

ARBITRAJE Y *JOINT VENTURE*

Por

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

Doctor en Derecho
Universidad de Granada

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: 1. Inserción de la *joint venture* en el ámbito de las relaciones contractuales complejas de larga duración. 2. Patologías más frecuentes en las operaciones de *joint venture*. II.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ANTE LAS OPERACIONES DE *JOINT VENTURE*: 1. Valoración general del recurso al arbitraje internacional en las operaciones de *joint venture*. 2. La prevención del conflicto: modalidades de composición *out-of-court*. 3. Peculiaridades procesales: A) La cuestión del *locus standi*: eficacia del convenio arbitral contenido en el acuerdo base frente a sociedades no firmantes del contrato; B) Eficacia del convenio arbitral en relación con diferencias surgidas con ocasión de contratos de *joint venture* aún no firmados, o sometidos a condición suspensiva; C) Extensión del convenio arbitral en los grupos de contratos. 4. Peculiaridades materiales: Significado y límites de la *lex mercatoria* en la regulación de la *joint venture*. El deber de lealtad. III.- SUPUESTOS DE ADAPTACIÓN: 1. Consideraciones generales. 2. Adaptación automática y cláusulas de renegociación. 3. La figura del *third intervener*. 4. Adaptación judicial. 5. Adaptación arbitral.

I.- INTRODUCCIÓN

1. Inserción de la *joint venture* en el ámbito de las relaciones contractuales complejas de larga duración

Como contrapunto a las diversas modalidades de contratos discretos, típicos del

comercio interno¹, la práctica del comercio internacional ha desarrollado fórmulas de relación especiales, a veces muy sofisticadas, con las que se pretende satisfacer las exigencias particulares de la producción en el ámbito internacional. Estas nuevas modalidades de relación comercial, que la doctrina ha venido en denominar *contratos complejos de larga duración* (*Komplexe Langzeitverträge*²), como subtipo en el ámbito de los *contratos relacionales*³, suelen encontrar traducción jurídica en un complejo entramado de contratos, de ejecución duradera, que se caracteriza por la presencia de acuerdos cuadro, en los que no se precisan con detalle los compromisos de las partes, por contener reglamentaciones detalladas sobre el procedimiento a seguir para la integración del contrato, y para la solución de controversias, por su orientación a la ejecución en común de un proyecto en el que participan, por regla general, una pluralidad de socios durante un periodo de tiempo prolongado, y por incorporar en su objeto sistemas tecnológicos de alto nivel. En buena medida, una contratación de este tipo surge como modo de reducir la inseguridad consustancial a toda operación de comercio internacional: mediante la instauración de estructuras relacionales duraderas, las partes sortean así el capricho del mercado, y las puras relaciones de cambio⁴. En el marco de este tipo de relaciones contractuales complejas cabe mencionar, por ejemplo, los contratos de know-how y sobre propiedad industrial, los de asistencia técnica, de *franchising*, de *just in time*, los contratos de servicios y, particularmente, la *joint venture*, figura en la que se centra nuestro

¹ Ya sean de ejecución instantánea o repetitiva (*v. gr.* contratos de suministro, préstamo, etc).

² La expresión de contratos complejos de larga duración se debe a F. Nicklisch: "Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht, 1986, C.F. Müller. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 17-28; *id.*: "Rechtliche Erfassung von Projektablaufen und Projektstörungen bei komplexen Langzeitvertrag", *Der Komplexe...*, *op. cit.*, págs. 365 y ss.

³ Se habla de contratos relacionales por oposición a los contratos discretos o instantáneos. Los contratos relacionales se situarían en una posición intermedia entre las relaciones contractuales de cambio (*Austauschvertrag*) y las relaciones contractuales duraderas de tracto sucesivo (*Dauerschuldverhältnisse*). La teoría de los contratos relacionales arranca de los estudios angloamericanos de los años sesenta y setenta, siendo pioneros los trabajos de Macaulay y Macneil. Una exposición sintética de los diferentes desarrollos doctrinales en torno a los contratos relacionales, con referencias al sustrato economicista que inmane en esta categoría de contratos, así como a su recepción por la doctrina alemana, puede verse en M. Martinek: *Moderne Vertragstypen, Band III*, Múnich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993, págs. 365 y ss.

⁴ Desde el prisma del análisis económico, indicando la capacidad de las *estructuras relacionales de larga duración*, entre las que se encuentran las multinacionales y las operaciones de *joint venture*, para reducir la incertidumbre asociada a todo intercambio internacional, *vid.* F.J. Garcimartín Alférez: "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, XLVII, 1995, págs. 34-35.

análisis⁵.

⁵ Vid. L. Huber: *Das Joint-Venture im internationalem Privatrecht*, Basilea y Francfort del Main, 1992, pág. 17; k. Langefeld-Wirth, ... pág. 2; Ehinger: pág. 188.

En el marco de esas relaciones complejas de comercio internacional, la *joint venture* constituye una modalidad de cooperación entre empresas, jurídica y económicamente independientes, que tiene por objeto el desarrollo de un concreto proyecto bajo el régimen de control conjunto, a través de una estructura organizativa establecida a ese efecto. Las sociedades participantes suelen, además, estar implicadas en actividades iguales o cercanas a las que serán objeto del proyecto común⁶. No obstante, dentro de esa caracterización amplia de la *joint venture*, el análisis jurídico revela la existencia de dos realidades bien diferentes. En la línea señalada por W.G. Friedmann⁷ y que ha sido seguida por la totalidad de la doctrina⁸, la noción abraza, de un lado, la llamada *contractual o non equity joint venture*, dirigida normalmente a la ejecución de un proyecto puntual, limitado en el tiempo, donde la cooperación se agota en relaciones puramente contractuales. De otro, la *equity joint venture o joint venture corporation*, que se caracteriza por la presencia instrumental de una sociedad de capitales (sociedad *joint venture*), controlada conjuntamente por los participantes o *joint venturers*. La *equity joint venture* manifiesta una estructura jurídica más compleja, entre cuyos elementos cabe distinguir el acuerdo de base o contrato de *joint venture*, donde se establecen las modalidades de la cooperación y se prevé la creación de la sociedad común, la sociedad conjunta, en cuyo seno y órganos queda institucionalizada la cooperación, y los contratos satélites, que suelen celebrarse por la sociedad conjunta con cada participante, y cuya finalidad es llevar a efecto la ejecución del proyecto, pudiendo tener objetos muy diversos (*v. gr.* contratos de préstamo, de suministro de materias primas, de distribución, de *management*, de licencia de propiedad industrial, etc). Por regla general, las operaciones de *joint venture* se configuran como instrumentos para

⁶ Para un análisis más detenido de los perfiles conceptuales de la *joint venture*, remitimos a nuestro trabajo *Ley aplicable a la joint venture en Derecho internacional privado español*, tesis, inédita, Granada, 1997, págs. 40 y ss.

⁷ Vid. W.G. Friedmann y G. Kalmanoff: *Joint International Business Ventures*, Nueva York y Londres, Columbia University Press, 1961, págs. 110-111; W.G. Friedmann y J.P. Beguin: *Joint International Business Ventures in Developing Countries*, Columbia University Press, 1971.

⁸ Entre otros, *vid.* F. Wächterhäuser: *Das Gesellschaftsrecht des internationalen Joint ventures*, Frankfurt a.M./Berna/Nueva York/París, Peter Lang, 1992, págs. 49-54; A. Astolfi: *Il contratto di joint venture. La disciplina giuridica dei raggruppamenti temporanei di imprese*, Milán, Giuffrè, 1981, pág. 47; F. Bortolotti y R.M. Morresi: "Joint ventures", *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, vol. IV, Turín, 1983, págs. 535-560; H. Hubert: "Table ronde: le joint venture et la pratique", *Cah.dr.ent.*, n° 5/79, pág. 36; D. Bonvicini: *Le joint ventures. Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*, Milán, Giuffrè, 1977, págs. 163-167; P. Pennetta: *La filiale comune internazionale: contributo allo studio della cooperazione internazionale fra imprese*, Milán, Giuffrè, 1988, pág. 39; A. Baumanns: "§ 22 Joint Ventures", *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei*, EWIV, Hrsg. B. Riegger y L. Weipert, Múnich, C.H. Beck, 1995, págs. 503.

la realización de inversiones directas, apareciendo así como contratos de inversión⁹.

2. Patologías más frecuentes en las operaciones de *joint venture*

⁹ W. Peter habla del *investment agreement*, que se distinguiría de los otros tipos de contratos comerciales en que las partes no intercambian prestaciones, sino que entran en una *partnership* que se funda en la contribución de capital. Vid. W. Peter: "International Investment Agreements - Types, Arbitration and Renegotiation", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987, pág. 120. Como indica el autor, la noción de "contrato de inversión" abarca los casos de existencia y de inexistencia de contribuciones de capital por la parte privada extranjera. Habrá que estar a la naturaleza económica de la relación para calificarla o no como contrato de inversión. La envergadura del acuerdo, su duración los recursos en bienes de capital, materias primas y laborales, la acumulación de varios contratos serían indicativos del contrato de inversión. Una versión similar de ese texto puede verse en W. Peter: *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement, a study with particular reference to resources agreements*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, págs. 148-166.

La caracterización de la *joint venture* como operación de ejecución duradera, y el control conjunto a que se somete la gestión del proyecto emprendido, condicionan en buena medida los tipos de diferencias materiales a que darán lugar más frecuentemente estas operaciones. Comenzando con el segundo de los caracteres, la dinámica de la *joint venture* suele originar problemas relacionados con el régimen de gestión compartida del proyecto común¹⁰. En ese ámbito podrán surgir diferencias, por ejemplo, sobre la provisión de los gerentes de la operación, o el establecimiento de su remuneración, derechos y obligaciones, sobre los criterios para la valoración de los bienes que han de ser aportados a la sociedad común, sobre los criterios a seguir en la distribución del beneficio, o para la liquidación, o sobre las situaciones que deban originar la disolución de la empresa común¹¹. Una diferencia de este tipo podría surgir, por ejemplo, cuando el desacuerdo tiene lugar en el seno del *Board of Directors*, órgano colegiado encargado de la gestión directa de la sociedad conjunta. Habida cuenta de la alta propensión de la *joint venture* para originar este tipo de conflictos, y del interés, primordialmente económico, en superar con agilidad la situación de *impasse* que el desacuerdo provoca, los contratos suelen contener previsiones, a veces muy detalladas, sobre el procedimiento que ha de seguirse en tales casos.

¹⁰ Como se puede comprender, una mayor amplitud del ámbito de la gestión compartida se corresponderá con una mayor propensión al surgimiento de diferencias, y viceversa. Como caso extremo, los mayores problemas de gestión se presentarán en los casos de *joint ventures* paritarias, participadas al 50%. Ahora bien, una participación desigual en la sociedad conjunta, de por sí, no excluye el riesgo de diferencias cuando los estatutos de la sociedad, o el acuerdo de base, someten a la regla de la unanimidad la adopción de determinadas decisiones de empresa, lo que suele ser frecuente. Por otra parte, cuando la gestión se encomienda a una de las sociedades participantes, por ejemplo mediante un contrato de *management*, el acuerdo base suele reservar al resto el ejercicio de un derecho de veto sobre aquellas decisiones que versen sobre cuestiones fundamentales para el desarrollo del proyecto común.

¹¹ Vid. L. Olavo Baptista: "Arbitragem e Joint Venture Internacionais. Observações de um advogado", *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español, Liber Amicorum en Homenaje a Ludwick kos Rabcewicz Zubkowski*, Lima, 1989, pág. 186. También vid. H.M. Holtzmann y G.V.E. Bernini: "Cas d'hypothèse pour illustrer l'utilisation qui est faite de l'arbitrage pour combler les lacunes dans les contrats commerciaux internationaux à long terme", *Rev. Arb.* 1975, pág. 17.

En segundo lugar, la vocación duradera de los acuerdos de *joint venture* determina la dificultad, cuando no imposibilidad, de detallar en el contrato, con precisión, los derechos y obligaciones de las partes con una proyección de medio y largo plazo. La no disponibilidad de los estudios necesarios, o el mero desconocimiento del modo en que se desenvolverá la cooperación, hacen que los contratos de *joint venture* se limiten a establecer con precisión, únicamente, las obligaciones de las partes en la etapa inicial del proyecto. Para el resto, suelen formular el esquema o marco general bajo cuyas directrices habrán de perfilarse, en un momento posterior, los compromisos concretos de las partes. A diferencia de los contratos más frecuentes, (*v. gr.* la compraventa), esta caracterización de la *joint venture* introduce una importante especialidad en relación a los tipos de conflictos materiales que pueden suscitarse. A diferencia de otros contratos, cuya etapa patológica suele ceñirse a la constatación de un incumplimiento contractual, la *joint venture* puede generar también desacuerdos en torno a la delimitación o concreción de los deberes de las partes¹². Sin perjuicio de que la partes puedan concretar esas obligaciones en un momento posterior, la indefinición inicial puede dar pie a la pretensión de una de las partes de imputar a otra una concreta obligación, que no haya sido prevista expresamente en el contrato, lo que plantea la cuestión de las obligaciones adicionales (*Nachleistungspflichten*). Imagínese una *joint venture* cuyo objeto sea la construcción y control conjunto de una fábrica en el país de uno de los participantes en la operación en la que, una vez realizado el desembolso inicialmente previsto, éste no sea suficiente, a juicio de una de las partes, para cubrir la necesidad financiera del proyecto, pidiendo por ello aportaciones suplementarias al resto de socios. En esta situación, si una de las partes se opone a dicho desembolso, surgirá la necesidad de saber si el contrato obliga a esas contribuciones adicionales¹³.

También por su carácter duradero, las operaciones de *joint venture* manifiestan notable propensión al surgimiento de patologías relacionadas con la alteración del equilibrio contractual originario, como consecuencia de cambios en las circunstancias económicas o jurídicas existentes en el momento de su celebración. Estos cambios pueden legitimar la pretensión de modificación contractual realizada por aquel participante en la *joint venture* cuyas expectativas hayan quedado defraudadas por ese motivo. En previsión de ambas problemáticas, (integración de lagunas y supuestos de adaptación), los contratos de *joint venture* suelen contener previsiones que remiten al acuerdo de las partes y, en su defecto, bien a la solución

¹² Vid. C. Rucellai: "Joint venture, arbitral audit, and arbitration", *cit.*, pág. 452.

del árbitro, en conformidad con la cláusula arbitral existente en el contrato, o bien a la de un tercero.

