

LA CONTROVERTIDA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS Y ASIMÉTRICAS EN EUROPA. A PROPÓSITO DEL AUTO DE 18 DE OCTUBRE DE 2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ABSTRACT

La utilización de cláusulas híbridas de resolución de disputas es cada vez más frecuente en el tráfico internacional debido a las ventajas que presentan. No obstante, la validez y eficacia de este tipo de cláusulas es controvertida en la mayoría de las jurisdicciones, especialmente cuando son asimétricas.

En este artículo se aborda, en primer lugar, la utilidad de las cláusulas híbridas de sumisión y las razones por las que su validez es controvertida. A continuación, se analiza su admisibilidad (o inadmisibilidad) conforme a la legislación comunitaria, así como la jurisprudencia dictada en Europa sobre la materia. Por último, se expone la evolución de la postura adoptada al respecto por la doctrina y la jurisprudencia españolas.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS Y SU HABITUAL ASIMETRÍA
- II. LA CONTROVERTIDA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS EN EUROPA. ANÁLISIS COMPARADO
- III. EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS EN ESPAÑA. EL AUTO DE 18 DE OCTUBRE DE 2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
- IV. LECCIONES QUE SE EXTRAEN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

I. INTRODUCCIÓN. LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS Y SU HABITUAL ASIMETRÍA

Cláusulas híbridas o *mixtas* (en inglés, *hybrid*, *optional* o *split dispute resolution clauses*) son, como es sabido, aquellos pactos de resolución de disputas en los que una o ambas partes tienen la facultad de decidir cuál de los foros de sumisión pactados es el más adecuado para resolver una disputa, una vez ésta ha surgido. Así, por ejemplo, una cláusula híbrida típica sería aquella en la que, para la resolución de las controversias que surjan, se permite a las partes elegir entre acudir a los tribunales de determinada jurisdicción o a arbitraje. La parte demandada habrá de aceptar la decisión tomada por la demandante en cuanto al método de resolución de disputas.

Existen diversos tipos de cláusulas híbridas. Las más frecuentes son las que ofrecen la posibilidad de elegir entre acudir a arbitraje o a órganos jurisdiccionales. No obstante, no son extraños los pactos por los que se otorga la facultad de optar entre dos o más jurisdicciones distintas. También se incluyen en el concepto de cláusulas híbridas las cláusulas escaladas (*multi-tiered* o *multi-step clauses*), que hacen referencia a otros métodos de resolución de controversias (además de jurisdicción o arbitraje), como puede ser la mediación. No obstante, en este artículo nos referiremos únicamente a las cláusulas que incluyen la opción entre

arbitraje o jurisdicción, o que facultan a elegir entre dos o más jurisdicciones, por ser las más discutidas.

Las cláusulas híbridas presentan la evidente ventaja de que permiten dejar la elección del método de resolución de disputas para el momento en que éstas se plantean, que es además cuando las partes suelen estar mejor preparadas para determinar el medio más idóneo para resolver el conflicto.

Aunque puede preferirse la certidumbre que genera el pacto de sumisión expresa a un único foro de forma exclusiva, por diversas razones puede ser conveniente diferir la elección del método de resolución de disputas al momento en que surge el conflicto.

En efecto, son cada vez más frecuentes los casos en los que al celebrar un contrato no se puede conocer qué método de resolución de controversias será el más idóneo para resolver los eventuales conflictos. Esta incertidumbre es habitual, por ejemplo, en contratos relacionados con materias técnicas, complejas o novedosas, como pueden ser los de obra o los relacionados con el uso de las nuevas tecnologías. De estas relaciones contractuales pueden derivarse tanto controversias muy complejas, que puede convenir someter a un árbitro experto en la materia, como controversias jurídicas más sencillas o de poca cuantía, para cuya resolución el arbitraje puede no ser el método más adecuado.

Otro escenario propicio para acordar una cláusula híbrida es aquél en el que, al celebrar un contrato, no se conoce con certeza el lugar en el que se ejecutaría eventualmente la sentencia (o laudo) que resuelva el conflicto. Puede existir, además, la posibilidad de que la sentencia se ejecute finalmente en un país en el que no exista tratado de ejecución de sentencias extranjeras. En tales casos resultará preferible acudir a la vía arbitral, pues, como es sabido, el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, (el “Convenio de Nueva York”)¹, ha sido ratificado por más de 140 países. Así pues, en muchas ocasiones, la bondad de una u otra vía no podrá determinarse hasta el momento mismo en que surja el conflicto.

En lo que respecta a los tipos de cláusulas híbridas, se ha de distinguir, fundamentalmente, entre cláusulas híbridas *simétricas* —o *bilaterales*— y cláusulas híbridas *asimétricas* —o *unilaterales*— (en inglés, *asymmetric, optional* o *unilateral DR clauses*). Las primeras son aquellas que ofrecen a todas las partes del contrato la opción de elegir la vía de resolución del conflicto. En las segundas, en cambio, la facultad de elegir el método de resolución de una controversia se concede sólo a una (o algunas) de las partes, debiendo la otra (u otras) aceptar la elección adoptada.

Las cláusulas híbridas más utilizadas en la práctica son las asimétricas. Estas cláusulas son cada vez más habituales en determinados sectores, como el financiero y el bancario, así como en contratos de arrendamiento o de construcción, en los que una de las partes tiene una posición negociadora más fuerte. También son frecuentes en contratos en los que una de las partes tiene su domicilio en una jurisdicción en la que la ejecución de sentencias extranjeras presenta dificultades, bien por no existir tratado de reconocimiento y ejecución, bien por otras razones.

La validez de las cláusulas híbridas, tanto por su carácter híbrido como por la asimetría que suelen presentar, se encuentra en discusión en el ámbito internacional. Ello se debe a que, a

¹ «BOE» núm. 164, de 11 de julio de 1977, páginas 15511 a 15512 (BOE-A-1977-15727).

pesar de que estos pactos de sumisión comienzan a ser cada vez más frecuentes, son pocas las jurisdicciones que se han posicionado claramente a favor de su admisión.

En Europa, la incertidumbre en torno a esta cuestión se ha incrementado recientemente, pues —como analizamos a continuación—, en lugar de tenderse hacia una postura homogénea, las sentencias dictadas durante los últimos años en las distintas jurisdicciones recogen conclusiones muy diversas sobre esta materia.

