limitándose a recalcar que “los Estados miembros deberían alentar y promover la utilización de un futuro centro de ADR, incluida la posibilidad de que la no utilización del centro se tenga en cuenta en las costas”⁷¹–. En consecuencia, será necesario plantearse en qué términos debería desarrollarse esta iniciativa para que se constituya en una verdadera alternativa extrajudicial para la resolución de este tipo de litigios dentro de la UE. Son numerosos los elementos particulares que habría que perfilar previamente antes de poner en marcha este mecanismo. En primer lugar, en lo que respecta al que podría referirse como el órgano arbitral se plantean varias cuestiones: habría que determinar quiénes decidirían, si serían propiamente árbitros o no, cómo se designarían, el régimen de funcionamiento del órgano arbitral –si se considera un arbitraje administrado–, etc. Por otro lado, la fundamentación de la competencia es una cuestión también muy relevante. Al tratarse litigios esencialmente relativos al ámbito de la responsabilidad extracontractual difícilmente las partes se pondrían de acuerdo para someter la cuestión al arbitraje con carácter previo, y para el hipotético caso de que así fuera debería reglamentarse los requisitos del convenio arbitral⁷², el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes⁷³ y consecuencias del efecto negativo del convenio arbitral respecto de la jurisdicción. Para el resto de supuestos en los que no exista una cláusula compromisoria al uso, quizá esa buscada fundamentación podría venir dada por el sometimiento voluntario de los típicos demandados en esta clase de litigios –los medios de comunicación– a un código de conducta entre cuyas directrices estuviera como mecanismo alternativo o previo a la

⁶⁹ Un centro para la solución extrajudicial de los posibles litigios (*Alternative Dispute Resolution, ADR center*), Apartado M, p. 6.

⁷⁰ *Report on with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*, 2009/2170(INI), *loc. cit.*

⁷¹ Apartado M de ambas propuestas.

⁷² O en su caso mediante la remisión en su caso a la reglamentación de todos o parte de estos aspectos establecida para el arbitraje típico.

⁷³ Lo que dada la particularidad de la materia: derechos fundamentales podría ser más restrictiva que lo previsto para el arbitraje comercial internacional, para impedir que las partes pudieran dejar sin contenido un derecho fundamental.

jurisdicción el arbitraje; lo que nos lleva al siguiente elemento: los efectos de ese arbitraje en relación con la jurisdicción. Desde esta perspectiva habría que plantearse en qué medida la sumisión al arbitraje en esta materia supondría una renuncia a la tutela del derecho fundamental en cuestión ante la jurisdicción nacional, esto es, si sería un recurso alternativo excluyente de la jurisdicción o complementario a ésta de carácter previo – lo que resulta esencial para determinar si la sumisión a este arbitraje supone la renuncia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales implicados y hasta dónde alcanza esa renuncia–. En cualquier caso, sin perjuicio de las prevenciones que puedan establecerse para salvaguardar los derechos fundamentales implicados, siempre el recurso al orden público en este tipo de conflictos debería estar presente e incidir en su caso, ya sea previamente determinando la falta de arbitrabilidad de esa cuestión en concreto o posteriormente ante un eventual recurso del laudo o denegando su reconocimiento previo a la ejecución. En definitiva, se trataría de reglamentar la interacción de este mecanismo con el arbitraje normal, indicando qué similitudes y diferencias va a mostrar con el arbitraje típico –esto es, si serían o no equiparables–, bien mediante una reglamentación específica para este tipo de supuestos o bien mediante una remisión general al régimen del arbitraje comercial internacional –refiriendo expresamente aquellas particularidades propias de la materia–.

En conclusión, falta mucho camino por recorrer para que en el supuesto de que llegase a materializarse finalmente esta propuesta del Parlamento en este sentido, el recurso a los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias –en general y al arbitraje en particular– en esta materia pudieran considerarse como una verdadera opción alternativa a la jurisdicción para los sectores implicados –los medios de comunicación por una parte y las eventuales víctimas de atentados a sus derechos de la personalidad por otra–.