Por último, para delimitar las obligaciones de las partes, los abogados que redactan los contratos de *joint venture* suelen emplear a veces expresiones genéricas (v. gr. remisiones al empleo por las partes de sus *best efforts*, o a un comportamiento *reasonable*). En estos casos, las diferencias sobre el alcance de estas remisiones serán sometidas normalmente al juicio del árbitro, que actuará dentro de la función de interpretación del contrato. Igualmente, las partes pueden prever que ciertos hechos, que no aparecerán más que después de la conclusión del contrato, serán determinados para las partes por expertos contables independientes y por expertos inmobiliarios¹⁴.

Las singularidades de la fase patológica de la *joint venture* no se agotan en la existencia de conflictos materiales típicos de estas operaciones. Otras derivan de su fisonomía formal y material. De un lado, por ejemplo, la articulación jurídica compleja de la *joint venture*, y la frecuente intervención en la ejecución del proyecto de sociedades que no firmaron el acuerdo de base, puede generar dudas acerca de la vinculabilidad de la cláusula arbitral existente en ese contrato respecto a esas sociedades que no han suscrito materialmente el convenio arbitral. De otro, la inexistencia de una regulación especial para estas operaciones en los Ordenamientos jurídicos, así como la dificultad de llevarla a cabo al margen de una relación de confianza y de lealtad entre los participantes, ha llevado a cierta doctrina a afirmar determinados principios de regulación, directamente aplicables a estas operaciones, que podrían extraerse, al margen de un determinado Derecho estatal, de la *lex mercatoria*.

La presente nota tiene por objeto la exposición de los procedimientos que suele utilizar la práctica en este ámbito de la contratación, para resolver los conflictos que típicamente generan las operaciones de *joint venture*. Tras una breve exposición de las modalidades de resolución de diferencias *Out-Of-Court*, el estudio se centrará en las soluciones que ofrece el arbitraje internacional a los problemas jurídicos, materiales y formales, que suscitan las operaciones de *joint venture*.

II.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ANTE LAS OPERACIONES DE *JOINT*

¹⁴ Vid. el caso ilustrado por H.M. Holtzmann G.V.E. Bernini: "Cas d'hypothese...", *cit.*, págs. 9-17.

VENTURE

1. Valoración general del recurso al arbitraje internacional en las operaciones de *joint venture*

La gran mayoría de los contratos de *joint venture* contiene una cláusula por la que se encomienda al arbitraje la solución de las controversias que se deriven u ocasionen por razón del acuerdo o de su ejecución. En principio, en comparación con el sometimiento de las diferencias a la jurisdicción de un Estado, el recurso al arbitraje puede favorecer ciertas expectativas de las partes, que han sido glosadas en múltiples ocasiones¹⁵. Particularmente, en el ámbito de estas operaciones, el recurso al arbitraje encuentra razones añadidas. Por ejemplo, remitiendo al árbitro la solución de controversias, las partes pueden pretender soslayar la aplicación de determinadas normativas nacionales, inadaptadas a una situación o relación internacional, que podrían invalidar sus acuerdos (*v. gr.* acuerdos de voto, existencia de acuerdos secretos)¹⁶. Por otra parte, como indica J.P. Beguin, mediante el recurso al arbitraje es posible armonizar la muy diversa concepción jurídica, y de hacer negocios, de los países desarrollados y de los en vía de desarrollo, lo que motiva, en parte, la imposibilidad de prever en los contratos todos los problemas que pueden surgir¹⁷. Sobre todo, el arbitraje permite a las partes escapar a la organización jurisdiccional del país de cualquiera de ellas, y a la presunción de parcialidad que, anticipadamente, se imputa a dicha jurisdicción. Junto a estas ventajas, y como veremos, el interés del arbitraje internacional en las operaciones de *joint venture* deriva también de las especiales funciones que dicho instituto suele asumir en estos casos. Las partes, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, suelen remitir la integración contractual, o en su caso la eventual adaptación del contrato, a la solución que proporcione el árbitro. Junto a la propiamente jurisdiccional, asume así el arbitraje una nueva función que, como se sabe, ha suscitado vivos debates en la doctrina, dados los importantes interrogantes jurídicos que plantea¹⁸.

¹⁵ Vid. L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca: *Derecho mercantil internacional*, 2ª edic, Madrid, Tecnos, 1995, págs. Vid. la bibliografía allí citada. Especialización del árbitro, confidencialidad y agilidad son caracteres que se han afirmado con ventajas del arbitraje. Vid. E. Verdera y Tuells: "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial", RCEA, 1994, págs. 148-155; P.A. De Miguel Asensio: "Arbitraje y contratos internacionales...", *cit.*, págs. 30-32.

¹⁶ L. Olavo Baptista: "Arbitrage e joint venture...", *cit.*, pág. 186.

¹⁷ Vid. J.P. Beguin: *Les entreprises conjointes dans les pays en développement*, Ginebra, 1972, pág. 142; L.O. Baptista: "Arbitragem e joint venture...", *cit.*, pág. 186-187.

¹⁸ La duda que ofrece mayor interés, y sobre la que ha polemizado la doctrina, consiste en saber

si los conflictos que tienen que ver con la integración del contrato pueden ser o no objeto de arbitraje. Se duda sobre la previsible intervención de la jurisdicción estatal a fin de controlar la integración efectuada por el árbitro, sobre el procedimiento a observar por el árbitro en la integración o en la adaptación del contrato, o sobre el carácter de sentencia arbitral de la resolución dictada por el árbitro para la integración del contenido del contrato y, por tanto, sobre su posible reconocimiento y ejecución conforme a los convenios internacionales en vigor en materia de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. De algunos de estos problemas nos ocuparemos en la última parte de este trabajo. *Vid.* B.M. Cremades: "El arbitraje en los contratos de ejecución duradera", *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 1977, pág. 95. K. Zweigert y B. von Hoffmann: "Zur internationalen Joint Venture", *Fest. für Martin Luther zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von Ottoarndt Glossner und Walter Reimers, München, 1976, pág. 210.

Junto a las ventajas señaladas, la doctrina denuncia cada vez más la inadaptación de la institución arbitral, en su actual configuración, para soportar las necesidades específicas de los contratos de *joint venture*. Sobre todo se afirma la difícil compatibilidad entre la necesidad de una solución ágil y rápida, necesaria para la pervivencia de la *joint venture*, y la notable lentitud que viene caracterizando al arbitraje en los tiempos más recientes¹⁹. Como expresa C. Rucellai, el dilatado tiempo que duran los procesos arbitrales incide de forma negativa sobre la organización de la *joint venture*, y puede determinar daños incalculables para las partes, de cuantía incluso superior a la cantidad que se ventila en el procedimiento. Por ello, la doctrina propone, y la práctica utiliza, fórmulas de resolución de diferencias que permitan evitar el instituto arbitral, que se contempla como disfuncional en estas operaciones²⁰. Los participantes suelen preferir la previsión contractual de fórmulas, más ágiles, que permitan superar el conflicto, o salir de la relación *joint venture* sin necesidad de pasar por un procedimiento, ya sea arbitral o judicial. A continuación expondremos algunas de esas fórmulas contractuales que se dirigen a evitar el litigio, a lo que seguirá la descripción de las peculiaridades más relevantes, formales y materiales, que presenta el arbitraje en las operaciones de *joint venture*.

2. La prevención del conflicto: modalidades de composición *out-of-court*

La propensión alta que manifiesta la *joint venture* a la generación de diferencias, que podría repercutir negativamente sobre el éxito de la operación, determina la conveniencia de una articulación contractual que permita evitarlos en la mayor medida posible, de un lado, y que, una vez surgidos, logre resolverlos de forma ágil, de otro²¹. De ahí que el papel que corresponde a los abogados en este

¹⁹ Vid. C. Rucellai: "Joint venture, arbitral audit, and arbitration", *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, 1974, págs. 449-450.

²⁰ En este sentido, *vid.* J.M. Myers: "Why Conventional Arbitration is not Effective in Complex Long-Term Contracts", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987, págs. 510-511. Como indica el autor, si se considerara la continuación de la relación *joint venture*, no es compatible con ella que las partes deban esperar en una situación de incertidumbre la resolución de su diferencia.

²¹ Lo importante, a juicio de J. Myers, es que la diferencia sea resuelta rápida e informalmente, durante el tiempo en que las partes están aún motivadas al mantenimiento de la relación comercial. *Vid.* J. Myers: "Why Conventional...", *cit.*, pág. 512. En ese texto pueden verse algunas de las técnicas que se utilizan en la actualidad en Estados Unidos para la resolución informal de controversias. También *vid.* M.F. Hoellering: "Emerging Techiques of Private Dispute Resolution in Long-Term Contracts", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg*

terreno no sea en absoluto desdeñable. Siempre que sea posible, las partes podrían extender su acuerdo inicial sobre un mayor número de extremos, como la política a seguir en la distribución del beneficio, las contribuciones de capital adicionales que puedan exigirse, el endeudamiento de la sociedad conjunta, las garantías que los participantes habrán de prestar en nombre de esa sociedad, el efecto sobre la *joint venture* de las futuras restricciones gubernamentales (control de cambios, control de importaciones), logrando con ello una exclusión anticipada del conflicto en relación al aspecto acordado²². Entre los aspectos cuya regulación por el contrato ofrece mayor interés se encuentran, especialmente, el régimen de restricciones a la transferibilidad de las acciones de la sociedad común, el régimen de admisibilidad de nuevos socios, o los derechos de adquisición preferente en la compra de las acciones de la sociedad común.

Kolloquium Technologie und Recht, 1986, C.F. Müller. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 523-541.

²² Vid. E. Herzfeld: "Typical Areas...", *cit.*, pág. 203.

Para superar eventuales situaciones de *impasse* en los órganos de dirección, como consecuencia de una discrepancia de pareceres entre los participantes sobre un aspecto de la gestión del proyecto, el contrato de *joint venture* suele establecer procedimientos especiales (*deadlock devices*) estructurados en diversas etapas sucesivas según vaya revelándose estéril el procedimiento anterior. Como primer escalón, suele establecerse expresamente el compromiso de las partes de negociar de buena fe a fin de salvar la diferencia²³. En caso de *joint ventures* con más de dos participantes, puede ser operativo el recurso al voto de calidad (*casting vote*) de alguno de los participantes en el órgano decisor, a quien suele aludirse como *swing man* o *umpire*. Estos procedimientos suelen quedar regulados en el contrato de *joint venture* de forma muy detallada, con fijación de plazos, y de los distintos niveles donde se discutirá la diferencia. Hay que tener en cuenta que la finalidad de estos mecanismos es la preservación de la *joint venture*²⁴. En general, el logro de una solución a la situación de conflicto se verá facilitado por la existencia de condiciones de disolución especialmente severas para los participantes. Junto a ello, también es frecuente el recurso al expediente de la conciliación o mediación, tanto interna, como puede ser la avocación de la disputa a los jefes de primera línea de las sociedades participantes (*chairmen of the parent company, board meetings, committee meetings*), como externa, confiriendo el papel de conciliador a una parte independiente²⁵. La diferencia entre la mediación y la conciliación, de un lado, y el arbitraje, de otro, se sitúa en que el tercero neutral, más que resolver la diferencia, asiste a las partes en la obtención de un acuerdo razonable²⁶. Entre las ventajas de la conciliación se hallan la confidencialidad, la rapidez, su bajo coste y la existencia de un medio de no enfrentamiento. Otro método operativo es el acuerdo de las partes de nombrar un *referee*, a quien se encomienda las diferencias que puedan surgir durante la vigencia de la relación jurídica, para su inmediata resolución²⁷.

²³ Esta primera etapa queda ilustrada con la siguiente cláusula: "Ambas partes se comprometen a negociar de buena fe soluciones equitativas a los conflictos que pudieran producirse entre ellas, en relación con las materias objeto del presente contrato, acudiendo a las vías de conciliación mejor adaptadas a una actuación con espíritu constructivo y sin considerarlas mera formalidad".

²⁴ Se evita así la disolución de la sociedad que tendría lugar como consecuencia del bloqueo en el órgano de administración, al amparo de la correspondiente previsión legal. *Vid.* art. 260.1.3 LSA y art. 105.1.3 LSRL.

²⁵ *Vid.* A.M. Chevallier: "L'accord d'actionnaires dans la filiale commune", *RDAL*, 1988 n^o7, pág. 870.

²⁶ *Vid.* J. Myers: "Why Conventional...", *cit.*, págs. 514-515.

²⁷ *Vid.* J. Myers: "Why Conventional...", *cit.*, págs. 515-516.

La persistencia de la situación de *impasse* (Conflicto No Resuelto), suele desencadenar un procedimiento, regulado contractualmente, dirigido a la disolución de la relación *joint venture* mediante la salida de uno de los participantes, con preservación, no obstante, de la sociedad *joint venture*. La práctica muestra aquí una rica gama de posibilidades, entre ellas, la más frecuente, el establecimiento de opciones de compra o venta (*Buy-Sell-Options*), en las que una de las sociedades formula a la otra una proposición de compra de la totalidad de su participación en la sociedad común. Esta oferta, normalmente, deberá ser aceptada, o rechazada y sustituida por una contraoferta, mediante la que se proponga a la primera, a su vez, la compra de sus acciones. Este procedimiento puede completarse con un sistema de Pujas, hasta que alguna de las sociedades acepte las condiciones de venta ofrecidas por la contraparte. Sin duda, en esta situación, la desigual capacidad financiera de las sociedades participantes, o su concreta localización geográfica, o expectativas de desarrollo, condicionarán la adquisición de la sociedad común²⁸. Los procedimientos de extinción de la relación de *joint venture* pueden ofrecer singularidades, habida cuenta que los que pueden ser apropiados en una de dos participantes, podrían ser impracticables cuando concurren una pluralidad de socios²⁹.

Para la integración de lagunas contractuales y, en su caso, para la adaptación del contrato a las circunstancias que hayan podido variar, que afecten al equilibrio contractual originario, los contratos de *joint venture* también suelen incorporar cláusulas especiales dirigidas a este fin. A ellas nos referiremos en el último epígrafe, al examinar los distintos supuestos de adaptación contractual.

3. Peculiaridades procesales:

A) La cuestión del *locus standi*: eficacia del convenio arbitral contenido en el acuerdo base frente a sociedades no firmantes del contrato

²⁸ E. Herzfeld: "Typical Areas...", *cit.*, pág. 202.

²⁹ Un examen muy detallado de estas posibilidades de terminación de la *joint venture* puede verse en el número 3, de 1995, de la *RDAI*, dedicado de forma monográfica a las cláusulas de divorcio en los contratos internacionales de agrupación de empresas.