En España, en particular, el reciente auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013 (LA LEY 172387/2013), al que hace referencia este estudio, se ha pronunciado sobre la validez de las cláusulas híbridas y, como veremos, ha aportado luz a la cuestión en nuestro país.

II. LA CONTROVERTIDA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS EN EUROPA

(i) Razones por las que se ha negado virtualidad a las cláusulas híbridas y consecuencias de ello

La controversia sobre la validez de las cláusulas híbridas presenta dos focos de discusión diferentes. Por un lado, la validez de las cláusulas híbridas —ya sean bilaterales o asimétricas— se ha puesto en cuestión a causa de su carácter híbrido, esto es, por recoger una sumisión alternativa a dos o más foros o vías de resolución de disputas. Por otro lado, es también controvertida la admisibilidad de la asimetría que con frecuencia presentan estas cláusulas.

Aunque no conviene generalizar, pues la cuestión ha tenido un tratamiento particular en cada jurisdicción, puede afirmarse que el carácter híbrido de la cláusula ha supuesto, o por lo menos es hoy en día, un problema menor; el extremo verdaderamente discutido en la mayoría de jurisdicciones es su usual asimetría. Analizamos a continuación ambas situaciones por separado.

Por un lado, el carácter híbrido de una cláusula de sumisión ha resultado problemático, fundamentalmente, en las jurisdicciones de Derecho continental que han condicionado la validez del pacto de sumisión a que ésta sea exclusiva (y excluyente de otros foros)². Como es evidente, las sumisiones contenidas en las cláusulas híbridas, por la propia naturaleza de las cláusulas, no pueden ser exclusivas.

En algunas jurisdicciones —como es el caso de España— la discusión ha surgido también porque tradicionalmente se ha condicionado la validez del pacto de sumisión expresa al cumplimiento de requisitos muy formalistas (como que conste la “*voluntad inequívoca*” de sumisión o “*la renuncia clara y manifiesta a su propio fuero*”). Estos requisitos han llevado a concluir que en la sumisión conjunta a más de un foro (o a jurisdicción y a arbitraje) no hay verdadero consentimiento o voluntad concluyente de someterse en particular a ninguna de esas vías de resolución de controversias. Debemos ya advertir que, fruto de las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Arbitraje españolas, algunos de los referidos

² Sobre el tratamiento de la exclusividad de las cláusulas de sumisión en el sistema de Derecho anglosajón y su tratamiento en el sistema de Derecho Continental, véase BORN, Gary B.: “International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing”, *Kluwer Law International*, 2013, 4.ª edición, páginas 19 y ss.

requisitos se han suprimido en nuestro ordenamiento, lo que ha facilitado la admisión de estas cláusulas en España.

Por otro lado, en lo que respecta a la asimetría que suelen presentar las cláusulas híbridas, la discusión en torno a su admisibilidad y legalidad ha venido derivada, lógicamente, de la desigualdad que provocan entre los derechos de las partes.

Universalmente, se considera que la administración de justicia debe estar presidida por el principio de igualdad entre las partes. Si bien la desigualdad de derechos en la elección de la vía de resolución de una controversia no conlleva necesariamente la desigualdad de los derechos de las partes en el propio procedimiento, es este principio el que suele provocar el recelo con el que se examinan las cláusulas híbridas asimétricas.

No obstante, aunque lo que suele llevar a los jueces y tribunales a negar virtualidad a las cláusulas híbridas asimétricas es principalmente el temor a la vulneración del principio de igualdad procesal, muchas sentencias se fundamentan en otros razonamientos. Así, son habituales las siguientes argumentaciones: la falta de conmutatividad de la cláusula, la ausencia de un consentimiento bilateral a la sumisión³ y que la sumisión contiene en realidad una condición cuyo cumplimiento queda al arbitrio de una de las partes, por lo que no puede ser admitida.

A nuestro juicio, no hay inconveniente alguno en aceptar la desigualdad en la elección de foro cuando ésta ha sido querida y consentida por las partes (probablemente a cambio de otras concesiones). Naturalmente, ello será admisible siempre que no haya razones que determinen la especial protección de una de las partes (e.g. consumidores).

En lo que respecta a las consecuencias que tiene la inadmisión de una cláusula híbrida por un juez o tribunal, éstas suelen ser las presumibles. Los jueces y tribunales que se encuentran ante una cláusula híbrida —asimétrica o no—, si la consideran inválida por su carácter híbrido, tienden a declarar su nulidad o, simplemente, no le otorgan efecto alguno, de modo que han de aplicarse los foros generales de jurisdicción internacional o de competencia, según sea el caso.

Lo mismo sucede, en general, en las jurisdicciones que admiten las cláusulas híbridas (pero no así su asimetría), cuando los tribunales se encuentran ante una cláusula asimétrica. No obstante, algunos tribunales extranjeros han optado en estos casos por otorgar efectos a la cláusula asimétrica y, aplicando una interpretación extensiva de ésta, han concedido los mismos derechos de opción a la parte que, en virtud de la cláusula, no tenía derecho a ella.

(ii) El marco legislativo internacional

Antes de analizar la problemática de las cláusulas híbridas en las distintas jurisdicciones europeas, debe tenerse en cuenta que la legislación comunitaria e internacional admite la validez y eficacia de las cláusulas híbridas bilaterales. Resulta más discutible, como veremos, la admisión de las unilaterales.

Así, por un lado, el Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el “Reglamento de Bruselas”), reconoce claramente la admisibilidad de la sumisión a más de

³ Argumento erróneo, pues, como ya expusimos en otro lugar, una vez otorgado el consentimiento a la cláusula híbrida, no es necesario otorgar un nuevo consentimiento a la decisión sobre el fuero por la contraparte (LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro: “«Cláusulas híbridas» en el arbitraje”, *Expansión*, 16 de junio de 2008).

una jurisdicción. En efecto, tanto en su versión antigua como en la revisada (artículo 23.1 del Reglamento 44/2001 y artículo 25.1 del Reglamento 1215/2012⁴), el Reglamento de Bruselas establece que la competencia de los tribunales a los que se someten las partes “*será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes*”. Así pues, de acuerdo con esta norma, las sumisiones no exclusivas a un foro son válidas siempre que este extremo se exprese de forma clara en el pacto de sumisión. Puesto que las cláusulas híbridas participan de la naturaleza de los pactos de sumisión no exclusiva, siempre que se establezcan las diferentes alternativas de forma expresa y clara, deben considerarse válidas conforme al Reglamento⁵.