2. Medidas nacionales

24. Las iniciativas mostradas por la Eurocámara a este respecto no son una tendencia aislada, ya que son reflejo de ciertas iniciativas privadas nacionales de práctica reciente en algunos Estados miembros. Es el caso de Gran Bretaña, donde una empresa sin ánimo de lucro ha lanzado una propuesta el 21 de junio de 2011 para el uso del arbitraje para la resolución de litigios sobre difamación (libelo) por la publicación de información por los medios de comunicación, si bien

con carácter voluntario⁷⁴ ⁷⁵. Se trataría de un mecanismo alternativo o previo a la acción judicial, aunque esta posibilidad no está prevista por la actual regulación –que actualmente se encuentra pendiente de revisión⁷⁶–. Esta proposición de origen privado se fundamenta en la subscripción voluntaria de las partes a una serie de principios marco que tratan de asegurar la resolución de este tipo de acciones de manera rápida, justa y asequible⁷⁷. La solución arbitral prevista parte del establecimiento de una serie de elementos preliminares clave para la resolución extrajudicial del litigio –*key preliminary issues*–, que recaen principalmente sobre el eventual responsable/demandado: el medio de comunicación. Como primera de las medidas se encuentra la obligación de eliminar cualquier ambigüedad, inexactitud o incertidumbre de la información, imagen o dato publicado. Cuando se trata de acciones por difamación resulta en la mayoría de los casos esencial determinar “el significado” (*meaning*) natural y común de las palabras o las imágenes controvertidas y, en este sentido, se establece

⁷⁴ La propuesta ha sido lanzada por una empresa sin ánimo de lucro, *Early Resolution*, fundada por un juez de Tribunal Supremo jubilado –Sir Charles Gray, especializado en litigios con medios de comunicación– y por Alastair Brett, un antiguo director jurídico del periódico *the Times* (toda la información disponible en <http://www.earlyresolution.co.uk/about-us/founders>). Sobre el impacto de la posible incorporación de un mecanismo alternativo de solución de controversias en esta materia *Vid.* la noticia publicada en el *Financial Times* en su versión digital (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/7dba3944-9aa0-11e0-bab2-00144feab49a.html#axzz1Pu88Zhqb>) (visto el 20 de junio de 2012).

⁷⁵ Y no es la única, pues el pasado mes de marzo de 2012 se presentó en este mismo país por la organización *englishpen.org* –dentro de su campaña de defensa de la libertad de expresión en el Reino Unido e internacionalmente, que incluye un proyecto alternativo a la jurisdicción para los casos de libelo– su informe final sobre los problemas creados por el actual procedimiento judicial para los casos de difamación, donde se incluyen recomendaciones para solventar estos problemas, y entre aquellas recomendaciones se encuentra el recurso a ADR (texto íntegro del informe final disponible en http://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2012/03/Alternative_Libel_Project_FinalMarch_2012.pdf). Visto el 11 de octubre de 2012.

⁷⁶ Sobre las posibles enmiendas a la actual *Defamation Act 1996*, *Vid.* la *Draft defamation Bill* de 11 de marzo de 2011, disponible en <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/draft-defamation-bill-consultation.pdf>; el informe del *Joint Committee report on the Draft Defamation Bill*, publicado el 19 de octubre de 2011, <http://es.scribd.com/doc/69285472/Draft-Defamation-Bill-Report>; así como el resultado de las consultas en la *Draft Defamation Bill: Summary of Responses to Consultation*, publicada el 24 de noviembre de 2011, <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/draft-defamation-bill-consult-summary-responses.pdf>. La última versión, *Defamation Bill (HL Bill 41)*, publicada el 24.09.2012, (http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2012-2013/0041/lbill_2012-20130041_en_1.htm), fue sometida a segunda lectura por el Parlamento el pasado 9 de octubre.

⁷⁷ La lista íntegra de los principios puede consultarse en <http://www.earlyresolution.co.uk/about-us/our-principles>.

como necesario reconocer a las partes el derecho de reparar o interrumpir la acción/reclamación una vez que ese significado haya sido determinado si así lo estiman conveniente⁷⁸. Después de concretar el significado y/o de determinar alguno de los elementos preliminares clave, ambas partes tienen la obligación de determinar si la materia puede ser solventada y resuelta a través del ofrecimiento de alguna de las medidas de reparación previstas en la ley o si procede el sobreseimiento. En cualquier caso, si finalmente la reclamación de difamación no es resuelta a través de estos elementos clave, y al margen de aquellos aspectos que sean determinados por el arbitraje –que serán de obligado cumplimiento para las partes–, todas o algunas de las cuestiones podrán someterse al conocimiento de la jurisdicción ordinaria para determinar los daños y perjuicios y/o las costas, quedando a la discreción absoluta de la jurisdicción en función de las circunstancias del caso y del comportamiento de las partes.