En la ejecución de las operaciones de *joint venture* no es infrecuente que intervengan sociedades que, aun no figurando como partes en el contrato, participan en la ejecución del proyecto por razón de pertenecer al grupo de sociedades dominado por una de las sociedades participantes. Por ejemplo, la sociedad *joint venture* concluye a menudo contratos de *management*, de asistencia técnica o de *marketing* con sociedades filiales del inversor extranjero, de las que éste tiene la mayor participación. Surgido un conflicto en relación con ese concreto contrato, desde un punto de vista formal no cabría invocar la eficacia del convenio arbitral frente a una sociedad independiente, que no lo ha suscrito. Las soluciones que ha proporcionado la jurisprudencia arbitral en este tema responden al siguiente esquema de análisis: frente al exceso que supondría considerar que la firma de un convenio arbitral por una sociedad miembro de un grupo, compromete necesariamente a todas las sociedades, se opone la injusticia de limitar la eficacia de la cláusula de arbitraje por razones puramente formales cuando, en la práctica, otras sociedades miembros del grupo han sido, con el mismo título que la sociedad firmante, y a veces más aún, los verdaderos actores. La práctica arbitral no ha tenido inconveniente en afirmar la vinculabilidad del pacto respecto a sociedades del grupo. En principio, la extensión de los efectos del convenio a sociedades integrantes de un grupo no desdice el efecto relativo de los contratos, predicable también del convenio arbitral: no se trata de extender los efectos a terceros, sino más bien de vincular a "partes no firmantes", pero relacionadas con la conclusión, ejecución o terminación de la controversia³⁰.

Los principios seguidos por la jurisprudencia arbitral de la CCI en torno a la extensión de la eficacia del convenio arbitral frente a sociedades pertenecientes al grupo, clarifican, en buena medida, las soluciones que han de seguirse también en relación a las operaciones de *joint venture*. La extensión de la competencia del tribunal arbitral a personas físicas o jurídicas no firmantes de la cláusula parte de tres premisas³¹. En primer lugar, de la correcta comprensión del principio de interpretación estricta de la cláusula arbitral, o limitación de sus efectos a las partes. Este principio, como indica B. Cremades, no excluye la implicación en el arbitraje de entidades no firmantes, lo que puede constatarse mediante el análisis de la práctica

³⁰ Vid. J.P. Ancel: "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire", *Trav.com.fr.dr.int pr.* 1991-1993, págs. 75-106.

³¹ Vid. B.M. Cremades: "El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional", *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*, Lima, 1989, págs. 295-313.

arbitral en casos de fusión y sucesión de empresas³². El único límite a la extensión de la competencia del tribunal arbitral vendría dado por la existencia de una voluntad contraria de las partes contratantes. En segundo lugar, la autonomía de la cláusula arbitral permite que, planteada la extensión de la competencia del tribunal arbitral a sujetos no firmantes del contrato debatido, pero que han tomado parte en su negociación, ejecución y resolución, los árbitros puedan acudir a los usos del comercio internacional, con abstracción de lo dispuesto por la ley rectora del fondo del contrato, para valorar su competencia. Por último, el hecho de la firma se sustituye por la voluntad de las partes manifestada a través de sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, pues lo que realmente preocupa al árbitro no es el aspecto formal del contrato que se somete a su enjuiciamiento, sino la voluntad real de los contratantes. Y esa voluntad se manifiesta en la intervención de los grupos en su conjunto, y de cada uno de sus componentes, en la ejecución del contrato. Se postula así la eficacia de la cláusula arbitral frente a sociedades que, perteneciendo a un grupo de empresas, hayan de considerarse *acceptantes tácitos* de dicha cláusula. En el parecer de Y. Derains, se trataría del *principio razonable de intervención*, aplicado invariablemente en los laudos arbitrales que han resuelto este tipo de asuntos.

³² En el caso de sucesión de sociedades *vid.* Asunto 2626 CCI. Y. Derains: Jurisprudencia arbitral de la CCI, Madrid, 1985, pág 201-205. En un supuesto de absorción también se extendió la cláusula. Asunto nº 1704 CCI, *Journ.dr.int.Clunet* 1978, pág. 977-980.

En relación a este tema, la jurisprudencia arbitral gira en torno a los siguientes dos principios. De una parte, la mera pertenencia al grupo de la sociedad no implica la extensión de la eficacia de la cláusula arbitral. En la sentencia dictada en el Asunto 4504³³, el tribunal rechazó la extensión de una cláusula compromisoria a un miembro de un grupo, después de constatar que no había manifestado nunca una verdadera voluntad de ejecutar o de participar en la ejecución del contrato con la sociedad madre. La pertenencia a un grupo no basta, pues, para afirmar la competencia, siendo necesario, como señalan las decisiones en el Asunto CCI n° 2375/1975³⁴, y en el Asunto CCI n° 6769/1991³⁵, la *participación efectiva de cada sociedad en la concreta operación económica*. El *leading case* en la materia viene constituido por la decisión CCI recaída en 1982 en el Asunto 4131 *Isover Saint-Gobain c. Dow Chemical*³⁶. A juicio del tribunal: "Considerando, en particular, que el convenio arbitral expresamente aceptado por ciertas sociedades del grupo debe vincular a las otras sociedades que, por el papel que han jugado en la conclusión, la ejecución o la extinción de los contratos que contienen dichas cláusulas, aparecen según la común voluntad de todas las partes en el procedimiento, como verdaderas partes de estos contratos, o como implicados por éstos o por los litigios que pueden derivar de ellos". Esta doctrina ha sido confirmada, y precisada, por la decisión recaída en el Asunto CCI 6519/1991³⁷. A juicio del Tribunal, "sin negar la realidad económica que puede constituir la existencia de un grupo de sociedades, los efectos de una cláusula compromisoria no pueden ser extendidos a sociedades no firmantes que tengan una personalidad jurídica distinta, excepto si han sido *representadas efectiva o implícitamente, o si han jugado un papel activo en las negociaciones objeto de la controversia, o aún si se ven implicadas directamente, en sus derechos y deberes por el acuerdo en cuyo seno figura el convenio arbitral*".

Como es fácil de entender, esta doctrina encuentra importantes posibilidades de aplicación en las operaciones de *joint venture*. La intervención de las sociedades del grupo en la operación de *joint venture*, por ejemplo a través de la conclusión de un contrato satélite con la sociedad común, o simplemente mediante la asunción de los trabajos que asumió la sociedad participante matriz del grupo, parecen títulos

³³ *Journ.dr.int.Clunet*, 1986, págs. 1118 y ss

³⁴ *Journ.dr.int.Clunet*, 1976, págs. 973 y ss.

³⁵ *Journ.dr.int.Clunet*, 1992, págs. 1019 y ss.

³⁶ *Journ.dr.int.Clunet*, 1983, págs. 899 y ss.

³⁷ *Journ.dr.int.Clunet*, 1991, págs. 1065 y ss.

suficientes para invocar con éxito la cláusula arbitral contenida en el acuerdo base de *joint venture* frente a dicha sociedad. Siempre, claro está, que dicho contrato no contenga una previsión específica, ya sea arbitral o de otro tipo. La extensión de la eficacia de la cláusula arbitral a sociedades pertenecientes al grupo encuentra ulteriores elementos de apoyo en el modo en que se redactan los contratos de *joint venture*. Por una parte, a veces la propia redacción de los contratos deja constancia de la intervención de otras sociedades del grupo en la ejecución del contrato. Por otra, en ocasiones la delimitación de las partes del contrato se hace de forma flexible, y poco precisa. En esta situación, como expresa B. Cremades, iría en contra de cualquier principio de interpretación razonable de la voluntad común de las partes, y del espíritu de cualquier operación, dar una importancia preponderante a la letra del contrato y a las variaciones e incluso incoherencias en las fórmulas utilizadas en los diferentes contratos. Dicha flexibilidad acreditaría que, para todas las partes, estas designaciones revisten una importancia secundaria, al tratarse de hecho de los diferentes modos de ejecución de las obligaciones asumidas por el grupo.

El examen de la jurisprudencia arbitral recaída en esta materia revela un dato de singular interés. La propagación de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades no firmantes del grupo no atiende, por regla general, al dictado de un Derecho estatal. Lo árbitros suelen basar su decisión, directamente, en patrones materiales creados al efecto, y derivados de la lógica propia de las transacciones internacionales, modo de proceder que ha encontrado ratificación en la jurisprudencia francesa³⁸. Ahora bien, incluso ante la imposibilidad de admitir un patrón material de ese tipo, ello no tendría porqué excluir la extensión de los efectos de esta cláusula a sociedades no firmantes. Dicha extensión podrá fundarse, en su caso, en el instituto de la representación en sus diversas modalidades. Las reglas sobre la representación no son idénticas en los diferentes sistemas jurídicos. Para saber si una sociedad no firmante de un convenio arbitral queda vinculada por éste, o puede hacerlo valer, habrá que estar a lo dispuesto por la ley aplicable a la representación. Al no quedar el árbitro vinculado por reglas específicas de Derecho internacional privado, éste podrá, discrecionalmente, aplicar la regla de conflicto que considere más apropiada conforme a las circunstancias del caso³⁹. Dicha ley decidirá

³⁸ Vid. Sentencia de la *Cour de Paris* de 21 de octubre de 1983, (*Rev. arb.* 1984, pág. 98). Igualmente, la decisión de la *Cour de Paris* de 30 de noviembre de 1988 (*Rev. arb.* 1989, pág. 691) extendió el alcance de la cláusula de arbitraje a todas las partes implicadas en la ejecución de los contratos, en los que su situación y sus actividades hacían presumir el conocimiento de la existencia y alcance del convenio arbitral. Con arreglo a la regla seguida por la jurisprudencia arbitral, lo importante es, pues, la interpretación de la voluntad de las partes.

pues si las sociedades no firmantes quedan vinculadas por el convenio arbitral⁴⁰.

B) Eficacia del convenio arbitral en relación con diferencias surgidas con ocasión de contratos de *joint venture* aún no firmados, o sometidos a condición suspensiva

³⁹ O. Sandrock: "Arbitration agreement and groups of companies", *Hommage a P. Lalive*, 1993, págs. 637-638.

⁴⁰ La necesidad del recurso a una ley nacional no impide, como señala O. Sandrock, establecer ciertas reglas comunes. Básicamente existen tres tipos de representación. En la *representación mediante poder*, la solución del problema es simple. La sociedad firmante no es la única vinculada sino también aquélla en cuyo nombre y por cuya cuenta se ha actuado. En segundo lugar, cabría la posibilidad de un *poder determinado por actos concluyentes (representación tácita)*. El autor señala que algunos de los casos en que la CCI ha determinado la extensión de la cláusula arbitral a sociedades del grupo no firmantes utilizando la "*group of companies theory*", hubieran podido resolverse con la ayuda de la doctrina de la *tacit representation*. Las reglas normales de la representación tácita habrían pues sido suficientes para solventar el problema y vincular a las sociedades. En tercer lugar, pese a la inexistencia de poder, en ciertas situaciones una parte puede perder la posibilidad de alegar la ausencia de poder o de falta de autoridad. En estos casos, de *poder aparente*, resultará apropiado el expediente del *Estoppel*. Vid. O. Sandrock: "Arbitration agreement...", *cit.*, págs. 639 y ss.

El proceso de negociación y celebración de un contrato de *joint venture* puede ser dilatado, por lo que no es infrecuente que, antes incluso de su firma, las partes den comienzo a la ejecución del contrato. En lo que ahora interesa, esta situación puede suscitar dudas sobre el carácter vinculante de una cláusula arbitral contenida en un contrato de *joint venture* que, aún no firmado, ha comenzado a ejecutarse. En relación a este tema, la práctica arbitral tiene establecido que la firma del contrato no se erige en requisito ineludible para invocar la eficacia de un convenio arbitral, en la medida en que de otro modo quede constancia de una voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje. Por ejemplo, en el asunto CCI 4381/1986⁴¹, una sociedad de Irán y una francesa se habían asociado en una *joint venture* cuyo objeto era asegurar en Irán, conjunta y solidariamente, un proyecto de construcción. Finalizado el proyecto, las partes emprendieron uno nuevo, comenzando los trabajos sin haberse puesto de acuerdo sobre el texto de un nuevo acuerdo de asociación. El tribunal, para decidir sobre la existencia de una sumisión tácita de las partes al arbitraje, hizo recurso al comportamiento de las partes, especialmente a la valoración de una carta por la que se reconoce la vigencia del antiguo contrato, para derivar de ello su competencia⁴². En este mismo sentido, el laudo CCI de 13 de agosto de 1981, recaído en el asunto n° 3779⁴³ afirmó que, aunque el último contrato de una cadena no estaba firmado y el silencio no equivale siempre a la aceptación, el silencio unido a una serie de circunstancias sí suponen la aceptación tácita y no se acepta por tanto la excepción de incompetencia. En el Asunto 5065/1986⁴⁴, se trataba de un contrato

⁴¹ *Journ.dr.int.Clunet.*, 1986, págs. 1102 y ss.

⁴² Según el tribunal, para valorar la validez del convenio arbitral "conviene examinar en primer lugar la validez y el valor contractual tanto de la carta como de la convención de arbitraje en cuestión, en la óptica de la correspondencia y de otras relaciones entre las partes, así como del comportamiento de las partes anterior y posterior a aquella carta...". El pronunciamiento del tribunal sobre el alcance del convenio arbitral sólo a los conflictos futuros, o también a las diferencias ya surgidas entre las partes, resulta de extrema utilidad para la argumentación. Según el tribunal "conviene constatar que una interpretación en este sentido (inclusión de todos los litigios) parece lo más razonable, (...) tanto más que los principales proyectos de convención de arbitraje intercambiados por las partes permiten concluir que había acuerdo entre ellas para someter sus diferencias al arbitraje y que no se trataba en la época aquí evocada más que de encontrar una fórmula que conviniese a las dos partes, que ellas han realizado por el intercambio de cartas. Considerando que la convención de arbitraje del acuerdo debe pues, en lo que se refiere al acuerdo actualmente en vista, interpretarse en conjunción con el tenor del intercambio de cartas entre las partes que viene de ser evocado, y que es preciso concluir que existía acuerdo de voluntades entre las partes para aplicar la convención de arbitraje así concluida tanto a los conflictos futuros como a las diferencias ya surgidas entre ellas". La consideración del intercambio de propuestas de contrato, en aquél caso para decidir sobre la extensión de la cláusula a los conflictos ya surgidos, se sitúa sólo a un paso de la estimación de aquellos intercambios como fundamento del convenio arbitral.