El propio TJUE, en el caso *Meeth v. Glacetal*⁶, resolvió que, conforme al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, las partes tenían derecho a someter sus controversias a los tribunales de dos o más Estados. El TJUE basó su decisión precisamente en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (que fue sustituido por el artículo 23 en el Reglamento de Bruselas 44/2001) y declaró que este artículo “*se funda sobre el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes*”. En concreto, el TJUE señaló que la referencia contenida en el artículo 17 del Convenio⁷ a que las partes pueden someterse a “*un tribunal o los tribunales de un Estado*” se debe simplemente a que lo habitual es la sumisión a un único foro. Aclaró, no obstante, que esa mención no puede interpretarse como excluyente del derecho de las partes a someter sus eventuales disputas a dos o más jurisdicciones. En definitiva, el TJUE ratificó la validez de estas cláusulas sobre la base de uno de los principios rectores del Reglamento: el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (salvo en aquellos supuestos en los que existen intereses públicos en juego).

En lo que respecta a la asimetría de las cláusulas híbridas, el Reglamento de Bruselas no se pronuncia al respecto y no cabe inferir de él su validez. Es más, como veremos a continuación, la validez de las cláusulas híbridas asimétricas está sometida a una importante controversia en muchas jurisdicciones.

(iii) Análisis comparado y casos recientes

Como hemos apuntado, en nuestro entorno internacional se está produciendo un intenso debate en torno a la admisibilidad de las cláusulas híbridas —y, en particular, de las

⁴ El Reglamento 1215/2012 será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que son aplicables desde el 10 de enero de 2014.

⁵ GOTHOT, Pierre y HOLLEAUX, Dominique, en *La Convención de Bruselas de 27 Septiembre 1968*, París: Ediciones Júpiter, 1985, página 106, en relación con el artículo 17.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (que fue sido sustituido por el artículo 23.1 en el Reglamento de Bruselas 44/2001), señalan: “*Poco importa en definitiva el número de competencias prorrogadas y el modo elegido por las partes para designarlas; el apartado 1 del artículo 17 hace entrar dentro del ámbito del Convenio de Bruselas todas las cláusulas en virtud de las cuales las partes reparten de otra manera las competencias, siempre que no intenten sustraer totalmente sus diferencias a las jurisdicciones de los Estados contratantes*”.

⁶ Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1978 (caso 23/78; n.º de referencia 61978J0023). En el supuesto contemplado en el caso, las partes —domiciliadas en Estados diferentes— habían suscrito un contrato de suministro que contenía una cláusula en virtud de la cual ninguna de ellas podía ser demandada ante tribunales distintos de los de su domicilio. De este modo, la parte actora debía demandar siempre en el domicilio del demandado, cualquiera que éste fuese. La sentencia en inglés puede consultarse en la siguiente dirección URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978CJ0023:EN:HTML>.

⁷ Esta referencia se ha mantenido en el artículo 23.1 del Reglamento 44/2001 y en el 25.1 del nuevo Reglamento 1215/2012.

asimétricas—. Este debate ha surgido principalmente porque no existe una posición clara respecto a la validez y eficacia de las cláusulas híbridas en la mayoría de las jurisdicciones.

Los tribunales de alta instancia europeos han tenido pocas ocasiones para pronunciarse sobre la admisibilidad de estas cláusulas, dado que son relativamente novedosas. En muchas jurisdicciones no existen aún pronunciamientos relevantes sobre la cuestión y, en general, los tribunales que sí se han pronunciado no han llegado a definir su postura de forma clara y consistente. De hecho, en algunas jurisdicciones europeas se han dictado recientemente resoluciones que son contrarias a la posición que habían asumido antes sus propios tribunales.

A lo anterior se suma que los tribunales europeos que han analizado la validez de las cláusulas híbridas, lejos de seguir una línea homogénea, recogen conclusiones y fundamentos muy diversos.

Analizamos a continuación el tratamiento de la cuestión y los casos más relevantes de diversas jurisdicciones europeas.

Entre los países que han reconocido expresamente la validez de las cláusulas híbridas y asimétricas, destaca el Reino Unido. Al contrario de lo que ocurre en los países de Derecho continental, en los que se presume la exclusividad de la sumisión, en los países anglosajones existe una presunción de no exclusividad⁸. Por esta razón, el reconocimiento de la validez de las cláusulas híbridas ha presentado menor conflictividad en estos últimos países.

Los tribunales ingleses otorgaron eficacia a una cláusula asimétrica, por primera vez, ya en 1986, en *Pittalis v. Sherefettin* 1QB 868⁹. No obstante, se mantuvo cierta incertidumbre al respecto hasta el año 2005, cuando confirmaron expresamente la validez de las cláusulas híbridas asimétricas en *NB Three Shipping Ltd. v. Herebell Shipping Ltd* 1 AER 200¹⁰ y en *Law Debenture Trust Corporation Plc. Vs. Elektrim Finance BV and Others* 2 AER 476¹¹. Desde entonces, los tribunales ingleses han mantenido esta postura. Así, en *Deutsche Bank AG v. Tongkah Harbour Public Company Limited* y *Deutsche Bank AG v. Tungkum Limited* 2011 EWHC 2251 (QB)¹², en relación con unos contratos que contenían una cláusula de sumisión a jurisdicción junto con una opción unilateral de acudir a arbitraje, la *High Court of Justice* confirmó que este tipo de cláusulas son “perfectamente válidas”. Más recientemente aún, en *Mauritius Commercial Bank Limited v. Hestia Holdings Limited Sujana Universal Industries Limited*¹³, la *High Court* ha admitido la validez de una cláusula de sumisión

⁸ Sobre el tratamiento de la exclusividad de las cláusulas de sumisión en el sistema de Derecho anglosajón y su tratamiento en el sistema de Derecho Continental, véase BORN, Gary B., *op. cit.*

⁹ Las partes habían suscrito un contrato de arrendamiento que concedía al arrendador el derecho a optar por que un supervisor independiente resolviera la controversia. Para más información sobre el caso, véase BARRET, Elizabeth y WARNA-KULA-SURIYA, Sanjev: “Hybrid dispute resolution clauses. Can parties to commercial agreements have their cake and eat it too?” (http://www.slaughterandmay.com/media/39694/hybrid_dispute_resolution_clauses.pdf).