25. La relevancia de esta iniciativa particular radica en el hecho de que aunque se limita a supuestos en los que el demandado es un medio de comunicación, permite al menos plantear la posibilidad de que en un futuro entre particulares pueda utilizarse este mecanismo de solución de controversias en ciertas circunstancias: cuando por ejemplo la lesión venga por un comentario en un blog, en una red social, etc., y la reclamación se limite a cálculo del *quantum* indemnizatorio.

IV. Ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción

1. Incentivos para las partes implicadas: en particular para el demandado

26. El uso de mecanismos alternativos de solución controversias, en particular del arbitraje, en este tipo de litigios se justifica en las ventajas que este medio ofrece a todas las partes en conflicto frente al recurso ordinario a la jurisdicción. Ahora bien, ha de diferenciarse entre aquellos supuestos en los que existe un contrato previo entre las partes de aquellas situaciones en las que las reclamaciones por intromisión en los derechos de la personalidad se realizan al margen de cualquier contrato,

⁷⁸ Entre otros elementos clave preliminares que el reclamado podrá hacer valer –cuya carga de la prueba recae exclusivamente sobre éste– ante una reclamación de este tipo se encuentran excepciones (*defences*) recogidas en la *Defamation Act* como es la *honest comment* o *the public interest*.

ya que en último de los casos las ventajas e incentivos que el arbitraje le ofrece son más evidentes. Desde la perspectiva de la víctima / demandante, la solución que en principio el arbitraje puede ofrecerle ante la vulneración de sus derechos personales por publicación / difusión de información o imágenes controvertidas –no autorizadas⁷⁹– resulta más sencilla, más rápida –lo que generalmente es esencial en este tipo de litigios, para mitigar tanto cuantitativa como cualitativamente el daño en función del medio utilizado para la publicación / difusión de la información– y con menos costes que la tutela solicitada ante los tribunales nacionales. Desde el punto de vista de los eventuales demandados –típicamente medios de comunicación tradicionales y / o con difusión digital o gestores de contenidos en la red–, cuando la responsabilidad que se reclama se deriva al margen de un contrato, con esta previsión se lograría atenuar la inseguridad jurídica que ha supuesto dentro del territorio UE la reciente jurisprudencia del TJUE establecida en *eDate Advistising*⁸⁰. El medio de comunicación que opera en Internet –o cualquier gestor de contenidos que puedan resultar controvertidos a estos efectos en la red– tendrán en principio gran interés en que se evacuen extrajudicialmente eventuales responsabilidades frente a la posibilidad del *forum actoris* –resultante de reconocer en *eDate* competencia universal a los tribunales del Estado miembro donde la víctima tenga su centro principal de intereses–. A esto ha de añadirse la multiplicidad de foros como *locus damni* resultantes de esta misma doctrina –*eDate*– cuando el medio utilizado es Internet y en consecuencia potencialmente de alcance global, permitiendo conocer del litigio a los tribunales nacionales de cada uno de los Estados miembros en los que el contenido es o haya sido accesible aunque sea con competencia limitada a los daños producidos dentro de su jurisdicción. Ahora bien, aunque para que pueda determinarse la existencia de daño en ese territorio es necesario que la víctima sea conocida allí, lo que para los casos de sujetos particulares sin relevancia o interés público generalmente se limita al Estado donde desarrolla su vida cotidiana (y en consecuencia

⁷⁹ Ya sea porque no exista relación alguna entre las partes –contrato– o bien existiendo aquélla la actuación de la que se deriva la intromisión no está amparada por el contrato.