⁴³ *Yearbook Commercial Arbitration*, 1984, págs. 124 y ss.

⁴⁴ *Journ.dr.int.Clunet* 1987, págs. 1039 y ss.

cuya ejecución comenzó antes que la negociación del contrato hubiera concluido. El árbitro constató que, a excepción de dos puntos que considera menores en el caso, existiría acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, de lo que dedujo que la validez del convenio arbitral. *El hecho suplementario de que el contrato haya recibido un comienzo de ejecución*, en aras del principio de buena fe, se estimó como argumento adicional al anterior. En las jurisdicciones estatales, la *Cour d'appel de Paris, première chambre C*, 11 de enero de 1990⁴⁵ señala que "según los usos del comercio internacional, la cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional posee una validez y una eficacia propias que ordenan extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que puedan resultar de aquél, desde que se establece que su situación contractual, *sus actividades y las relaciones comerciales habituales que existen entre las partes hacen presumir que ellas han aceptado la cláusula de arbitraje, de la cual conocen su existencia y el alcance, aunque no hayan firmado la cláusula que la estipulaba*. De esta jurisprudencia surge con claridad una primera conclusión: un intercambio de propuestas de contrato de *joint venture* entre las partes, que contenga invariablemente una cláusula arbitral, como punto no discutido, unido a un comienzo de ejecución de las actividades del contrato, basta ya para determinar la vinculabilidad del pacto arbitral en relación a los litigios que surjan entre las partes en relación con dicho contrato. Dicho comienzo de ejecución ha de estimarse como aceptación tácita del convenio, generando la obligación para las partes de someterse al arbitraje⁴⁶. En apoyo de esta misma solución cabría también argüir la *doctrina de los actos propios*, como derivación del principio de la buena fe en las relaciones jurídicas⁴⁷.

⁴⁵ *Journ.dr.int.Clunet*, 1991, págs. 141 y ss.

⁴⁶ Como indican A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, "existe una cierta corriente jurisprudencial que se esfuerza por favorecer la agilidad de las transacciones y que considera que sí hay convenio arbitral cuando a la propuesta de una de las partes sigue el silencio de la otra, especialmente si se trata de comerciantes que mantenían entre ellos habitualmente relaciones profesionales o *si la parte que guardó silencio ejecutó, al menos parcialmente, las obligaciones contraídas en el mismo documento (oferta) en el que se hallaba contenido el convenio arbitral*". Vid. A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara: *Derecho mercantil internacional*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 291.

⁴⁷ El principio es mencionado por A.L. Calvo Caravaca respecto a la validez del convenio arbitral en el ámbito del *exequátur*. Vid. A.L. Calvo Caravaca: "La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del *exequátur*, nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de enero de 1986", *RCEA*, 1986, págs. 131 y ss. En este caso, según el tribunal, la existencia de repetidos intercambios de propuestas contractuales, en todas las cuales existen convenios arbitrales CCI y el comienzo en la ejecución del contrato por las partes, supone la creación de una situación de confianza en las partes determinada por los actos propios. Cada parte no puede desligarse de la confianza que ha creado en la otra al proponer contratos con cláusulas de arbitraje CCI y al comenzar la ejecución del contrato no firmado. En España, si bien en el ámbito del *exequátur*, el TS en el auto de 30 de enero de 1986 señaló que "el demandado no había contratado ocasionalmente o singularmente con la sociedad demandante,

dedicada, como él mismo, al tráfico de productos agrícolas, sino que se hallaba en relación habitual con la misma al menos desde el año 1979. (...) Cabe recordar que el Auto del TS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1981 reconoció como válida la cláusula compromisoria contenida en un documento de confirmación de venta y que el Auto TS (Sala 1ª) de 24 de marzo de 1982 *rechazó el supuesto defecto de consentimiento de la sociedad compradora que había ejecutado parcialmente lo convenido*. Luego, en definitiva, según parece, para el TS español es válida la aceptación tácita del compromiso arbitral al menos cuando *la parte demandada ha ejecutado parcialmente el contrato principal en el que se encontraba la cláusula compromisoria*. Sobre la aceptación tácita del convenio arbitral, Vid. K.H. Böckstiegel: "Abschluss von Schiedsverträgen durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen", *Fest. für A. Bülow*, 1981, págs. 1-15; E. Mezger: "Du consentement en matiere d'electio iuris et de clause compromissoire (à propos d'arret...)", *Rev. crit.dr.int.priv.*, 1971, págs. 37-61.

Del mismo modo, también es frecuente que las partes, antes de la firma del contrato de *joint venture*, formalicen otros documentos como las cartas de intención (*letter of intent*, *memorandum of understanding*, *Absichtserklärung*), o *Heads of Agreement*, cuya necesidad viene requerida por la relativa complejidad que reviste la negociación de un contrato de *joint venture*. Tales documentos, pese a no constituir el verdadero contrato entre las partes, refiriéndose sólo al estado de las negociaciones y estableciendo puntos en los que se alcanzó acuerdo, podrían remitir eficazmente al arbitraje. De esta posibilidad es ilustrativo el asunto *República de Nicaragua c. Standard Fruit Co.* Con base en la presunción de arbitrabilidad establecida por los tribunales norteamericanos (Asunto Mitsubishi), la *District Court*, después de escindir el convenio arbitral del resto de las cláusulas del contrato afirmó que, si bien es cierto que las partes no estaban contractualmente vinculadas por el Memorandum, base del futuro contrato, sí es cierto que la sumisión a arbitraje existía ya en dicho documento y, en virtud de su autonomía, es necesario darle eficacia para determinar el alcance de los demás derechos⁴⁸.

⁴⁸ El extracto y el comentario de esta decisión puede verse en G.B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Deventer/Boston, Kluwer, 1994, págs. 245-249. La autonomía del convenio fue igualmente afirmada en el Asunto CCI n° 2694/1977 *Journ.dr.int.Clunet*, 1978, págs. 985 y ss, en relación a un problema de validez del consentimiento contractual.

Por otra parte, los contratos de *joint venture* suelen contener cláusulas que condicionan su entrada en vigor a la obtención de las autorizaciones legales necesarias para la puesta en práctica de la operación⁴⁹. Respecto a esta cuestión, la jurisprudencia arbitral es contundente en indicar que el hecho de que el contrato contenga una cláusula suspensiva, condicionando su entrada en vigor al hecho de que se obtenga una autorización administrativa, no significa que hasta que se verifique la condición las partes no tengan ninguna obligación respecto al contrato, y mucho menos que el convenio arbitral no sea válido y eficaz⁵⁰. Igualmente, en el asunto CCI n° 6142/1990⁵¹, se declara que la entrada en vigor del contrato no tiene ningún efecto sobre aquélla, es eficaz desde el momento en que es válida, con independencia de que el contrato llegue o no a entrar en vigor⁵². La *Cour de cassation* francesa se ha pronunciado en este mismo sentido en el asunto *Navimpex*⁵³.

C) Extensión del convenio arbitral en los grupos de contratos

⁴⁹ Generalmente de las autoridades competentes en materia de competencia y ordenación de mercados, o de las autoridades competentes en materia de importación de tecnología.

⁵⁰ *Vid.* Asunto CCI 3987/1983, *Journ.dr.int.Clunet*, 1984 pág. 943 y ss.

⁵¹ *Journ.dr.int.Clunet* 1990, págs. 1039 y ss.

⁵² Igualmente, el laudo recaído en el asunto CCI n° 4555 (*Yearbook Commercial arbitration*, 1986, págs. 140 y ss), de febrero de 1985, insistió en que la ineficacia del contrato, por falta de aprobación del comprador, no obsta para que algunas cláusulas del contrato entren en vigor desde la firma misma, no quedando suspendidas por la condición de eficacia interpuesta. No tendría sentido que las partes hubieran querido someterse a los tribunales estatales antes de la aprobación, y a los árbitros después. En el asunto CCI 6519/1991 (*Journ.dr.int.Clunet*, 1991, págs. 1065 y ss), el tribunal dispuso que "en razón de la autonomía del convenio arbitral, las partes que pueden reclamar el beneficio tienen el derecho de prevalerse, incluso aunque el contrato en el que figura no haya entrado en vigor, dado que la diferencia que les enfrenta está ligada al hecho que dicho contrato ha sido concluido".

⁵³ *Cour Cass. civ. I*, 6 de diciembre de 1988, *Journ.dr.int.Clunet.*, 1989, pág. 134, nota de M.L. Niboyet, *Rev.arb.* 1989, pág. 641, nota de B. Goldman. Según esta decisión "...el principio de autonomía de la cláusula compromisoria permite prevalerse de esta cláusula incluso cuando el contrato firmado por las partes no ha entrado en vigor, desde que la diferencia que les opone está ligada a su conclusión".

Las operaciones de *joint venture* manifiestan una articulación jurídica compleja, en la que intervienen diversos contratos formalmente independientes, que suelen concluirse de forma sucesiva. En lo que ahora interesa, la articulación podrá manifestar, bien una previsión de arbitraje en el acuerdo base, con vocación expresa de eficacia a todos los litigios que puedan surgir de la *joint venture*, incluidos los contratos satélites, bien una cláusula restringida al contrato de *joint venture*, o bien distintas cláusulas arbitrales en los diferentes contratos satélites⁵⁴. En defecto de una previsión arbitral específica en los contratos satélites, la extensión de la eficacia de un pacto arbitral de proyección global, para toda la relación *joint venture*, contenido en el contrato de base, puede suscitar ciertas dudas. Por una parte, en relación con los sujetos intervinientes en dichos contratos sucesivos, y como se ha puesto de relieve con anterioridad al hilo del examen de la vinculabilidad del pacto arbitral en relación a sociedades pertenecientes al grupo, la inexistencia de identidad de partes en unos y otros contratos no comporta la negación de dicha eficacia⁵⁵. El problema puede plantearse, no obstante, a la hora de dar eficacia a una cláusula arbitral respecto a situaciones jurídicas que quedaban indeterminadas en el momento de la suscripción del pacto, pues su validez podría ponerse en tela de juicio. En base a esta posible objeción, un pacto arbitral del tipo descrito podrá tener eficacia en relación a los contratos satélites, en la medida en que dichas relaciones hayan quedado configuradas y previstas, al menos en su contenido y elementos esenciales, en el propio acuerdo de base. De este modo no cabrá oponer el carácter indeterminado de la relación jurídica, para invalidar el pacto arbitral respecto a tales relaciones. La extensión programada tendrá plena eficacia, a pesar de referirse a un contrato aún no concluido⁵⁶.

El esquema de razonamiento que se acaba de seguir fracasa, por el contrario,

⁵⁴ Vid. L.O. Baptista: "Arbitragem e Joint Venture...", *cit.*, pág. 194.

⁵⁵ Frente a terceros, y según el principio general *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, la eficacia del pacto arbitral debe ser negada. La cláusula arbitral contenida en el acuerdo base no podrá extenderse a los contratos satélites por concluir con un tercero (*v. gr.* préstamo concertado por la sociedad *joint venture* con un banco).

⁵⁶ En este sentido, *vid.* A. Cutrera: "La convention compromissoire dans les accords de coopération à formation successive", *Arbitrage Commercial. Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, 1974, págs. 98-99. Ahora bien, como indica el autor, podrá suceder que la llamada al árbitro se produzca precisamente para la definición de los elementos de la relación jurídica que no ha sido completamente definida en el acuerdo cuadro. En estos casos, al no tratarse de un litigio, al árbitro no correspondería una competencia jurisdiccional sino estrictamente contractual, de integración de elementos del contrato, por lo que podría dudarse sobre la competencia del árbitro cuando dicha facultad de integración no le haya sido expresamente conferida.

cuando el contrato satélite no ha sido ni siquiera previsto en el contrato de base. Sin embargo, para estas situaciones la doctrina propone otras vías de argumentación. Por ejemplo, la extensión del pacto arbitral a estos contratos podría desprenderse, según cierta doctrina, de la conexión directa del contrato satélite con la ejecución del acuerdo de *joint venture*, con su etiología y finalidad. Se trataría de establecer una vinculación entre contratos por razón del objetivo económico perseguido, de la etiología y finalidad⁵⁷. Este fundamento, introduce la cuestión de la eficacia del pacto arbitral por unos derroteros bastante difusos, y peligrosos, máxime a la vista de la extrema complejidad que manifiestan las operaciones de *joint venture*, y la diversidad funcional de los contratos satélites. En concreto, ese razonamiento tendría el peligro de suponer la extensión de la cláusula arbitral respecto a contratos, celebrados entre las sociedad implicadas, que escasamente aparecen comprendidas en el ámbito de la cooperación, lo que no es infrecuente⁵⁸.

⁵⁷ Vid. A. Cutrera: "La Convention compromissoire...", *cit.*, págs. 99-100.

⁵⁸ Por ejemplo, una vez comenzada la cooperación, alguna de las sociedades participantes puede celebrar contratos con la sociedad conjunta, de compra o suministro de materiales o productos. Si este contrato no fue previsto en el contrato de base, podría resultar forzado entender que la cláusula arbitral extiende su eficacia sobre este contrato. Junto a los contratos de cumplimiento o ejecución del acuerdo base, otros contratos satélites son sólo facultativos, sin que penetren de forma tan acusada en la idea de la unidad funcional, al poder haber sido celebrados con un tercero. Por otra parte, otros, a pesar de ser contratos de ejecución, quedan desvinculados de la unidad funcional mediante cláusulas *ad hoc*. Una clasificación funcional de los contratos satélites en relación al acuerdo base puede verse en F. Esteban de la Rosa: *Ley aplicable a la joint venture en Derecho internacional privado español*, *cit.*, págs. 153 y ss.

La situación se plantea de otro modo cuando la cláusula arbitral contenida en el acuerdo base no aparece formulada en términos amplios. En estos casos, la extensión de la eficacia del convenio se ha afirmado en razón del carácter accesorio del contrato satélite respecto al acuerdo base⁵⁹, solución general que no podemos compartir a la vista de la diversidad de relaciones funcionales que cabe apreciar entre el contrato de base y los contratos satélites, como venimos de decir. En todo caso, las máximas posibilidades de extensión para dicha cláusula habrán de estimarse en relación a los contratos satélites cuya configuración aparece totalmente diseñada en el propio acuerdo de base, apareciendo la firma posterior del mismo por la sociedad conjunta como circunstancia de tipo formal. El fundamento de la extensión del convenio arbitral no sería tanto el carácter accesorio del contrato satélite respecto al acuerdo de base, como la imposibilidad de desvincular al contrato satélite, configurado totalmente, de la cláusula arbitral contenida en el acuerdo base. En el resto de situaciones, y en ausencia de la voluntad de las partes expresada en el contrato de base, sobre la extensión del convenio arbitral, la vinculabilidad de dicho pacto en relación a los contratos satélites nos suscita, como poco, una duda razonable. Por todas estas razones, y a la vista de la incertidumbre que puede generarse, sería conveniente la inserción en cada contrato de una cláusula arbitral específica, lo que favorecería la seguridad de las partes. Ello proporcionaría la posibilidad, además, de valorar, en concreto, la arbitrabilidad de la materia⁶⁰.