¹⁰ En el caso concreto, el contrato contenía una cláusula de sumisión a jurisdicción, pero que también facultaba a una de las partes a optar por resolver la controversia mediante arbitraje. La sentencia completa puede consultarse en <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/NB%20Three%20v%20Hare%202004.pdf>.

¹¹ En este caso, el contrato recogía la sumisión a arbitraje, pero otorgaba a determinadas partes la opción de acudir a los tribunales ingleses. La sentencia completa puede consultarse en la dirección URL <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Law%20v%20Elektrim%202005.pdf>.

¹² La resolución en inglés se puede consultar en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2011/2251.html>.

¹³ Sentencia de la *High Court* de 24 de mayo de 2013. La resolución completa en inglés puede consultarse en <http://www.bailii.org/cgi->

unilateral a los tribunales ingleses que establecía que la referida sumisión se pactaba en favor de una de las partes únicamente y facultaba por ello a esa parte a acudir a los tribunales de cualquier otro foro.

La validez de las cláusulas híbridas y asimétricas ha sido reconocida también en repetidas ocasiones por la *Corte di Cassazione* italiana, que ha basado su postura esencialmente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Han destacado recientemente los casos *Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest HSBC y Sport Italia v. Microsoft Corporation*¹⁴, en los que se ha admitido la validez y aplicabilidad de las cláusulas asimétricas con base en que el Reglamento 44/2001 las permite.

La jurisprudencia ucraniana también es unánime respecto de la validez de las cláusulas híbridas bilaterales —tanto de las que facultan a optar entre jurisdicción o arbitraje como de las que permiten optar entre dos o más jurisdicciones— y las considera válidas y eficaces¹⁵. En general, los tribunales ucranianos también han considerado válidas y han otorgado efectos a las cláusulas híbridas asimétricas¹⁶. No obstante, algunos jueces no han admitido su asimetría y han realizado una interpretación extensiva de la cláusula, otorgando los mismos derechos de opción a la parte que no los tenía. La jurisprudencia arbitral ucraniana también se ha pronunciado a favor de la admisibilidad de las cláusulas híbridas, tanto de las bilaterales como de las asimétricas¹⁷.

No obstante lo anterior, otras jurisdicciones de nuestro entorno han seguido una línea contraria a la expuesta. Tal es el caso, por ejemplo, de Francia. En el pasado, la *Cour de Cassation* francesa había admitido en diversas ocasiones la validez de cláusulas híbridas y asimétricas¹⁸. Sin embargo, en el caso *Madame X... c. société Dubus*¹⁹, el alto tribunal francés

bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1328.html&query=NB+and+Shipping+and+Ltd+and+v.+and+d+Harebell+and+Shipping+and+Ltd&method=boolean.

¹⁴ En el caso *Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest HSBC*, que fue resuelto por el Tribunal Supremo italiano mediante la sentencia 5705 de 11 de abril de 2012, se admitió la validez de una cláusula en virtud de la cual una de las partes se obligaba a someter cualquier disputa a los tribunales ingleses, mientras que la otra parte tenía derecho a optar por acudir a los tribunales italianos o a cualquier otro foro competente. En el caso *Sport Italia v. Microsoft Corporation*, resuelto por la sentencia de 22 de septiembre de 2011 del Tribunal de Apelación de Milán, el tribunal consideró válida una cláusula híbrida asimétrica y declaró que este tipo de cláusulas se habían aplicado y eran válidas en Italia desde hacía mucho tiempo. Sobre ambos casos, véase PERELLA, Claudio y MASUTTI, Anna: “Supreme Court considers unilateral jurisdiction clauses”, *International Law Office*, 2013 (<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=96a96834-36d8-4685-9167-cc59e23bfa8a#Decision>).

¹⁵ Véase KLIUCHKOVSKIY, Markiyany; MARCHUKOV, Dmytro y VOLKOV, Oleksandr: “Validity and Enforceability of the Asymmetric Dispute Resolution Clauses in Ukraine”, *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review 2014* (<http://globalarbitrationreview.com/reviews/58/sections/203/chapters/2301/ukraine/>).

¹⁶ Entre los casos más recientes ha destacado el resuelto por la sentencia de 6 de marzo de 2013 del Tribunal Supremo Mercantil de Ucrania. Para más información sobre el caso, véase KLIUCHKOVSKIY, Markiyany; MARCHUKOV, Dmytro y VOLKOV, Oleksandr, *op. cit.*

¹⁷ En KLIUCHKOVSKIY, Markiyany; MARCHUKOV, Dmytro y VOLKOV, Oleksandr, *op. cit.*, se analiza la jurisprudencia reciente de la ICAC (MKAS) sobre la cuestión.

¹⁸ Un ejemplo de ello es la sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre civile 1)* de 4 de diciembre de 1990 (n.º de *pourvoi* 89-16047), que puede consultarse en francés en la dirección URL http://www.lexinter.net/JPTXT2/clause_attributive_de_competence_et_convention_de_bruelles.htm. Sobre el tratamiento de las cláusulas asimétricas en Francia, véase GDANSKI, Martin y ROBERT, Marc: “The validity of unilateral “hybrid jurisdiction” clauses has become less certain under French law”

anuló una cláusula de sumisión que facultaba a una de las partes a elegir la jurisdicción a la que se sometería una eventual controversia²⁰. Con ello, se ha puesto en duda la validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Francia. La *Cour de Cassation* fundamenta su decisión en que la cláusula es de naturaleza potestativa y que, por ello, es contraria al artículo 23 del Reglamento 44/2001. Esta sentencia ha sido criticada, además de por su fundamentación imprecisa, porque ha generado mucha confusión²¹: la sentencia no aclara si las cláusulas híbridas deben considerarse nulas con carácter general ni define con claridad la postura del tribunal francés al respecto.