⁸⁰ STJUE 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 (*eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*). En esta resolución el TJUE ha reconocido un nuevo criterio de competencia en el marco del RB I (art. 5.3º) en un supuesto de difamación por Internet, concretado en el centro de intereses principales de la víctima con competencia universal para conocer de todos los daños sufridos por la publicación de la información, manteniendo por otro lado el criterio lugar del daño (*locus damni*) recogido en *Shevill* aunque adaptado al medio virtual –todos aquellos Estados miembros desde donde el contenido controvertido es o fue accesible–.

el lugar donde tiene su centro principal de intereses), cuando la víctima es un personaje público los posibles foros *damni* se multiplican. Para aquellos supuestos en los que exista un contrato entre la presunta víctima y el potencial responsable, la inicial falta de seguridad tanto en lo que respecta a la jurisdicción competente como al Derecho sustantivo aplicable podría subsanarse *ab initio* a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes; esto es, mediante la incorporación de sendas cláusulas de elección de Derecho aplicable y sumisión a la jurisdicción nacional –o arbitraje–.

27. La posibilidad del *forum actoris* unido a la falta de unificación conflictual en la materia a nivel comunitario –cuando se trata de responsabilidad extracontractual–, resulta un incentivo de lo más significativo para los medios de comunicación a la hora de suscribir voluntariamente un arreglo extrajudicial para depurar responsabilidades. La ausencia de una solución de ley aplicable uniforme dentro de la UE conduce irremediabilmente a que la determinación del foro competente sea una cuestión esencial que va a condicionar en gran medida el resultado del litigio. Existe en la UE y sus Estados miembros una importante inseguridad jurídica derivada de las carencias del complejo panorama normativo. La exclusión expresa de las “obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, en particular, la difamación” (art. 2.g), del ámbito de aplicación del Reglamento 864/2008 (RR II)⁸¹, ha supuesto la ausencia de una regla uniforme que ofreciera una solución homogénea dentro del espacio europeo en este tipo de litigios. La consecuencia principal de esta omisión es la coexistencia de los distintos sistemas de DIPr nacionales de los Estados comunitarios, con sus distintas soluciones –reglas especiales o remisiones a las normas generales previstas para el derecho de daños o de responsabilidad civil extracontractual–, utilizando técnicas legislativas dispares⁸². Ahora bien, a pesar de esta variedad en la generalidad de supuestos, típicamente estos sistemas van a permitir la aplicación del ordenamiento del lugar del domicilio/residencia habitual de la víctima, ya sea como

⁸¹ Vid. J. Brière, “Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Journ. dr. int.*, vol. 135, 2008, pp. 31–74, T. Kadner Graciano, “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 445–511 y C. J. Kunke, “Rome II and Defamation: Will th Tail wag the dog”, *Emory Int’l L. Rev.*, 2005, Vol. 19, pp. 1733–772.

⁸² Vid. J.J. Álvarez Rubio (dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Navarra, 2009, Apartado III: análisis comparado de las normas de conflicto de los estados miembros (pp. 129–204).

territorio donde se entiende que se concreta el daño (*locus damni*) o directamente porque este criterio es el punto de conexión establecido por la norma de conflicto autónoma. En particular, esta tendencia parece que se verificará casi con seguridad cuando el foro elegido sea precisamente ese lugar, lo que se traduciría en una nacionalización del litigio ya que al *forum actoris* se le uniría la aplicación de la *lex fori*. Ante este posible escenario nada favorable para el eventual responsable, parece que una solución extrajudicial alternativa al recurso de la jurisdicción sería bien acogida.

2. Incertidumbres a cerca del tribunal competente

28. No puede obviarse tampoco las ventajas que este recurso extrajudicial presenta también en aquellos supuestos en los que entre las partes mediara un negocio jurídico de disposición, frente a los problemas que pueden plantearse de concreción de la jurisdicción competente. Por un lado, el primer problema que puede surgir gira en torno al carácter contractual del litigio, lo que condiciona la aplicación de los fueros previstos para las obligaciones contractuales en los sistemas aplicables⁸³. Una vez superada la cuestión de la calificación pueden surgir nuevos inconvenientes que complican la localización del criterio de competencia aplicable a las obligaciones contractuales. Tomando como referencia el sistema del RB I, la operatividad del fuero especial contenido en el art. 5.1º dependerá de la concreción del lugar del acto de disposición para su aplicación⁸⁴. El art. 5.1º.a) otorga competencia a los tribunales del Estado “donde hubiere o debiere ser cumplida la obligación”⁸⁵. Para concretar el lugar de cumplimiento (o

⁸³ Cuestión que ya se ha analizado en párrafos superiores paralelamente al abordar la cuestión de la delimitación de los aspectos contractuales y no contractuales para concretar el alcance de la cláusula compromisoria.