4. Peculiaridades materiales: Significado y límites de la *lex mercatoria* en la regulación de la *joint venture*. El deber de lealtad

⁵⁹ L. Huber: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 32.

⁶⁰ *Vid.* L.O. Baptista: "Arbitragem e Joint Venture...", *cit.*, pág. 194. Por ejemplo, la arbitrabilidad de los llamados contratos internacionales de transferencia de tecnología ha sido rechazada en ordenamientos de países en vías de desarrollo, con el propósito de garantizar la aplicación de normas imperativas adoptadas en relación con los citados contratos. *Vid.* P.A. De Miguel Asensio: "Arbitraje y contratos internacionales sobre propiedad industrial en el Derecho español", *RCEA*, 1992, pág. 30.

La caracterización de los contratos relacionales como contratos incompletos, de necesaria integración, y las especiales exigencias de comportamiento que han de exigirse a los participantes en las relaciones de este tipo, de ejecución ciertamente difícil a falta de ese ingrediente de confianza, ha propiciado ciertos intentos de desarrollo de una categoría contractual autónoma, a la que habría que dispensar un tratamiento e interpretación en conformidad con principios distintos de los que son aplicables a los contratos discretos⁶¹. Esta posibilidad ha sido mantenida por L. Huber, específicamente en relación a las operaciones de *joint venture*. Según el autor, de las exigencias de confianza propias de la relación *joint venture* derivan directamente una serie de obligaciones para los participantes. Como consecuencia de la duración prolongada del vínculo, y ante la imposibilidad de establecer con precisión los derechos y obligaciones de los participantes en el momento de la conclusión del contrato, la *joint venture* vendría modulada por ciertos deberes implícitos, derivados de las exigencias de confianza y de lealtad (*Loyalitätspflicht*) de la relación que, al margen de una cláusula contractual o del dictado de un ordenamiento estatal, habrían de fundarse en los *general principles of law as recognized by civilized nations*⁶². Dentro de la obligación genérica de lealtad y cooperación, se

⁶¹ Los desarrollos doctrinales de estos principios se deben a la doctrina norteamericana. *Inter alia* vid. S. Macaulay: "Non-contractual relations in business: a preliminary study", *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, págs. 55-67; O.E. Williamson: "Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual relations", *The Journal of Law and Economics*, vol. 22, 1979, págs. 233-261. Una exposición de esta temática, con abundantes referencias bibliográficas, puede verse en M. Martinek: *Moderne Vertragstypen*, *op. cit.*, págs. 354-388. La posibilidad de elaborar estos principios fue defendida por F. Nicklisch: "Vorteile einer Dogmatik...", *cit.*, págs. 17-21. No obstante, las aportaciones posteriores realizadas en dicho Congreso, sobre Tecnología y Derecho celebrado en Heidelberg en 1986, se distanciaron respecto a la posibilidad de desarrollar principios jurídicos generales para los contratos complejos de larga duración. Para una revisión crítica sobre el fundamento para la construcción de principios jurídicos generales para estos contratos en Derecho alemán, cuestionando la legitimidad de elaborar una categoría o tipo contractual del que puedan predicarse consecuencias jurídicas determinadas, vid. J. Ochsler: "Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im Deutschen Vertragsrecht im rechtsvergleichender Kritik", *RechtsZ*, 60, 1996, págs. 91-124.

⁶² L. Huber: *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, 1992, pág. 18; *id.*: "Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung", *Kooperations- und Joint-Venture-Verträge*, (Hrsg. Ch.J. Meier-Schatz), Berna/Stuttgart/Viena, Haupt, 1994, págs. 33-43; H.D. Assmann: "Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)" *Aktiengesetz, Großkommentar*, Hrsg. K.J. Hopt u.a. 4. Auf, 1992, págs. 281. Aludiendo a la *loyauté renforcée* que incorporan los contratos de *joint venture*, vid. L.O. Baptista y P. Durand-Barthez: *Les associations...*, *op. cit.*, págs. 101-102. En el mismo sentido, vid. F. Dexmier: "L'émergence des joint ventures en Europe (explications et implications d'un phénomène)", Tesis inédita, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1988, pág. 58. En una óptica más general, indicando el papel esencial y regulador que puede y debe jugar el principio general de la buena fe, como verdadera regla de derecho transnacional del comercio, vid. P. Lalive: "Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'état", *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tomo I, Bruselas, Nemesis, 1986, pág. 450. También vid. B. Oppetit: "Les principes généraux en droit international privé", *Le droit international: Archives de philosophie du droit*, tomo 32, París, Sirey, págs. 179-187.

encontrarían el deber de información recíproca de las circunstancias que puedan afectar al proyecto, la obligación de las partes de negociar de buena fe en vista de encontrar una solución a los problemas que surjan durante la ejecución del contrato, incluso en defecto de una cláusula de renegociación, e igualmente el deber de realizar aportaciones suplementarias (*Nachleistungspflichten*) cuando las necesidades del proyecto lo requieran⁶³.

⁶³ L. Huber: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 22-23.

Para valorar la virtualidad de estos principios es preciso partir, a nuestro juicio, de las siguientes ideas. En primer término, en la medida en que encuentran vigencia como principios reconocidos a las naciones civilizadas, su eficacia queda limitada a los supuestos en que el litigio se esté ventilando ante una jurisdicción arbitral, no estatal. En las instancias jurisdiccionales, por el contrario, su aplicación sólo podrá mantenerse entendiendo que quedan insertos en el sistema de fuentes establecido por la ley aplicable al contrato, siendo jurídicamente relevantes en la medida en que puedan deducirse de este Derecho, y no en otro modo. En segundo lugar, incluso en el ámbito del arbitraje internacional, los principios enunciados apenas poseen capacidad para integrar de forma completa, sino sólo de forma fragmentaria, la disciplina contractual, su eventual efectividad no excluiría la necesidad de determinar la ley estatal aplicable al contrato⁶⁴. Desvinculado de una

⁶⁴ En la actualidad la doctrina discute sobre el valor que puede asumir en sede arbitral, para la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto, el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980. Un sector de la doctrina rechaza esta incidencia, afirmando que el árbitro no tiene una *lex fori*, que quedaría desplazada por la lógica propia del arbitraje internacional. El árbitro internacional aplicará solamente el modelo, o modelos, de referencia que el mismo seleccione, conforme a su propia concepción de la justicia. Se niega así cualquier tipo de incidencia o aplicación del Convenio de Roma en sede arbitral (*vid.* A. Kassis: *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, LGDJ, 1993, págs. 491 y ss, y 515 y ss). No es éste sin embargo el parecer mayoritario. La incidencia en sede arbitral del convenio de Roma se afirma en base a varias ideas. En primer lugar, la caracterización flexible de las soluciones de ley aplicable del Convenio de Roma puede coadyuvar al razonamiento del árbitro a la hora de determinar la solución de ley aplicable, el cual, se conducirá en su motivación por la conveniencia de hallar soluciones de justicia del caso, que permitan satisfacer las expectativas legítimas de las partes (*Vid.* E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Journ.dr.int.*, 122, 1995, págs. 14-15. O. Lando: "Conflict-of-Law Rules for Arbitrators", *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Hrsg. H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1981, pág. 159). Identificando el razonamiento del árbitro con la técnica de los vínculos más estrechos, *vid.* P. Lalive: "Les règles de conflit de lois appliques au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Ginebra, Georg, 1977, págs. 57 y ss; *id.*: "Ordre public transnational (o réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, págs. 351-357). A la satisfacción de las expectativas de las partes también se refiere Y. Derains: "L'attente légitime des parties et le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial international", *Trav.Com.fr.dr.int.pr.*, 1984-1985, París, Editions du CNRS, 1987, pág. 84. Esta *sintonía* entre el razonamiento del árbitro y el que dispone el Convenio de Roma puede comportar, como primera posibilidad de incidencia del Convenio sobre el ámbito arbitral, que el sistema instaurado sea estimado *apropiado* por el árbitro a la hora de enjuiciar un contrato internacional. Y en segundo lugar, la utilización por el árbitro del convenio de Roma, ya sea utilizado como normativa legal aplicable o como simple norma narrativa por su alto valor moral, puede contribuir a dotar a la solución de ley aplicable adoptada de una justificación adicional y especial, que la haría aparecer legítima ante las partes. *Vid.* F. Rigaux: "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cah.dr.eur.*, 24, 1988, págs. 310-318. También *vid.* E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, pág. 25 y E. Jayme: "BOT-Projekte: Probleme der Rechtswahl", *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte. Nationale und internationale BOT-Projekte, Nationale und internationale BOT-Projekte Techniksrechtsform*, Heidelberg, 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, pág. 69.

En los contratos de *joint venture* concertados entre un Estado y una sociedad privada

concreta *lex fori*, el árbitro no sólo tiene mayor libertad para decidir sobre el sistema de DIPr aplicable al caso⁶⁵, sino que, como se ha demostrado⁶⁶, podría tener también

extranjera, hay que tener presente el Convenio de Washington, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIRDI) Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de mayo de 1965. Ratificado por España el 20 de junio de 1994. BOE, de 13 de septiembre de 1994. A propósito de su entrada en vigor para España, *vid.* M. Checa Martínez: "Arbitraje entre Estados e Inversores Privados: entrada en vigor del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965", *REDI*, XLII, 1995-1, págs. 322-325. El convenio establece un sistema propio para determinar la ley aplicable al contrato, que incorpora un importante componente de Derecho internacional público. La ley aplicable al fondo de la controversia puede ser elegida por las partes y en defecto de acuerdo será aplicable la ley del Estado que sea parte en la diferencia (receptor de la inversión), incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y las normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables (*vid.* art. 42).

⁶⁵ En la actualidad, ni el arbitraje ni la doctrina revelan una única pauta a seguir para la determinación por el árbitro de la ley aplicable al fondo del asunto. Como alternativas se han señalado la aplicación de las reglas de conflicto del país donde tenga su sede el tribunal arbitral, o del país a cuya ley material las partes han sometido el contrato. En la doctrina, rechazando la aplicación de las reglas de conflicto del país de la sede del arbitraje, sobre todo en el caso de arbitraje institucional, *vid.* F. Rigaux: "Examen de quelques...", *cit.*, pág. 310; A. Kassiss: *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, pág. 496). Por el contrario, considerando adecuada la aplicación de las reglas de conflicto del país donde tenga su sede la jurisdicción arbitral, *vid.* A. Remiro Brotons: "Artículo 10.5 Cc", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1978, pág. 320. Sobre el tema, *vid. inter alia* B. Goldman: "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial", *Trav.Com.fr.dr.int.pr.* (1966-1969), págs. 119 y ss; H. van Houtte: "La loi applicable à l'arbitrage commercial international", *Rev.dr.int.dr.comp.*, 1980, págs. 285-300; O. Lando: "The law applicable to the Merits of the Dispute", *Essays on International Commercial Arbitration, Edited by Petar Sarcevic*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1989, págs. 129-159; F-E. Klein: "The law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute", *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Peter Sanders*, Amberes/Boston/Londres/Frankfurt, Kluwer/Deventer, 1982, págs. 189-206. Ante este panorama, el Convenio de Nueva York no se pronunció sobre la ley que habrían de aplicar los árbitros al fondo del asunto. Eludiendo también la cuestión, el artículo VII del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975), dispone que "los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que estimaren apropiada en el caso en cuestión", solución que, pese a su aparente simplicidad, ha suscitado importantes problemas interpretativos, dudándose, entre otras cuestiones, si dicha norma de conflicto habrá de ser necesariamente estatal o si se atribuye al árbitro la posibilidad de crear una norma de conflicto *ad hoc*. (*vid.* L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca: *Derecho mercantil internacional, op. cit.*, pág. 769). Pese a tales problemas, el precepto ha tenido un considerable impacto sobre otros textos posteriores (*vid.* el artículo 38 de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para Europa; artículo 33 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL); artículo 13. 3-5 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional; artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional).

⁶⁶ *Vid.* Sentencia arbitral CCI nº 3131, (Asunto *Pabalk c. Norsolor*), de 26 de octubre de 1979. (*Journ.dr.int.* 1985, pág. 679; *YCA*, 1984, págs. 109-111). El litigio tuvo su origen en la negativa, por parte de Ugilor (posteriormente Norsolor), a abonar a Pabalk las comisiones por ventas en Turquía, que ésta entendía se le debían por contrato de representación concluido entre ambas y en la denuncia de tal contrato por Ugilor. Conforme al principio de buena fe, el Tribunal indagó si la ruptura del mandato era imputable al comportamiento de una de las partes y si había causado a la otra un perjuicio injusto cuya reparación impondría la equidad. Dejando constancia de que el

la oportunidad de acordar soluciones *extrañas* a las dispuestas por los sistemas estatales, averiguadas a partir de materiales normativos ajenos a un Derecho estatal⁶⁷.

comportamiento general de Ugilor/Norsolor no fue del todo compatible con el mantenimiento de las buenas relaciones comerciales, el Tribunal decidió que esta última compañía debía ser considerada responsable de la ruptura del mandato, y entendiendo que tal ruptura perjudicó a Pabalk, evaluó en equidad y globalmente la cuantía de la reparación debida a Pabalk en razón de la ruptura del contrato de representación. Sobre la peripecia experimentada por este asunto en sede de *exequatur* ante la jurisdicción francesa y, paralelamente, en la austriaca ante la que se suscitó contienda sobre la validez del laudo, *vid.* B. Goldman: "Batalla judicial acerca de la *lex mercatoria*", *Rev. La Ley*, Año V, núm. 1095, 21 de diciembre de 1984, págs. 1-10. *Vid.* también la Sentencia de la *Cour d'appel de París (1 Ch. suppl)* de julio de 1989 (asunto *Compañía Valenciana de Cementos Portland c/ Primary Coal*, *Rev. arb.* 1990, págs. 663-674, con nota de P. Lagarde).