Recientemente, ha destacado también la sentencia de 2 de septiembre de 2011 del Tribunal Supremo búlgaro²², en la que se niega validez a una cláusula de sumisión a jurisdicción asimétrica. En el caso, el tribunal búlgaro adopta una postura muy similar a la asumida por la *Cour de Cassation* francesa en el caso *Madame X... c. société Dubus*.

También se ha negado validez a las cláusulas híbridas asimétricas en Alemania. Los tribunales alemanes tradicionalmente han negado la validez de estas cláusulas cuando se encontraban incorporadas a determinados tipos de contratos, como los de adhesión.²³ No obstante, no se conocen casos recientes en los que los tribunales alemanes se hayan pronunciado sobre la cuestión en relación con otra clase de contratos, por lo que se mantiene la incertidumbre en torno a la postura que adoptarían en la actualidad.

Debemos hacer también referencia al tratamiento de la materia en Rusia. Hasta el caso *Sony Ericsson Communication Rus LLC v. Russian Telephone Company CJSC*, los tribunales rusos habían considerado válidas las cláusulas híbridas, incluso cuando eran asimétricas, y les habían otorgado los efectos pactados en ellas por las partes. Destacaron, en este sentido, los casos *Frontpoint Global Emerging Markets Fund LP v. Eurokommerz, Max Participations II Sarl v. Eurokommerz* e *ING Bank NV v. Eurokommerz*, todos ellos derivados del mismo contrato de préstamo²⁴. Sin embargo, en el asunto *Sony Ericsson Communication Rus LLC v.*

(<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/73098/the-validity-of-unilateral-hybrid-jurisdiction-clauses-has-become-less-certain-under-french-law>).

¹⁹ Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre civile 1)* de 26 de septiembre de 2012 (n.º de *pourvoi* 11-26022). La resolución completa en francés puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026431679&astReqId>.

²⁰ En concreto, la cláusula recogía: “*Las eventuales controversias entre el cliente y el Banco quedarán sujetas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de Luxemburgo. No obstante, el Banco se reserva el derecho a iniciar un procedimiento ante los Tribunales del domicilio del cliente o ante cualquier otro tribunal competente en ausencia de la elección de jurisdicción precedente*”.

²¹ GDANSKI, Martin y ROBERT, Marc, *op. cit.*

²² Véase DRAGUIEV, Deyan y GEORGIEV, Assen: “Bulgaria”, *The European Middle Eastern and African Arbitration Review* 2014.

²³ Véase NESBIT y QUINLAN, “The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses” en *Kluwer Law International*, 2006, Volumen 1, número 22 páginas 133 a 149.

²⁴ KULKOV, Maxim, en “Hybrid dispute resolution clauses: green light?”, *Practical Law*, Thomson Reuters (<http://uk.practicallaw.com/2-500-9264?source=relatedcontent>), analiza brevemente los tres casos. La sentencia del caso *ING Bank N.V. v ZAO Factoring Company Eurokommerz*, puede consultarse traducida al inglés en la dirección URL http://www.newyorkconvention1958.org/doc_num.php?explnum_id=2412.

*Russian Telephone Company CJSC*²⁵, el tribunal ruso consideró inválida una cláusula híbrida por ser asimétrica. No obstante, en lugar de invalidarla completamente, el tribunal realizó una interpretación extensiva y concedió el derecho de opción a la parte que, según lo pactado en la cláusula, no lo tenía. El tribunal fundamenta su decisión, con referencia a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en que las partes deben tener los mismos derechos procesales²⁶. Algunos autores han calificado este cambio de postura de la jurisprudencia rusa como un “intento de toma de poder” de los tribunales rusos para dar primacía a su jurisdicción sobre la de otros países²⁷.

En otros países la prohibición o ineficacia de las cláusulas híbridas asimétricas deriva de un imperativo legal. Es el caso, por ejemplo, de Polonia, cuyo Código Procesal Civil establece que las cláusulas de sumisión asimétricas no excluyen la jurisdicción de los tribunales polacos (art. 1105.3)²⁸ y prohíbe la desigualdad entre los derechos de las partes (art. 1161.2)²⁹. En Polonia, las cláusulas asimétricas carecen, por ello, de efectos.

En definitiva, el tratamiento de las cláusulas híbridas en las distintas jurisdicciones europeas es diverso e inconsistente y, por el momento, no parece que se tienda hacia una homogeneización de posturas.

III. EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS Y ASIMÉTRICAS EN ESPAÑA. EL AUTO DE 18 DE OCTUBRE DE 2013 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Nuestros tribunales han admitido, por primera vez, la validez de las cláusulas híbridas en el reciente auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013, lo que constituye, sin duda alguna, una importante novedad.

En España se había negado tradicionalmente virtualidad a la cláusula híbrida, denominada también por nuestra doctrina y jurisprudencia *cláusula mixta* o *sumisión alternativa*. Se consideraba nula tanto la cláusula que permitía optar entre acudir a arbitraje o a la vía judicial como la que facultaba a las partes para elegir entre dos o más circunscripciones dentro del territorio nacional o entre jurisdicciones internacionales, y ello con independencia de que la opción se otorgara a todas las partes o sólo a alguna de ellas.

Esta posición se fundamentaba en las exigencias que recogían nuestras antiguas Ley de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) y Ley de Arbitraje (“LA”) en relación con la sumisión expresa. La LEC de 1881 (que estuvo en vigor hasta 2001) exigía que en los pactos de sumisión las partes renunciaran “*clara y terminantemente a su fuero propio*” y que designaran “*con toda*

²⁵ Sentencia de 19 de junio de 2012 del Tribunal Supremo ruso. La resolución en inglés puede consultarse en http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Case%20Law/Enforcement/Sony_Ericsson_Russian_Telephone_Company_Supreme_Court%20eng.pdf.

²⁶ BELOMESTNOVA, Natalia y ZAKHAROVA, Tatiana: “Validity of hybrid dispute resolution clauses to be considered by Russian Supreme Commercial Court”, *Practical Law*, Thomson Reuters (<http://uk.practicallaw.com/1-519-7171>).

²⁷ Véase CLOVER, Charles: “Russian court move seen as power grab”, *Financial Times*, 4 de diciembre de 2012.

²⁸ Véase la presentación empleada por Dmytro MARCHUKOV y Przemysław KRZYWOSZ en una conferencia titulada “*Asymmetric dispute resolution clauses*” (http://www.uba.ua/documents/doc/dmytro_marchukov.pdf).