⁸⁴ Para aquellos supuestos en los que el caso cayera fuera de ámbito RB I / CL porque el demandado no estuviera domiciliado en Estado miembro, el art. 22.3 LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles cuando la obligación contractual hayan nacido o deba cumplirse en España.

⁸⁵ En relación con el concepto de “obligación” contenido en el art. 5.1º RB I, *vid.* SSTJCE 15 de enero de 1987, *Shenavai*, 266/85, Rec. p. 239, §9; de 29 de junio de 1994, *Custom Made Commercial*, C-288/92, Rec. p. I-2913, §23; de 5 de octubre de 1999, *Leathertex*, C-420/97, Rec. p. I-6747, §31, y de 19 de febrero de 2002, *Besix*, C-256/00, Rec. p. I-1699, § 44, todas ellas en relación con el CB pero totalmente vigentes dada la total identidad con el art. 5.1º RB I; por lo que respecta al lugar de cumplimiento de dicha obligación, *Vid.* las sentencias *Tessili*, Asunto 12/76 de 6 octubre 1976, §13; *Custom Made Commercial*, Asunto C 288/92, §26; de 28 de septiembre de 1999, *GIE Groupe Concorde y otros*, C-440/97, Rec. p. I-6307, § 32; *Leathertex*, antes citada, § 33, y *Besix*, antes citada, §§ 33 y 36.

ejecución) el art. 5.1º en su letra b) prevé una serie de reglas en función del tipo de contrato de que se trate. Sin embargo, esta disposición no define qué se entiende por cada uno de los contratos que enumera, se limita a concretar el criterio territorial señalado en su apartado a). Consecuentemente, ante la amplia variedad de tipos de negocios de disposición⁸⁶ o explotación de bienes de la personalidad no cabe una calificación⁸⁷ automática para la aplicación de estas reglas. Por ello habrá que acudir a la doctrina del TJ donde se define a los efectos del art. 5.1º RB I cada una de estas figuras contractuales.

Una de las posibilidades que el 5.1º b) RB I ofrece es la del contrato de prestación de servicios. Para poder calificar como contrato de prestación de servicios alguno de los posibles negocios de disposición sobre bienes de la personalidad habrá que concretar qué se entiende por aquellos a los efectos del art. 5.1º b). En este sentido resulta esencial la sentencia dictada en el asunto *Falco* (as. C-533/07 de 23 de abril de 2009)⁸⁸. Para el TJ el concepto de servicios implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración. Ciertos contratos de disposición o explotación de atributos de la personalidad encajan en esta definición, con lo que deberían ser calificados como contratos de prestación de servicios para concretar la competencia judicial internacional con base en el art. 5.1º.b).

Algunos ejemplos de estos contratos de disposición son los de cesión de la gestión del derecho a la imagen por el titular a un tercero a nivel internacional. Esto es, cualquier contrato de representación o agencia por los que el titular de un derecho de la personalidad contrata con un tercero su representación para la explotación de sus derechos de la personalidad en distintos países (si no para todo el mun-

⁸⁶ Se utiliza esta terminología por considerarse lo suficientemente amplia para englobar todos los posibles negocios jurídicos por los cuales un sujeto puede disponer, de distintas formas y maneras, de ciertos atributos que integran su derecho personal a la intimidad o la propia imagen. Sin que sea entendido como un concepto jurídico absoluto. En este sentido, esta terminología ha sido utilizada por cierta doctrina española, como por ejemplo, L.H. Clavería Gosálbez, "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", *ADC*, 1984, III, pp. 31-69, en esp. p. 50.

⁸⁷ Son varias las posturas mantenidas por la doctrina en cuanto a la naturaleza de este tipo de contratos, entre ellas la que más se repite es la de un arrendamiento de servicios *sui generis* (*ibid.*).