⁶⁷ En relación con esta posibilidad, en el ámbito del Convenio Europeo se duda si la referencia del artículo VII. 1 *in fine* a los *usos mercantiles* habría de entenderse como orden jurídico autónomo o, por el contrario, como manifestación del despliegue de la autonomía material de las partes en el marco de un determinado ordenamiento jurídico estatal (*vid.* L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca: *Derecho mercantil internacional, op. cit.*, pág. 769). Es preciso poner de relieve que, algunas legislaciones recientes sobre arbitraje permiten a los árbitros, en caso de silencio de las partes, hacer aplicación de reglas transnacionales (*vid.* artículo 1496 N.c.p.c. francés; artículo 1054.2 CPC holandés; artículo 187 de la ley suiza de DIPr).

De otro lado, dada la mayor vinculación del árbitro respecto a la voluntad de las partes, tampoco parece que la aplicación de estos principios por el árbitro pueda conducir a la marginación de una designación de ley aplicable por referencia a un Derecho estatal efectuada por las partes. La operatividad de los mismos, en su caso, queda, pues, circunscrita a dos tipos de situaciones, a saber, aquéllas en las que las partes han realizado una designación de ley por referencia a tales principios, y aquéllas en las que las partes han guardado silencio sobre el Derecho aplicable. En este ámbito, la posibilidad de afirmar la existencia y efectividad de estas soluciones, mucho tiene que ver con la posición que se adopte en torno a la controvertida existencia de un Derecho transnacional o *lex mercatoria* como Derecho de la *societas mercatorum*⁶⁸. Algunas respuestas que no resultan admisibles en la perspectiva del Convenio de Roma, cuyas soluciones presuponen la aplicación de un Derecho estatal, podrían encontrar afirmación en el ámbito del arbitraje comercial internacional, al ser el árbitro internacional cualitativamente más libre para adoptar este tipo de respuestas. La efectividad real de este tipo de soluciones aparece clara a la vista del alcance amplio del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958⁶⁹, que no consigna como motivo de denegación del reconocimiento y de la ejecución del laudo al control de la ley aplicada por el Tribunal Arbitral⁷⁰.

⁶⁸ En cuanto al valor que posee la *lex mercatoria* entre las fuentes del Derecho, prescindiendo de los matices, cabe identificar tres tendencias principales. Según la concepción más extendida la *lex mercatoria* constituye un sistema propio, que se sitúa por encima de los sistemas estatales y que tiene primacía para los supuestos internacionales. En ausencia de designación de ley prevalecería como *lex fori* del árbitro. En cuanto a las lagunas del sistema de la *lex mercatoria*, se integrarían conforme a los principios generales del Derecho y no se recurriría al Derecho nacional. En segundo lugar, a la *lex mercatoria* podría corresponder una posición similar a la del resto de los ordenamientos jurídicos. En caso de laguna, podría recurrirse mediante la norma de conflicto al Derecho estatal. Por último, para la construcción restrictiva, que concede la primacía a los ordenamientos nacionales, los usos y reglas uniformes desarrollados para las transacciones internacionales servirían sólo para la integración de lagunas del Derecho nacional, poseyendo únicamente naturaleza subsidiaria y debiendo descartarse cuando contradicen el Derecho imperativo del Estado. *Vid. inter alia* B. Goldman: "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journ.dr.int.*, 106, 1979, págs. 475-505; O. Lando: "The *lex mercatoria* in international commercial arbitration", *ICLQ*, 34, 1985, págs. 747-768; C. Reithmann y D. Martiny: *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 4. Auf., Colonia, O. Schmidt, 1988, págs. 56-57; J. Paulsson: "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I.", *Rev.arb.*, 1990, págs. 55-100. C. Esplugues Mota (Coordinador), S. Barona y J. Hernández Martí: *Contratación internacional, op. cit.*, págs. 55-64.

⁶⁹ BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

⁷⁰ *Vid.* artículo V del Convenio de Nueva York. La afirmación puede elevarse a consideración general habida cuenta de que, en razón del número de países que se han adherido al convenio, esta normativa se ha convertido en el Derecho común mundial en la materia. En el ámbito del Convenio de Nueva York, las posibles restricciones a la maniobrabilidad del árbitro en la selección del Derecho aplicable, por referencia o no a un Derecho estatal, podrían canalizarse, no obstante, a través de la

excepción del orden público. En este sentido, la aplicación de la *lex mercatoria* ha sido considerada como contraria al orden público alemán siempre que las partes no lo hayan autorizado expresamente o, al menos, hayan encomendado a los árbitros un arbitraje de equidad, en cuanto la vinculación del árbitro al Derecho en defecto de acuerdo de las partes constituiría un principio de orden público (*vid.* V. Triebel y E. Petzold: "Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *RIW*, 34, 1988, pág. 249). En nuestro Derecho, en defecto de jurisprudencia, C. Esplugues Mota, S. Barona y J. Hernández Martí estiman que la rigidez de la solución prevista en el artículo 62 de la Ley de Arbitraje podría dar a los tribunales españoles cierto pie para estimar una posiblee contrariedad con el orden público español. No obstante, en favor del reconocimiento habría que valorar la flexible posición que mantiene el TS respecto del reconocimiento de decisiones extranjeras y, también, el propio tenor del artículo V del Convenio de Nueva York, que mantiene una posición claramente favorable al reconocimiento (C. Esplugues Mota (Coordinador), S. Barona y J. Hernández Martí: *Contratación internacional...*, *op. cit.*, págs. 63-64).

Sin perjuicio de ese debate, presenta mayor interés el examen de la coherencia de este Derecho y de la efectividad práctica de sus soluciones⁷¹. Desde esta perspectiva es posible afirmar que, en defecto de un sistema de referencia que venga impuesto de forma imperativa al árbitro para la adopción de las soluciones de ley aplicable, y que pueda hacerse valer atacando la validez, o las posibilidades de reconocimiento, del laudo, la efectividad de este tipo de respuestas, basadas en los denominados principios generales del Derecho o principios reconocidos por las naciones civilizadas, no podría descartarse⁷². Por ello, en la mayoría de los casos, el

⁷¹ Frente a la polémica tradicional en torno a la juridicidad de la *lex mercatoria*, en la actualidad se aprecia una tendencia doctrinal, más pragmática, que recomienda un nuevo enfoque para la cuestión, orientado a poner de relieve la capacidad real de aquélla para erigirse en sistema de solución para los casos. En esta dirección, a juicio de Ph. Kahn, el problema se habría desplazado desde la existencia de un Derecho internacional corporativo hacia el examen de su capacidad real para constituirse en verdadero ordenamiento jurídico, fundado en principios numerosos y precisos que puedan garantizar la coherencia y la eficacia del sistema (Ph. Kahn: "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *Journ.dr.int.*, 115, 1989, pág. 313). Desde una perspectiva crítica con la *lex mercatoria*, *vid.* el análisis de A. Giardina: "La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali", *Riv.dir.int.pr.proc.*, XXVIII, 1992, págs. 461-470; *id.*: "La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux", *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 223-234. En un reciente trabajo, y desde esta misma perspectiva práctica, E. Gaillard indica la necesidad de evitar una valoración de conjunto de la *lex mercatoria*, siendo legítima su aplicación en ciertos casos. A juicio del autor, habría que comprender que toda la filosofía de las reglas transnacionales no radica en minimizar el papel de las normas de origen estatal, sino en evitar que soluciones que no han recibido un respaldo suficiente en Derecho comparado no obstan a concepciones más generalmente admitidas en la Comunidad internacional (E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, 122, 1995, pág. 14 y pág. 27).

⁷² En opinión de E. Gaillard, la aplicación de reglas materiales transnacionales en estos casos parecería, de hecho, legítima (E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, pág. 19). Cuestión distinta es que un determinado sistema de referencia, que sea de aplicación obligatoria por el árbitro, atribuya de forma anticipada un concreto valor a tales principios, pudiendo atacarse el laudo cuando no se ajuste al mandato del sistema que sea, lo que sucede precisamente en el ámbito del Convenio de Washington. En este sentido, el laudo del Comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985, que anuló la decisión del Centro dictada en el asunto *Klöckner c Camerún*, indicó que "el artículo 42 del Convenio de Washington reserva a los principios del Derecho internacional un doble papel, bien *complementario* (en caso de laguna en el Derecho del Estado), bien *correctivo*, en caso de que el Derecho estatal no resulte conforme, en todos los puntos, a los principios del Derecho internacional. Por ello, los árbitros no pueden recurrir a los principios del Derecho internacional más que después de haber investigado y establecido el contenido del Derecho del Estado parte en la diferencia, y después de haber aplicado las reglas pertinentes del Derecho estatal" (*Journ.dr.int.*, 1987, págs. 166-167; *Yearbook C.A.* 1986, pág. 170). A juicio de Ph. Kahn, de las interpretaciones posibles del artículo 42 del Convenio CIRDI, el Comité *ad hoc* habría optado por la más restrictiva, entendiendo por tales principios aquéllos a los que se hace mención como fuente del Derecho internacional en el artículo 38 del estatuto del Tribunal de Justicia Internacional (*vid.* Ph. Kahn: "Les principes généraux...", *cit.*, págs. 311-312).

enjuiciamiento de este tipo de soluciones debería plantearse, más que como un problema de licitud o validez, como uno de oportunidad u operatividad práctica⁷³. Replanteado el problema de este modo, la aplicación por el árbitro de principios generales reconocidos por las naciones civilizadas ha revelado ciertos escollos que obedecen, fundamentalmente, a su indefinición y, en concreto, a las dificultades que puede generar la atribución a los mismos de un contenido jurídico preciso, capaz de servir a la hora de articular la solución de un caso⁷⁴. Esta indefinición tiene un doble

⁷³ Vid. E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, pág. 29.

⁷⁴ Como ha señalado W. Wengler: "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", *Riv.crit.dr.int.pr.*, 79, 1990, pág. 670 "una elección de la *lex mercatoria* o de los principios generales del Derecho no serviría para clarificar a las partes sobre sus obligaciones de comportamiento a los fines de la ejecución del contrato". Para A. Giardina, la utilización de reglas de difícil definición, y por ende aplicación, no casa bien con la complejidad técnica actual de las operaciones comerciales internacionales, lo que conduce a resultados inseguros, en contradicción con las exigencias de la previsibilidad y de la estabilidad de las soluciones, y con el desarrollo del comercio y de las inversiones internacionales (A. Giardina: "La *lex mercatoria* et la sécurité...", *cit.*, pág. 225; *id.*: "La *lex mercatoria* e la certezza..." *cit.*, pág. 463). O. Lando ha indicado que "un árbitro que resuelva exclusivamente en base a los *general principles of law* será frecuentemente incapaz de encontrar principios que sean verdaderamente generales, en el sentido de que pertenezcan al núcleo común de todos los sistemas" (O. Lando: "The law applicable to the Merits of the Dispute", *cit.*, pág. 154). En una óptica más general, tras examinar la variada utilización que hace el arbitraje internacional del principio de buena fe, P. Mayer concluye señalando que, para que un Ordenamiento jurídico pueda reputarse adecuado a la complejidad del comercio internacional, y para que pueda generar previsibilidad en las partes, sería preciso un alto grado de especialización de las reglas. Sustituir todas las reglas por un principio único constituiría una regresión (P. Mayer: "Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international", *Études de droit international en l'Honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Francfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pág. 555). En este mismo sentido, después de señalar el papel que correspondería al principio de la buena fe en el arbitraje internacional, P. Lalive pone de relieve las dificultades que suscita la determinación de sus condiciones y modalidades de aplicación *in concreto* (P. Lalive: "Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'état", *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tomo I, Bruselas, Nemesis, 1986, pág. 450). No obstante, señalando la virtud del principio de buena fe para construir un sistema mediante la extracción de principios para situaciones concretas, *vid.* Ph. Kahn: "Les principes généraux...", *cit.*, págs. 319-320. En similar sentido, *vid.* P. Weil: "Principes généraux du droit...", *cit.*, págs. 412-414. En su nota a la sentencia *Klöckner c. Camerún*, E. Gaillard afirma que esta sentencia es reveladora de los límites del método de los principios generales del Derecho dada la dificultad de resolver cuestiones muy técnicas a través de tales principios (*ad. ex.* conocer si el juego de la *exceptio non adimpleti contractus* exige o no un requerimiento previo [*mise en demeure*] o manifestación de voluntad dirigida a poner de relieve la falta de cumplimiento y exigir del cocontratante la ejecución de las obligaciones comprometidas. Para el voto disidente de la Sentencia de 21 de octubre de 1983 [*Journ.dr.int.* 1984, pág. 445] la ausencia de *mise en demeure* dirigida a Klöckner sería un elemento fundamental en cuanto manifestaba que la parte camerunesa jamás estimó que el funcionamiento de la fábrica y la gestión de la sociedad determinaban la responsabilidad de Klöckner). Cuando se llega a tal grado de especificidad -de lo que verdaderamente puede depender un litigio- deviene extremadamente difícil razonar en términos de principios generales. Las dudas que se pueden encontrar en este ámbito dejan a la *lex mercatoria* desamparada y sugieren la necesidad de aplicar pura y simplemente la ley del Estado de acogida, con toda su técnica (E. Gaillard: Nota al laudo CIRDI de 21 de octubre de 1983, *Journ.dr.int.* 1987, págs. 137-145). En un trabajo aparecido recientemente, no obstante, el mismo autor se muestra proclive a otorgar a los principios generales del Derecho un valor mayor a través de la

inconveniente: de un lado, afecta a la seguridad jurídica desde la perspectiva de la previsibilidad de las partes; de otro, puede menoscabar la eficacia y estabilidad del laudo, tal y como se reveló en el asunto *Klöckner c Camerún*⁷⁵ así como en el caso

atribución a los mismos de un alcance relativo, donde el interés debería radicar no tanto en la elaboración de una lista de reglas de la *lex mercatoria*, como se ha propuesto por cierta doctrina (*ad. ex. Ph. Kahn: "Les principes généraux du droit..."*, *cit.*, pág. 325), como en la prosecución de una metodología basada en las indicaciones dadas por las partes sobre la manera de elaborar tales reglas y, en su defecto, en un análisis de Derecho comparado, donde quedarían incluidos especialmente los convenios internacionales sobre la materia. Para el autor, este método se justificaría, sobre todo, cuando las conexiones del contrato quedan repartidas de forma equilibrada en distintos países (*vid. E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria..."*, *cit.*, págs. 21-30).