²⁹ Una traducción al inglés del artículo 1161 puede consultarse en la dirección URL http://arbitration-poland.com/legal-acts/132,polish_civil_procedure_code_-_act_of_17_november_1012_.html.

*precisión el Juez a quien se sometieren*³⁰. Por su lado, la LA de 1988 requería que el convenio arbitral expresase “*la voluntad inequívoca de las partes*” de someter sus controversias a arbitraje³¹. A ello se sumaba que nuestra jurisprudencia era tradicionalmente muy estricta a la hora de valorar la validez de los pactos de sumisión expresa. Así, nuestro Tribunal Supremo interpretaba las referidas exigencias legales de forma muy restrictiva, exigiendo “*la renuncia clara y manifiesta a su propio fuero*” o el uso de fórmulas equivalentes en el pacto de sumisión.

Como consecuencia de estas exigencias legales y jurisprudenciales, inicialmente se consideraron inválidas las sumisiones que no eran exclusivas a un foro (y, por tanto, excluyentes de los demás), como son las que se pactan en cláusulas híbridas. Se entendía que en las sumisiones no exclusivas no había verdadera voluntad de las partes de renunciar a su propio fuero y someterse a los órganos judiciales designados.³² Por las mismas razones, se consideró que cualquier referencia que se hiciera a la jurisdicción en un convenio arbitral era incompatible con la existencia de una voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

Así pues, con base en los anteriores razonamientos o en otros similares, nuestra jurisprudencia consideró inválidas las sumisiones alternativas de cualquier tipo³³.

No obstante, estas posturas perdieron fuerza desde que en las actuales LEC y LA —de 7 de enero de 2000 y de 23 de diciembre de 2003, respectivamente— se suprimieron la mayor parte de las exigencias mencionadas. La LA vigente (artículo 9.1³⁴) ya no exige la voluntad

³⁰ El artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 recogía: “*Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio, y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren*”.

³¹ El artículo 5 de la Ley de Arbitraje de 3 de diciembre de 1988 establecía: “*1. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión*”.

³² Véase DÍAZ RUIZ, Emilio: “Jurisdicción española y contratos de financiación internacional”, *Diario La Ley*, 1986, tomo 2, páginas 1078 y ss.

³³ Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 1999 anuló una cláusula de sumisión que facultaba al demandante a elegir entre acudir a los juzgados y tribunales del domicilio del demandante o a los del domicilio del demandado. El tribunal fundamenta su decisión en que la sumisión ha de “*establecerse de forma bilateral y de modo claro y preciso*” y dispone expresamente que esta exigencia excluye “*la sumisión alternativa (a dos o más), sobre todo cuando la elección se atribuye al demandado*” y hace que “*se otorgue carácter preponderante y preferente al domicilio del demandado, en cuanto que posibilita una defensa más cómoda y efectiva de su derecho*”. Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1966 y de 9 de marzo de 1971.

En lo que respecta a las cláusulas híbridas de sumisión a arbitraje/jurisdicción, es ilustrativa la sentencia de 1 de septiembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Jaén (LA LEY 181696/2004), que, al analizar la validez de un convenio arbitral suscrito bajo la antigua Ley, señaló: “*La sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones y así se deduce del artículo 1 [claramente la intención era referirse al artículo 5] de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. El referido artículo exige expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas [...]*”.

³⁴ “*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”.

“inequívoca” de someterse a arbitraje y la LEC actual (artículo 55³⁵) requiere únicamente, como condición de validez de la sumisión expresa, que las partes designen “*con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren*”, pero ya no exige la renuncia expresa al fuero propio.

A su vez, la jurisprudencia ha ido flexibilizando progresivamente su postura en torno a las condiciones que han de reunirse para la validez de los pactos de sumisión, posicionándose a favor del respeto a la voluntad de las partes.

En efecto, desde antes incluso de la promulgación de las actuales LEC y LA, nuestro Tribunal Supremo había comenzado a dejar de exigir “*la renuncia clara y manifiesta a su propio fuero*” o el uso de fórmulas concretas como condicionantes de la validez de la sumisión a un fuero distinto del propio³⁶. De la misma forma, el Tribunal Supremo acabó rechazando la antigua teoría que consideraba que la referencia a la jurisdicción en un convenio arbitral era incompatible con la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje³⁷.

De hecho, del análisis de la jurisprudencia dictada durante los últimos años podía ya anticiparse que la postura de nuestros tribunales sería favorable al reconocimiento de la validez y efectividad de las cláusulas híbridas.

Así, por un lado, el Tribunal Supremo había admitido la compatibilidad del pacto de sumisión a arbitraje y de la sumisión a jurisdicción, en los últimos años, al reconocer la posibilidad de que las partes de un convenio arbitral se sometieran a arbitraje y, de forma subsidiaria, a jurisdicción³⁸. Además, nuestro Tribunal Supremo había reiterado en diversas ocasiones que “*como principio, hay que afirmar que una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral*”³⁹ y había llegado a reconocer la importancia que tiene el respeto de las cláusulas de sumisión⁴⁰.

³⁵ “*Se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren*”.

³⁶ Así, el Tribunal Supremo consideró, en relación con el artículo 57 de la antigua LEC, que la renuncia clara y terminante al fuero propio se entendía implícita cuando se realizaba la designación del juez con la precisión necesaria. Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (LA LEY 444-1/1988) y de 5 de abril de 1960.

³⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007 (LA LEY 72190/2007).

³⁸ El Tribunal Supremo ha entendido justificado este doble pacto de sumisión a arbitraje y de sumisión subsidiaria a una jurisdicción para el caso de que las partes no deseen iniciar el arbitraje o decidan someterse a los tribunales en lo que sea ajeno al convenio arbitral (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007 (LA LEY 72190/2007)). Véase FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Á.: *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, Editorial Iurgium, 2014, páginas 92 y 93.

³⁹ El Tribunal Supremo establece esta regla en su sentencia de 11 de diciembre de 1999 (LA LEY 4558/2000). La regla ha sido reiterada en posteriores sentencias del Tribunal Supremo, como la de 10 de julio de 2007 (LA LEY 72190/2007), y en jurisprudencia menor (auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de noviembre de 2007 (LA LEY 229462/2007) y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de octubre de 2004 (LA LEY 209337/2004)). Véase FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Á., *op. cit.*, páginas 92 y 93.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2009 (LA LEY 1908/2009).