⁸⁸ Entre las cuestiones prejudiciales que se plantearon, como primera de ellas, se encontraba la cuestión de la calificación de la figura contractual por la que el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho (contrato de licencia) con el objeto de encajarlo o no dentro del contrato de "prestación de servicios" en el sentido del art. 5, punto 1, letra b) RB I.

do), siendo el representante o agente quien presta el servicio. No obstante, al margen de estos supuestos, la mayoría los contratos o actos de disposición sobre derechos de la personalidad no encajan dentro de la concepción de contratos de prestación de servicios, siendo estos últimos los menos.

29. Para aquellos contratos de disposición o explotación de derechos de la personalidad que no puedan ser reputados como de prestación de servicios será de aplicación el art. 5.1º.a) RB I (aplicable a los contratos que no sean de compraventa de mercaderías⁸⁹ ni de prestación de servicios) de conformidad con el art. 5.1º.c). En este sentido, los contratos por los cuales el titular de un derecho de la personalidad a cambio de recibir una contraprestación económica permite a otra explotar cierto contenido del mismo no son contratos de prestación de servicios. Es en particular el caso de cesión del derecho de imagen a cambio del pago de un precio (para publicidad internacional, para un reportaje fotográfico en un periódico de tirada internacional, contratos de sponsorización, etc.⁹⁰). Lo mismo ocurre cuando lo que se contrata es la propia explotación por el titular de sus derechos a cambio de dinero pero utilizando los medios de la otra parte contratante. Se da este supuesto cuando el titular del derecho –personaje público o de cierto interés para el público– acude a un programa/medio de comunicación previo pago a contar sus intimidades (lo que se denomina en el sector como venta de exclusivas), o cuando firma un contrato para participar en un *reality show* donde muestran todas sus intimidades minuto a minuto⁹¹.

30. Una vez que se tiene calificado el contrato de disposición habrá que concretar el lugar de ejecución o cumplimiento para concretar el foro competente. Para la aplicación del art. 5.1º.a) es necesario determinar la prestación en concreto por la que se demanda para locali-

⁸⁹ Aunque se ha hablado de “mercantilización” de estos derechos por sus titulares cuando pueden comercializar algunos aspectos integrantes del mismo mediante ciertos actos de disposición.

⁹⁰ En estos casos si el cesionario cede a su vez a otra empresa las fotografías para una promoción comercial distinta de la pactada, la jurisprudencia española condena al cesionario no autorizado para la cesión por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y declara la ausencia de responsabilidad de la empresa que creía de forma fundada que aquél era titular de los derechos de imagen. Cf. STS 1ª nº 754/2008, de 22 julio (RJ 2008\4495).

⁹¹ El más conocido de este tipo de programas de televisión es el llamado *Gran Hermano –Big Brother–*, pero hay otros muchos ejemplos dentro del panorama nacional y fuera de éste.

zar el lugar de su cumplimiento, y en el caso del 5.1º.b) es la prestación de servicios la que debe localizarse, que en este tipo de contratos será el acto de disposición del derecho⁹². En ambos supuestos esta operación será sencilla si se recoge esta información en el contrato, en caso contrario el lugar de cumplimiento de la prestación habrá que determinarse en función del Derecho material que resulte aplicable según las normas de conflicto del foro⁹³.

En aquellos supuestos la concreción de la competencia judicial internacional va a estar condicionada por el Derecho aplicable al contrato. El criterio de localización de competencia del 5.1º se refiere al lugar de cumplimiento de la obligación y no a cómo debe ejecutarse la prestación⁹⁴ que es una cuestión de Derecho aplicable (cuestión regulada por la *lex contractus*). En este sentido, para el caso de que la ley que resultara de aplicación al fondo fuera el ordenamiento jurídico español, la LO1/82⁹⁵ exige el consentimiento expreso para cada uno de los actos de disposición sobre estos derechos por el titular, en caso contrario la intromisión se reputa como ilegítima⁹⁶, pero eso no incide en la concreción de la competencia judicial internacional.

⁹² “Pues el pago ha de seguir a la prestación de servicios” (cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, p. 144). En estos contratos la disposición del derecho es sin duda la prestación característica, siguiendo los términos utilizados por el RRI en su art. 4 para la concreción del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en defecto de elección.