⁷⁵ De las insuficiencias de la *lex mercatoria* para proveer soluciones a cuestiones jurídicas muy técnicas es ilustrativo el Asunto *Klöckner c. Camerún*. Sucintamente, los hechos del caso fueron los siguientes. En cumplimiento de las previsiones contenidas en el tercer plan de desarrollo económico y social, el Gobierno de Camerún propuso al Grupo alemán *Klöckner* la construcción de una fábrica de abonos, aceptando este grupo la participación en la operación, respecto de la cual se comprometía a aportar su ayuda técnica y financiera. Tras un periodo largo de negociaciones y de la realización de un estudio de factibilidad, el Gobierno de Camerún, la sociedad estatal de abonos de este país (SOCAME) y el grupo *Klöckner*, concertaron un acuerdo cuadro en el que se preveía, entre otros extremos, la entrada de *Klöckner* en la sociedad SOCAME, la compra por esta empresa a *Klöckner* de instalaciones industriales y del equipamiento necesario llave en mano, la celebración de un contrato de gestión que atribuía a esa sociedad la responsabilidad de la gestión técnica y comercial de la sociedad mixta, el estatuto de la inversión y la garantía del gobierno de Camerún. La explotación de la fábrica, que experimentó un gran retraso respecto al programa previsto, no resultó satisfactoria, ni en el plano técnico ni en el financiero, por lo que, en Diciembre de 1977, *Klöckner* se desvinculó de la operación convirtiéndose en accionista minoritario de la sociedad mixta SOCAME. Retomada por otro grupo (Potasses d'Alsace), la fábrica funcionó durante algunos meses antes de ser cerrada, ya de forma definitiva, por razones económicas. A la hora de liquidar la operación, las dos partes se acusaban recíprocamente del fracaso de la fábrica, *Klöckner* imputándolo a las circunstancias económicas, y Camerún a las deficiencias técnicas de *Klöckner* y a su incapacidad de prever el estado del mercado de abonos, que sufrió una fuerte caída en ese tiempo. Sometida la resolución del caso al Centro creado por el Convenio CIRDI, el laudo dictado el 21 de octubre de 1983 afirmó el deber de lealtad que correspondía a *Klöckner*, una de cuyas manifestaciones era el deber de informar al socio de todos los eventos que pudiesen afectar al proyecto (*obligation de tout révéler á un partenaire*). Para el tribunal "*nous sommes convaincus qu'il est particulièrement important que les règles universelles qui exigent la franchise et la loyauté dans les rapports entre partenaires soient suivies dans des cas comme celui-ci, où une société multinationale cherche et volontairement s'engage à fournir l'ensemble global de factibilité, d'analyse, de conception, de gestion, de passation de marchés, de construction et de commercialisation pour une installation industrielle, et obtient en échange l'accord du Gouvernement à payer cette usine, qu'elle soit rentable ou non*". En esta situación, el Tribunal Arbitral estimó que *Klöckner* había incurrido en violación de sus obligaciones fundamentales en el cuadro de sus acuerdos contractuales, al haber tenido conocimiento de hechos de importancia vital para el proyecto que, de haber sido puestos en conocimiento del socio, habrían determinado una actuación distinta del mismo. Lo que determinó la desestimación de la demanda promovida por *Klöckner* y dirigida a exigir el pago completo del precio estipulado en los acuerdos contractuales (sentencia CIRDI de 21 de octubre de 1983, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. y Klöckner Handelsmaatschappij c/ República de Camerún y Sociedad camerunesa de abonos (SOCAME)*, *Journ.dr.int.* 1984, págs. 409-454). *Klöckner* instó la anulación de esta decisión ante el Centro, fundándola en el "exceso de poder manifiesto" que habría cometido el Tribunal sobre la competencia, sobre la ley aplicable, y sobre la falta de motivación de la sentencia, al amparo del artículo 52 del Convenio de Washington. El tribunal *ad hoc* que anuló el laudo dictado por el Centro basó su decisión en los siguientes elementos: en primer lugar, indicó que los árbitros no pueden

Amco c República de Indonesia ⁷⁶, sentencias del Centro para la solución de controversias relativas a inversiones (CIRDI) que fueron anuladas por un Comité *ad hoc* al estimarse dictadas en equidad, y no conforme a Derecho, dada la ausencia de indicaciones sobre las condiciones y límites de las obligaciones que derivarían de tales principios del Derecho internacional⁷⁷.

acudir a los principios del Derecho internacional más que después de haber investigado y establecido el contenido del Derecho del Estado parte en la diferencia, no siendo posible que basen su decisión sólo en los principios del Derecho internacional; seguidamente, se pronunció sobre la dificultad de admitir la existencia en Derecho francés de una obligación general de revelar todo al cocontratante, al menos sin afirmar al tiempo las condiciones y límites de esta obligación; a juicio del Comité, la decisión del Centro tenía la apariencia de una simple referencia a la equidad, a principios universales de justicia y de lealtad como aquellos que invocan los amigables componedores. Teniendo en cuenta que la violación de esta pretendida obligación fue el fundamento principal del fallo así como la no acreditación de la misma a través de la invocación de reglas jurídicas definidoras de las condiciones de su aplicabilidad, el Comité estimó que el Tribunal dejó de aplicar el Derecho del Estado anfitrión tal y como ordenaba el artículo 42, situándose la motivación del fallo al margen del marco fijado por ese artículo. Por ello, el Comité estimó la existencia de un *exceso de poder manifiesto* en el sentido del artículo 52.1 b) del Convenio, motivo determinante de la anulación del laudo (decisión del Comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985 (*Journ.dr.int.*, 1987, págs. 163-174; *Yearbook C.A.*, XI, 1986, págs. 162-184).

⁷⁶ Sentencia del Centro CIRDI de 20 de noviembre de 1984 (*Asunto Amco Asia y otros c República de Indonesia*, *Journ.dr.int.*, 1987, págs. 145-163), y decisión de anulación de 16 de mayo de 1986 (*Journ.dr.int.* 1987, págs. 174-191). Según el Comité *ad hoc*, para la falta de aplicación del Derecho aplicable, y para la estimación como solución de equidad de la decisión del Centro, fue determinante el hecho de haber sido inaplicadas disposiciones fundamentales del Derecho de Indonesia, relativas a la obligación para el inversor de registrar una inversión extranjera en el Banco Central y de efectuar de forma íntegra la inversión pactada. El Tribunal arbitral procedió a la averiguación y al cálculo de la inversión sobre la base de *general accounting principles*, sin mayor detalle. La inaplicación del Derecho competente fue valorada por el Comité *ad hoc* no sólo en su aspecto formal, sino también en relación a la medida y a la gravedad de la inaplicación misma.

⁷⁷ Como señala A. Giardina, esta valoración resulta especialmente grave dada la frecuencia en los sistemas nacionales e internacionales de arbitraje de causas de nulidad que radican, precisamente, en el hecho de haber fallado los árbitros conforme a la equidad, y no según Derecho (A. GIARDINA: "La *lex mercatoria* e la *certezza*...", *cit.*, págs. 467-470).

No obstante, a la vista de otras consideraciones, tampoco resulta legítimo otorgar un valor absoluto a este punto de vista. De un lado, fuera de la peculiaridad del sistema CIRDI y del valor que éste atribuye a los principios del Derecho internacional, cierta doctrina estima que no sería del todo correcto considerar como basada en la equidad a una solución fundada en la aplicación de principios de la *lex mercatoria*⁷⁸. De otro lado, si el reproche práctico que se dirige a la *lex mercatoria* se funda en la inseguridad jurídica que lleva aparejada, este podría decaer cuando la aplicación de un principio de solución que pueda derivarse con claridad de la *lex mercatoria* aparezca como solución más razonable y previsible para las partes respecto a la consistente en la aplicación de un Derecho estatal⁷⁹. En este sentido, se trataría de hacer operar una especie de cláusula de escape del Derecho estatal, cuando la solución a través del mecanismo de la remisión a un sistema estatal no resulte satisfactoria. Ello podrá suceder, por ejemplo, cuando la dispersión de los elementos del contrato sea grande y la solución del Derecho estatal deje de ser previsible, o cuando sea difícil o imposible conocer la regla de Derecho aplicable al problema en litigio⁸⁰. Ahora bien, este apartamiento de la solución estatal sólo se

⁷⁸ Para P. Mayer, la aplicación del principio según el cual las convenciones se interpretan de buena fe, incluso sin mención de una regla más precisa, no podría ser equiparada a la equidad (P. Mayer: "Le principe de bonne foi...", *cit.*, pág. 549). Por otra parte, considerandola meramente formal, cierta doctrina insiste aún en afirmar que la sentencia *Klöckner* dejaría aún subsistente la cuestión de la existencia o no de un principio de la *lex mercatoria* en el sentido indicado por la primera sentencia (*vid.* Ph. Kahn: "Les principes généraux...", *cit.*, pág. 320; L. Huber: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 19-22). A esta línea de pensamiento se adscribe la decisión de la Corte Suprema de Austria de 18 de noviembre de 1982 que, al resolver el recurso de revisión interpuesto por *Pabalk* contra el fallo del Tribunal de Apelación de Viena que anulaba la sentencia arbitral dictada por la CCI en el asunto *Pabalk c. Norsolor* consideró que "al acordar indemnización por ruptura del contrato, los árbitros habían aplicado un principio inmanente de derecho privado, que no contraría ni viola ninguna de las disposiciones imperativas de la legislación en vigor en los dos Estados interesados; y que la aplicación por la jurisdicción arbitral del principio de equidad sin previa autorización de las partes, no constituye transgresión de los límites de su competencia". (*vid.* B. Goldman: "Batalla judicial...", *cit.*, págs. 2 y 7).

⁷⁹ En este sentido, E. Gaillard indica que toda la filosofía de las reglas transnacionales no tiene por objeto minimizar el papel de las normas de origen estatal, sino de evitar que soluciones que no han recibido un respaldo suficiente en Derecho comparado obsten a concepciones más generales admitidas por la Comunidad internacional (E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, pág. 27).

⁸⁰ Como indica E. Gaillard, cuando las conexiones con diversos países se encuentran muy dispersas, la aplicación de la solución más particularista podría generar sorpresas, mientras que aquella que corresponde al punto de vista más generalmente admitido podría constituir un factor de promoción de la seguridad jurídica (E. Gaillard: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, pág. 27). En la perspectiva de la codificación progresiva del Derecho transnacional, han de valorarse los recientes trabajos de la *International Law Association (Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Publication CCI, núm. 480/4, 1993)*, y del UNIDROIT (*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Roma, UNIDROIT, 1995*). Este último texto constituye un conjunto de 108 principios

justificaría, cuando ello promueva la seguridad jurídica, de modo que, si la averiguación de un principio o regla del comercio internacional plantea cierta problemática, no estaría justificado el apartamiento de la solución estatal.

articulados en forma de un *restatement* y acompañados de comentarios que explican el sentido de cada norma. En lo que ahora interesa, su preámbulo señala "estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato". Como indican las aclaraciones ofrecidas, "los principios pueden llegar a ser útiles en el supuesto en que el contrato se encuentre sujeto a un derecho nacional y resulte extremadamente difícil, si no imposible, establecer cuál es la regla de derecho aplicable al problema específico. En este supuesto se podría recurrir a los Principios para resolver la cuestión". No obstante, como se indica, "*recurrir a los Principios en sustitución del derecho nacional aplicable al caso debe ser un último recurso*". Y de otro lado, ante la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable, o ante el esfuerzo desproporcionado que implicaría su investigación, recurrir a los Principios tendría la ventaja, respecto a la aplicación de la *lex fori*, de evitar la aplicación de una ley que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las partes que para la otra.

Por estas razones, la operatividad de estos Principios en relación a las exigencias del comportamiento cooperativo parece más bien limitada. En este sentido, junto a otras disposiciones⁸¹, el artículo 5.3 de los Principios de UNIDROIT (Cooperación entre las partes) indica que "una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser *razonablemente esperada* para el cumplimiento de las obligaciones de esta última". Conforme a las aclaraciones vertidas, "aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte, también juega como un llamado a una cooperación activa entre las partes"⁸². No obstante, a falta de ulteriores concreciones, para la apreciación del contenido de este deber en el caso concreto será preciso realizar una valoración no tanto jurídica como de hecho. En suma, en la práctica, cuando las partes no hayan designado el Derecho aplicable, la aplicación por el arbitraje internacional de los principios del Derecho internacional a la hora de dictar sus soluciones, si bien no puede ser rechazada desde la perspectiva de su licitud, tampoco puede merecer una valoración positiva en todos los casos a la vista de la razonabilidad de sus resultados. Las exigencias del principio de seguridad jurídica y de previsibilidad aconsejan comenzar la determinación del régimen jurídico de los contratos de *joint venture* a través del razonamiento conflictual típico del DIPr. No obstante, aquellas exigencias actúan para dar o quitar vigor, según los casos, a los principios generales del Derecho acuñados en el ámbito del comercio internacional. Por una parte, cuando la previsibilidad de las partes quede orientada con claridad hacia un determinado Ordenamiento jurídico, parece difícil pensar que el árbitro pueda derogar, en nombre de la buena fe, o de las exigencias de un comportamiento leal, la aplicación de una normativa por el hecho de que se estime excesivamente severa⁸³, y no contemple, por ejemplo, ese deber de información recíproco, o no pueda obligar a la realización de aportaciones suplementarias. Por otra, en los supuestos en los que la solución del Derecho estatal deje de considerarse previsible para el caso, desde la perspectiva de la escasa vinculación del supuesto con un país, o de su conexión con

⁸¹ De un lado, el artículo 1.7 (buena fe y lealtad negocial) comporta que las partes, "aun en ausencia de una disposición específica en los Principios, deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato". De otro, el artículo 5.2 (obligaciones expresas e implícitas) indica como fuente de las obligaciones implícitas a la buena fe y a la lealtad negocial, así como al sentido común.

⁸² Del tenor de las aclaraciones vertidas, "la obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser razonablemente esperada), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato".

⁸³ P. Mayer: "Le principe de bonne foi...", *cit.*, pág. 549.

varios, de la dificultad en conferir a un sistema la determinación de la norma de conflicto aplicable, o de la dificultad en hallar el contenido del Derecho hallado, podría ser razonable que el árbitro *escapase* a la solución estatal, siempre que resulte con claridad la existencia de un principio del comercio internacional que pueda llenar esa regulación⁸⁴. Con todo, no habría que desdeñar las posibilidades ofrecidas de modulación del contrato ofrecidas por el Derecho estatal. En muchos casos, esta modulación encontrará una sede más apropiada en el ámbito de la flexibilidad que manifieste el Ordenamiento jurídico estatal que haya de ser aplicado, en cuanto de este modo será posible excluir cierta arbitrariedad, quedando plenamente fundadas en Derecho las obligaciones que puedan derivar del deber de lealtad. La operatividad del principio de buena fe, vigente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, prestaría un cauce adecuado para producir tales modulaciones⁸⁵.