De hecho, nuestra jurisprudencia había admitido en alguna ocasión la validez de la sumisión no exclusiva a un foro y (aunque de manera indirecta) también había reconocido la admisibilidad de las sumisiones alternativas⁴¹.

En coherencia con la evolución jurisprudencial descrita, la doctrina española que se ha pronunciado sobre las cláusulas híbridas tras la entrada en vigor de las actuales LEC y LA ha confirmado que este tipo de cláusulas, cuando son bilaterales, son válidas bajo el Derecho español y deben producir los efectos en ellas pactados⁴².

No obstante, aunque el panorama legislativo y doctrinal sobre la validez de las cláusulas híbridas en Derecho español se ha clarificado en los últimos años, y que a la luz de la jurisprudencia podía preverse que se admitiría su validez, se ha mantenido una gran incertidumbre en torno a la cuestión, pues no existía un pronunciamiento claro de nuestros tribunales al respecto.

Ese pronunciamiento se ha producido por vez primera con el auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid (LA LEY 172387/2013) (el “Auto”). En el Auto nuestros tribunales han reconocido expresamente la validez en el Derecho español de las cláusulas híbridas.

Por medio de esa decisión, la Audiencia Provincial de Madrid resolvió un caso referente a dos contratos, uno de distribución y otro de servicios, suscritos entre un fabricante de camiones holandés y un concesionario español. Ambos contratos contenían una cláusula de resolución de controversias que facultaba a las dos partes, en caso de suscitarse una controversia, a elegir entre someterla a arbitraje del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos o a los tribunales de s’Hertogenbosch (Holanda).

El concesionario, ignorando la existencia de la cláusula, interpuso demanda frente al fabricante ante los tribunales de Madrid. En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda por considerar, con base en la existencia de la cláusula mencionada, que carecía de jurisdicción. Tras interponer el concesionario recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la resolución del Juzgado, declarando expresamente la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del asunto por haberse sometido las partes, bien a arbitraje, bien a los tribunales de s’Hertogenbosch.

El Auto analiza en detalle la validez de las cláusulas de sumisión pactadas por las partes en los contratos. En primer lugar, en lo que respecta a las cláusulas híbridas en general, reconoce su validez, y establece que *“no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía)”*. Posteriormente, lleva a cabo un análisis del convenio arbitral, por un lado, y de la sumisión a los tribunales de s’Hertogenbosch, por otro, y confirma la validez conforme a Derecho español de ambos pactos.

Es cierto que en el Auto la Audiencia Provincial de Madrid no se pronuncia expresamente sobre la validez de las cláusulas híbridas que ofrecen la opción de elegir entre dos o más

⁴¹ Véanse la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 (LA LEY 8193/2007) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de marzo de 2009 (LA LEY 148874/2009).

⁴² Véase VIRGÓS, Miguel y GARCIMARTÍN, Francisco J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2007 (2ª ed.), página 316.

jurisdicciones, pues hace referencia únicamente a las cláusulas que combinan la sumisión a arbitraje con la sumisión a jurisdicción (holandesa, en este caso). No obstante, esta omisión se debe simplemente a que la cláusula enjuiciada sólo incluía la opción de acudir a arbitraje y a jurisdicción (no se examinaba por tanto una cláusula híbrida con varias jurisdicciones alternativas). En todo caso, si se acepta la validez de cláusulas híbridas que permiten optar entre arbitraje o jurisdicción, como sucede en el caso resuelto por el Auto, no sería lógico no admitir su validez cuando incluye la sumisión a dos o más jurisdicciones.

La decisión de la Audiencia Provincial de Madrid es relevante porque aporta luz en una materia sometida a muchas incertidumbres y porque confirma que el principio de autonomía de la voluntad debe prevalecer en materia de determinación del foro aplicable (salvo, naturalmente, cuando haya intereses públicos en juego o razones de especial protección de una de las partes).

Además, este Auto supone un claro respaldo al arbitraje en la medida en que defiende la validez y eficacia del convenio arbitral, con independencia de que se presente combinado con pactos de sumisión a jurisdicción o a otras vías de resolución de conflictos, sin que ello obste en absoluto a su validez.

Como es evidente, no resulta posible afirmar que este auto haya resuelto definitivamente la cuestión y que ésta será la pauta que seguirán nuestros juzgados y tribunales, pero la decisión abre las puertas para que nuestros órganos jurisdiccionales otorguen plena validez (con las consecuencias inherentes) a las cláusulas híbridas bilaterales o simétricas cuando se presenten ante ellos.

En lo que respecta a la validez de las cláusulas híbridas asimétricas, la Audiencia no se pronuncia sobre la cuestión (puesto que la cláusula analizada en el caso resuelto por el Auto era bilateral). Tampoco hay en el Auto ningún pronunciamiento del que pueda inferirse indirectamente si nuestros tribunales otorgarán validez o no a las cláusulas asimétricas. Por tanto, la validez y eficacia de las cláusulas híbridas asimétricas continúa siendo incierta en nuestro país, y así será hasta que nuestros tribunales tengan la ocasión de manifestarse expresamente al respecto.

A nuestro juicio las cláusulas híbridas deben entenderse válidas en Derecho español y no debería existir inconveniente alguno para admitirlas incluso cuando sean asimétricas.

Así, en lo que respecta a las cláusulas híbridas bilaterales, su admisibilidad es clara cuando resulta de aplicación el Reglamento de Bruselas, con base en lo dispuesto en el artículo 23.1 de su versión antigua (Reglamento 44/2001) y en el 25.1 de su versión revisada (Reglamento 1215/2012) –y en la jurisprudencia comunitaria sobre la materia–.

Cuando no resulte de aplicación el Reglamento, habremos de estar a lo dispuesto en el artículo 22.2⁴³ de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”). Como es sabido, este artículo establece que los juzgados y tribunales españoles tendrán jurisdicción cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No requiere, por tanto, que las partes se hayan sometido *únicamente* a los tribunales españoles. Así pues, la LOPJ no excluye las sumisiones alternativas.

Las reglas de competencia territorial nos permiten llegar a similares conclusiones.