⁹³ A este respecto *vid.*, entre otros, si bien en cuanto a la concreción de este lugar cuando la prestación sea la entrega de mercancías, A. Espiniella Méndez, “El lugar de entrega de las mercancías en la contratación internacional”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 283–312; en general sobre la génesis de este precepto P. Beaumont, “The Brussels Convention becomes a regulation; implications for legal basis, external competence and contract jurisdiction”, en J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, 2002, pp. 9–30; P. Mankowski, “Chapter II, Sec. 2, Art. 5”, en U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed. revisada, Munich, 2011, pp. 88–284, en particular pp. 136–141; K. Takahasi, “Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5.1 of the Brussels Convention and Regulation”, *European L. Rev.*, N° 5, 2002, pp. 530–550.

⁹⁴ Aunque la base de la demanda sea el incumplimiento defectuoso de la obligación, para la aplicación de este fuero no se analiza por el tribunal del foro –ni puede hacerlo– si la prestación fue o no correcta sino que verifica si el lugar donde fue ejecutada está dentro de su jurisdicción.

⁹⁵ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (*BOE*, 14–V–82).

⁹⁶ En cuanto a los requisitos del consentimiento y los supuestos en los que éste actúa como elemento que elimina la ilicitud de las intromisiones a los derechos de la personalidad (art. 2 LO 1/82), pueden verse entre otras, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 131/2006 de 22 febrero (RJ 2006\830)

Asimismo, la concreción del lugar de cumplimiento de la prestación se complica cuando se trata de un contrato internacional de prestación de servicios donde los servicios se prestan en distintos países. En estos supuestos surge la cuestión de dónde demandar. La respuesta a esta pregunta la dio el TJCE en el asunto *Rehder*⁹⁷. Ante pluralidad de lugares de prestación de servicios en distintos Estados miembros debe determinarse qué lugar garantiza la vinculación más estrecha entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, y éste será en particular aquél en el que en virtud del contrato deba efectuarse la principal prestación de servicios (*Rehder* § 38)⁹⁸. La siguiente cuestión es cómo debe concretarse cuál es la principal prestación de servicios. Si se toma como referencia un contrato de gestión por un tercero del derecho de imagen por todo el mundo, en este caso habría que determinar dónde se localiza la principal prestación de servicios para poder concretar el tribunal competente. Según lo establecido por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Color Drack*⁹⁹ el lugar de prestación de servicios principal debe determinarse en función de criterios económicos. Habrá que estar entonces a cada caso particular para que el tribunal del foro evalúe todos los datos del contrato y así poder determinar cuál es la principal prestación de servicios siguiendo criterios económicos. Pero para el caso de no poderse determinar el lugar de la prestación principal, cada uno de los lugares de prestación que presenten un vínculo de proximidad suficiente con el litigio será un foro posible para el demandante, pues podrá ejercitar su acción contra el demandado ante el Tribunal del lugar de prestación de su elección (*Color Drack*, §§40 y 42).

V. Conclusiones

31. En el contexto actual, dado el complejo panorama normativo que existe en el ámbito comunitario desde la perspectiva jurisdiccional, resulta más que apropiado y conveniente el recurso a los medios extrajudiciales de solución de controversias –en particular al arbitraje– en este específico ámbito material. Y ello con independencia de si existe o no un contrato entre las partes –aunque por lo general será

⁹⁷ STJCE de 9 de julio de 2009, as. C-204/08, dictado en materia de contratos de transporte aéreo internacional. Esta resolución es básica en la aplicación del fuero del lugar de ejecución a los contratos de prestación de servicios, en cualquiera de sus modalidades: transporte, consultoría, agencia, distribución o franquicia (*vid.* el considerando 17 RR I).

⁹⁸ Ya que el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente es el de la entrega principal.