⁴³ “En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:[...]”

3. Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.”

En efecto, la LEC (artículo 55) exige únicamente que las partes designen “*con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren*”.

A nuestro juicio, la exigencia de precisión en la determinación del tribunal no es incompatible con que las partes designen más de un foro (reservándose para un momento posterior la elección definitiva de a cuál se someten), siempre que lo hagan con la suficiente claridad. La finalidad del referido requisito es que el juez ante el que se presenta una demanda, a la vista de la cláusula de sumisión, pueda determinar si tiene o no competencia para conocer del asunto⁴⁴. Por tanto, mientras que la cláusula híbrida se configure con la “*precisión*” necesaria para que, una vez ejercitada la opción que ésta entraña, el juez pueda determinar con claridad si tiene competencia o no, debe entenderse que cumple los requisitos exigidos en el artículo 55 LEC y, por tanto, admitirse.

Debemos asimismo señalar que la referencia a “*la circunscripción*” —en singular—, se debe a que generalmente se designa a los tribunales de una única circunscripción. No obstante, no hay razón para entender que, a través de la utilización del singular, nuestro Legislador haya buscado excluir cualquier sumisión a más de un foro, siempre que tras el ejercicio de la oportuna opción pueda determinarse el foro competente.

En lo que respecta a la sumisión a arbitraje, de la LA (artículo 9.1) se desprende que lo único necesario es que en el convenio arbitral conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y que se exprese con claridad qué controversias quedan sometidas (si la totalidad o parte y, en este segundo caso, cuáles)⁴⁵. A la vista de esta regulación, parece perfectamente admisible combinar la sumisión a arbitraje con la sumisión alternativa a uno o más foros nacionales o internacionales.

Lo cierto es que no hay, ni en las cláusulas híbridas ni en sus consecuencias, ningún elemento que justifique que deban considerarse contrarias a nuestro Derecho. En esencia, al pactarse la sumisión expresa de manera habitual a un único foro, concurren simultáneamente en esta elección tres elementos: las partes otorgan su consentimiento a someterse a un foro distinto del propio, eligen el foro concreto al que desean someterse y lo designan. En la cláusula híbrida concurren los mismos elementos pero el segundo de ellos se difiere en el tiempo por acuerdo de las partes: al celebrar el contrato, las partes otorgan su consentimiento a someterse a un foro distinto del propio, pero, en lugar de elegir en ese momento un foro concreto, designan más de uno y acuerdan posponer la elección definitiva del foro aplicable para el momento en el que surja la controversia. No vemos ningún problema en este diferimiento en la elección de foro, pues el consentimiento emitido por las partes al pactar la cláusula es plenamente válido (fruto de la autonomía de la voluntad) y, por tanto, no requiere ningún consentimiento ulterior una vez ejercitada la opción.

En cuanto a las cláusulas híbridas asimétricas, no implican desigualdad entre las partes, pues ambas pueden hacer valer por igual sus derechos sobre el fondo de la cuestión controvertida en una u otra jurisdicción o en arbitraje, con independencia de cuál sea la opción finalmente elegida. Sin embargo, la solución podría ser distinta si la parte no beneficiada por la opción es merecedora de una especial protección —por tratarse, por ejemplo, de un consumidor—, para lo cual habrá de aplicarse la normativa correspondiente. Por supuesto, la validez de la cláusula

⁴⁴ Así se desprende, por ejemplo, del razonamiento que efectúa el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 2007 (LA LEY 8193/2007).

asimétrica deberá, asimismo, condicionarse a que no se excedan los límites derivados del principio de buena fe y de la prohibición de abuso de derecho.

V. LECCIONES QUE SE EXTRAEN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Las cláusulas híbridas presentan ciertas ventajas que, en la práctica, pueden hacer conveniente su inclusión en un contrato. En particular, permiten diferir la elección definitiva del foro aplicable hasta el mismo momento del nacimiento del conflicto. No obstante, puesto que la admisibilidad de estos pactos no es clara, su inclusión en un contrato puede conllevar el riesgo de que finalmente puedan no resultar aplicables. Este riesgo puede incrementarse cuando el contrato en el que se pretende la inclusión de una cláusula híbrida incluye algún elemento internacional, dada la diferente valoración de estas cláusulas en las distintas jurisdicciones.

En cualquier caso, la inseguridad que generan puede reducirse —y en muchos casos incluso eliminarse— si antes de incluir una de estas cláusulas en un contrato se tienen en cuenta ciertos extremos.

En primer lugar, puesto que la principal causa de nulidad o ineficacia de las cláusulas híbridas es su usual asimetría, ésta debería evitarse salvo cuando resulte imprescindible. Aunque en algunas jurisdicciones los tribunales han hecho extensivos los derechos que reconoce la cláusula asimétrica a la parte no beneficiada por ella (evitando así la ineficacia de la cláusula al eliminar su unilateralidad), si un juez considera inadmisibile una cláusula por su asimetría, lo habitual será —sobre todo en nuestro país— que declare nula la totalidad de la cláusula de sumisión. Por esta razón, en la mayoría de casos, las ventajas de la unilateralidad de la sumisión no compensarán el riesgo que ello implica.

En segundo lugar, debe seleccionarse con cuidado la ley conforme a la que se examinará la cláusula híbrida (esto es, la correspondiente a las jurisdicciones en ella incluidas), de forma que se asegure que el acuerdo es válido conforme a esas legislaciones. Ha de verificarse, asimismo, que estas cláusulas también sean válidas y eficaces conforme a la legislación de las jurisdicciones donde pudiera quererse ejecutar la sentencia o laudo, para evitar el riesgo de eventual denegación de su reconocimiento y ejecución por esta causa (aunque en rigor no parece ésta una causa válida de denegación del exequátur).

Por último, para que el pacto de sumisión cumpla su función y no se convierta en un obstáculo para la resolución del conflicto, la claridad en la redacción es esencial. Este aspecto es decisivo, con independencia de la ley aplicable que se elija, pues incluso las jurisdicciones más abiertas a la admisión de las cláusulas híbridas en cualquiera de sus formas tienden a condicionar su validez y eficacia a que sus efectos y consecuencias se especifiquen de forma clara.

Álvaro López de Argumedo
Constanza Balmaseda
Abogados. Uría Menéndez