⁹⁹ STJCE, de 3 de mayo de 2007, as. C-386/05.

en estos supuestos en los que típicamente se acuerde a esta vía, ya que es en este documento donde se suele recoger la cláusula arbitral—. Ahora bien, dada la especialidad de la materia potencialmente el recurso a este medio pueda plantear eventuales problemas de arbitrabilidad y orden público –en función del Derecho material aplicable–, principalmente por el carácter fundamental de los derechos implicados en la generalidad de ordenamientos jurídicos (derechos de la personalidad y libertad de expresión e información). Aunque en principio el arbitraje para resolver el litigio puede operar sin referencia a un ordenamiento jurídico nacional, la arbitrabilidad y el orden público constituyen límites extrínsecos que suponen la aplicación de un Derecho nacional, aunque en momentos distintos del proceso arbitral. Mientras que la arbitrabilidad es una cuestión que va a determinar la validez de fondo del convenio arbitral –en cuanto a que debe referirse a una materia susceptible de someterse al arbitraje, esto es, disponible–, y por lo tanto determinará la propia existencia del proceso arbitral, la incidencia del ordenamiento nacional a través de recurso al orden público no sólo va a manifestarse en el momento de hacer efectivo el laudo arbitral definitivo sino que el orden público también puede condicionar el Derecho aplicable por el árbitro para resolver la controversia, aunque en este sentido el tribunal arbitral cuente con mayor margen de libertad que los órganos jurisdiccionales.

32. Los ámbitos en los que el orden público eventualmente puede manifestarse en relación con este tipo de demandas pueden concretarse básicamente en dos: a) en relación con el reconocimiento y garantía como derechos fundamentales –derivada del tratamiento constitucional de los derechos de la personalidad y de las libertades fundamentales con las que entran en conflicto–, y para el caso en el que la responsabilidad que pueda exigirse fuera eventualmente no contractual b) la disparidad de criterios en lo que concierne a las consecuencias económicas de la responsabilidad civil extracontractual derivada de las lesiones a estos derechos, también es una fuente de potenciales conflictos entre los ordenamientos jurídicos –especialmente en lo que se refiere a la proporcionalidad de los importes de la sanción–. Ahora bien, en la práctica los problemas mayores a la hora de conseguir la eficacia del laudo van a venir determinados en relación con el conflicto con otros derechos (la libertades de expresión e información), en este sentido la incidencia del orden público en esta materia es muy específica.

33. Las distintas aproximaciones por las que los sistemas jurídicos nacionales optan cuando reglamentan la relación entre los derechos

de la personalidad y las libertades de expresión e información (incluso si se comparan ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma familia jurídica –o de tradición similar– como es el caso de los sistemas continentales) pueden conducir a potenciales soluciones contradictorias en función del Derecho aplicado. Ahora bien, las meras divergencias entre los Derechos materiales no son determinantes para que opere el orden público, ya que éste es un recurso de carácter excepcional –pues es una excepción al normal funcionamiento de las normas de DIPr–. En este sentido, ha de interpretarse de manera restrictiva, esto es, cuando sea absolutamente incompatible con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico nacional de referencia. En consecuencia, la cláusula de orden público consagrada en el art. V CNY debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva, ya que ha de tenerse en cuenta que los derechos de la personalidad están condicionados por factores de carácter social y temporal –además del propio comportamiento de su titular, que delimita su alcance–, lo que limita en mucho el posible recurso por el foro requerido a esta causa de denegación del reconocimiento del laudo.

No obstante, a pesar del carácter restrictivo que debe predicarse del recurso al orden público para limitar la eficacia del laudo con carácter general, previsiblemente en ciertos sistemas este adjetivo no resulte del todo acorde con la realidad. Cuando es la libertad de expresión la que está en juego o implicada con los derechos de la personalidad, si el ordenamiento aplicable es el norteamericano no cabe casi ninguna duda de que el laudo no será reconocido –y consecuentemente tampoco ejecutado– por considerarse restrictivo de esta libertad según se concibe en este sistema –prácticamente ilimitada–, teniendo en consideración las reformas legislativas de los últimos años. Aunque esta reforma responde a una protección conocida en nuestro sistema: el orden público, el equilibrio entre los derechos fundamentales implicados es diferente entre EE UU y Europa.

En cualquier caso, puede afinarse en esta cuestión que previsiblemente en la generalidad de sistemas no vaya a plantear problemas de orden público el uso de este mecanismo alternativo para resolver sobre aquellas cuestiones relativas exclusivamente a las consecuencias económicas derivadas de la violación de los derechos de la personalidad; en particular, cabe sostener que esta sería la situación en el Derecho español.