III.- SUPUESTOS DE ADAPTACIÓN

1. Consideraciones generales

La proyección temporal de las operaciones de *joint venture*, cuya vigencia a veces se programa para decenas de años, incorpora a este tipo de contratación la problemática de la adaptación del contrato a la nueva situación que surja como consecuencia de un cambio de circunstancias que haya alterado el equilibrio contractual originario. Esa modificación fáctica puede originar, para una de las partes, una situación de excesiva onerosidad (*hardship*) en la ejecución del contrato por el tiempo restante, por lo que tendrá interés en solicitar una modificación en la parte afectada⁸⁶. Este tipo de situaciones, aunque no pueda afirmarse que sea

⁸⁴ De este modo de proceder resulta ilustrativo el procedimiento arbitral *Pabalk c. Norsolor*. El Tribunal arbitral "ante la dificultad de elegir la ley nacional (por la que se regía el contrato) cuya aplicación se impondría con fuerza suficiente (y cuya determinación inició con referencia al derecho internacional privado comparado) estimó que procedía, habida cuenta el carácter internacional del contrato, descartar toda referencia atinente a una legislación específica, sea turca o francesa, y aplicar la *lex mercatoria*". (vid. B. Goldman: "Batalla judicial...", *cit.*, pág. 1).

⁸⁵ A juicio de P. Mayer, dada la existencia en cada Estado de un cuerpo de jurisprudencia delimitadora del alcance del principio de buena fe, que podría no coincidir en cada Ordenamiento, sería preferible el recurso a la legislación estatal para completar o corregir, desde aquél principio, el contenido de la regla *pacta sunt servanda*. Cuando el principio de la buena fe se aplica a título de *lex mercatoria*, la conjugación de la flexibilidad de uno y otra no favorece la previsibilidad. Para el autor, habría que renunciar a la creencia ilusoria de que de ese principio podrían extraerse de forma rigurosa todo un cuerpo de reglas técnicas a partir de una noción moral así de vaga (P. Mayer: "Le principe de bonne foi...", *cit.*, págs. 555-556).

⁸⁶ Según doctrina autorizada, cuando las partes celebran un contrato suelen concurrir con ciertas expectativas y contando con ciertas suposiciones, que constan en el contrato, de forma expresa o

exclusivo, se da sobre todo en los contratos de *joint venture* concluidos entre sociedades de países desarrollados y sociedades de países en vías de desarrollo, normalmente sociedades estatales, habida cuenta de la pluralidad y diversidad de factores cuya variabilidad repercute sobre el equilibrio contractual.

implícita. El fundamento de la petición de modificación del contrato se encontraría así en la existencia de una expectativa contractual defraudada. *Vid.* W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 124. Distinto es el caso en que las expectativas o suposiciones iniciales han sido construidas de forma inexacta, por negligencia, error, o por falta de los estudios precisos. En estos casos, el descubrimiento del error no ha de comportar el derecho a la modificación del contrato.

Entre los motivos que subyacen a la petición de modificación del contrato pueden mencionarse, no de forma exhaustiva, los cambios en la esfera monetaria, económica, técnica o legal, los cambios tecnológicos, el desarrollo de nuevos mercados, o factores puramente comerciales. A estas razones hay que sumar también las nacionalizaciones realizadas por un Estado, el cambio en la política *antitrust*, o el cambio en el plan de desarrollo establecido por un país⁸⁷. De mayor relevancia jurídica se muestra la distinción entre causas de renegociación internas, directamente relacionadas con el acuerdo (*v. gr* percepción del desequilibrio en el contrato), y externas (*v. gr* problemas en la balanza de pagos), distinción que permitirá decidir, desde el punto de vista legal, si una parte puede liberarse de sus obligaciones y puede pedir la renegociación del contrato⁸⁸. Una situación particular de adaptación que frecuentemente suscitan las operaciones de *joint venture*, y que se distancia de los supuestos de *hardship*, viene dada por la petición de aportaciones suplementarias realizada por una de las partes. Estas aportaciones, como indicábamos, podrían quedar comprendidas en el deber de lealtad que presupone la relación de *joint venture*, que derivaría, como afirma cierta doctrina⁸⁹, directamente del dictado de los *principios comunes a las naciones civilizadas*. En razón de la forma en que tiene lugar la modificación del contrato de *joint venture*, resulta de interés distinguir entre adaptación por vía de renegociación, que es el caso más frecuente, y la adaptación realizada por el árbitro. Se trata de procedimientos que, aunque concurren en función, presentan una problemática muy distinta. A continuación esbozaremos, de forma separada, un breve análisis de las características esenciales de ambos procedimientos de adaptación contractual, aludiendo también al caso de la adaptación judicial.

2. Adaptación automática y cláusulas de renegociación

⁸⁷ *Vid.* W. Peter: "International Investment...", *cit.*, págs. 124-125.

⁸⁸ W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 125.

⁸⁹ *Vid. supra.*

De modo análogo a otros contratos de larga duración, los contratos de *joint venture* suelen disponer cláusulas que tienen por objeto modificar las previsiones originarias, a fin de adaptarlas a una nueva situación. Estas cláusulas, que manifiestan una fisonomía muy variable, han sido clasificadas por W. Peter en tres tipos básicos⁹⁰, en razón del cambio que producen sobre el contrato: por una parte, existe un grupo de cláusulas que permiten modificaciones del contrato siguiendo un procedimiento automático y predeterminado (*Adaptation clauses*)⁹¹. La previsión contractual no se detiene en la causa, sino que se extiende al cambio que ha de experimentar el contrato, de ahí el automatismo de la novación contractual cuando se produce la circunstancia prevista. La dificultad en prever todas estas situaciones, así como el hecho de que las técnicas de negociación contraíndiquen una discusión del contrato a ese nivel de detalle, determinan que estas cláusulas apenas lleguen a resolver los problemas de adaptación que pueden suscitar los contratos de larga duración; en segundo lugar, existe un grupo de cláusulas que produce un cambio radical, pues normalmente suponen la extinción o suspensión de la continuación del contrato (*force majeure clauses*); entre ambos tipos, existen otras cláusulas que se caracterizan por requerir un esfuerzo común de los contratantes, para acordar un cambio material en el contrato, con una extensión normalmente determinada en el momento de la conclusión (*renegotiation clauses*)⁹². Las cláusulas de renegociación, de mayor interés por ser muy frecuentes y por suscitar una problemática jurídica más compleja, son previsiones contractuales especiales. Se diferencian de las cláusulas de adaptación en que autorizan a las partes para solicitar un cambio en las obligaciones asumidas, en caso de variación de las condiciones de hecho con arreglo a las cuales se celebró el contrato y que modifican el primitivo equilibrio contractual, sin seguir un procedimiento automático y predeterminado. Su objetivo va mucho más allá de la mera integración de lagunas⁹³. Al contrario de lo que podría parecer, las cláusulas

⁹⁰ W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 127. En una clasificación dual, J.M. Dunné distingue también entre las cláusulas de *hardship* y las de fuerza mayor. *Vid.* J.M. Dunné: "Adaptation by renegotiation...", *cit.*, pág. 430. También *vid.* M.J. Bonell: "Arbitration as a Means for the Revision of Contracts", *cit.*, pág. 225.

⁹¹ Como indica L. Huber, en este caso se trataría más de la ejecución del contrato que de una modificación del mismo. L. Huber: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 24. También *vid.* L.O. Baptista: "Arbitragem e joint venture...", *cit.*, pág. 196.

⁹² Como indica J.M. van Dunné, estas cláusulas incorporan el deber de negociar para alcanzar la adaptación del contrato deseado por las partes. *Vid.* J.M. van Dunné: "Adaptation by Renegotiation Contractual and Judicial Revision of Contracts in Cases of Hardship", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht, 1986, Heidelberg*, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987, pág. 433.

⁹³ *Vid.* A.L. Arrigoni: "L'arbitrato e le clausole di compromesso negli statuti societari, nei patti

de renegociación favorecen la estabilidad contractual, dotando al contrato de mecanismos que permiten su sobrevivencia tras el hecho determinante del cambio de circunstancias⁹⁴.

parasociali, nei contratti e nelle joint ventures", *Rivista dei dottori commercialisti*, 1991, pág. 25. Algunos de los modos en que pueden manifestarse las cláusulas de *hardship* pueden verse en J.M. van Dunné: "Adaptation by Renegotiation...", *cit.*, pág. 431. La cláusula de *hardship* de la CCI es muy clara en este punto: "*the event wich gives rise to hardship must be one wich was not contemplated when the parties made their contract, but it need not be one wich the parties could not have taken into account*".

⁹⁴ En efecto, cuando un contrato no incluye una cláusula de renegociación, el derecho legal de renegociar dependerá, sólo y exclusivamente, de la ley que rija el contrato. En esta óptica, puede ser que la ley aplicable ofrezca un margen estrecho para la renegociación en relación a los contratos que no contienen esta cláusula, situación que no puede considerarse satisfactoria. Como afirma W. Peter, la experiencia muestra que los países anfitriones de la inversión renegociarán el contrato, a pesar de lo dispuesto por el contrato, o por la ley aplicable, incluso a pesar de que esta posibilidad quede expresamente excluida, por ejemplo a través de una cláusula de estabilización de las medidas políticas en materia de inversiones o en materia fiscal, por ejemplo. Si asumimos que los acuerdos de inversión de larga duración quedan sometidos a presiones políticas y económicas, la inclusión de cláusulas de renegociación favorecería la pervivencia de los contratos. Por otra parte, dicha cláusula jugaría en ambos sentidos, y no sólo en favor del país anfitrión, que se irroga este derecho incluso en defecto de cláusula específica. Tampoco sería de recibo la crítica de que tales cláusulas se prestan, por su propia naturaleza, a peticiones abusivas de modificadción del contrato. Todo lo contrario, la previsión de una cláusula de renegociación comporta la introducción de un elemento de estabilización del contrato, a la vista de que su propósito es regular y, consecuentemente, delinear su cambio. *Vid.* W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 129.

Lo más frecuente es que las cláusulas de renegociación mencionen los eventos o motivos que justificarán la solicitud de modificación contractual. Sin embargo, a veces dichos eventos quedan indeterminados. En defecto de acuerdo de las partes sobre el acaecimiento del motivo de renegociación, que puede ser frecuente en esas situaciones, la decisión sobre esta cuestión puede ser sometida a un tribunal, jurisdiccional o arbitral, en conformidad con lo establecido por el contrato para la resolución de controversias, en cuanto se trata de un problema de interpretación del contrato⁹⁵. Del mismo modo, conviene también que la cláusula de renegociación delimite, de la forma más precisa posible, la extensión de la eventual modificación del contrato.

Ante un supuesto de renegociación⁹⁶, surge para las partes la obligación principal de negociar, en aras de obtener una modificación del contrato que alcance, nuevamente, el equilibrio contractual perdido. La obligación de las partes consiste aquí en un deber de comportamiento, que se traduce en su concurrencia a las negociaciones, de buena fe, con ánimo de alcanzar un acuerdo. Esta cualificación del deber de renegociar comporta que dicha obligación no quede cumplida mediante la mera aceptación formal de las partes de entrar en negociaciones⁹⁷. Los supuestos de incumplimiento se extienden no sólo a los casos en que alguna de las partes se niega a negociar, sino a las situaciones donde una de las partes deja de considerar las propuestas razonables formuladas por su contraparte. Una y otra situación serán consideradas, al efecto de las correspondientes acciones y sanciones, como supuestos de incumplimiento contractual. Estas sanciones podrán ser acordadas por el árbitro cuando la cláusula de renegociación no haya establecido, directamente, una penalización. Es más frecuente, sin embargo, que iniciadas las negociaciones, las partes no alcancen un acuerdo. La cláusula de renegociación no conlleva la obligación de obtener un acuerdo. En caso de que la negociación fracase caben varias posibilidades, a saber, la suspensión o terminación del contrato, que no sería la

⁹⁵ W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 134.

⁹⁶ A juicio de J.M. van Dunné, la renegociación de los términos del contrato, conforme a las circunstancias que han cambiado, podría ser promovida por las partes incluso en defecto de cláusula contractual específica. *Vid.* J. van Dunné: "Adaptation by Renegotiation...", *cit.*, págs. 413 y ss.

⁹⁷ En el sentido expresado por la *International Court of Justice* en el caso *the North Sea Continental Shelf*: "The parties are under an obligation to enter into negotiations with a view to arriving at an agreement, and not merely to go through a formal process of negotiation as a sort of prior condition for the automatic application of a certain method of delimitation in the absence of agreement; they are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it".

solución más idónea⁹⁸, la posibilidad de una adaptación judicial o, por fin, una adaptación decretada por un árbitro o tercero interviniente.

⁹⁸ Como indica W. Peter, esta consecuencia no resulta apropiada fuera de los casos de *hardship*. Y es especialmente inconveniente en los contratos de inversión de largo plazo, donde los intereses respectivos de las partes se inclinan hacia el mantenimiento del proyecto. *Vid.* W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 135.

La renegociación sitúa a las partes en un terreno cercano precontractual, donde juegan, como hilos tensores, el interés en mantener la relación jurídica, de un lado, y el interés en no continuar en una situación de desventaja contractual, de otro. En la práctica, cobran valor fundamental el poder de negociación de la parte a la que se pide la adaptación, así como la mayor o menor necesidad de continuar con la relación jurídica⁹⁹. La mera amenaza de terminación del contrato puede ser, igualmente, un instrumento eficaz para promover la obtención de un acuerdo. En esta fase, como indica J.M. van Dunné¹⁰⁰, juega como factor a tener en cuenta la escasa prisa que tienen las partes en acudir a los tribunales, que son más proclives a afirmar que las partes quedan vinculadas por el contrato, tal cual, y que el principio de buena fe no podría llegar a modificar o desplazar lo establecido en el contrato, afirmándose la regla *pacta sunt servanda*. El éxito de la renegociación se verá favorecido mediante la utilización de mecanismos variados. Por ejemplo, las partes pueden designar a una persona para que las asista en el proceso de decisión, como un conciliador (*experto, referee*), cuya tarea será la de actuar como normalizador de una situación contractual que ha de ser adaptada a las nuevas circunstancias.

3. La figura del *third intervener*

⁹⁹ *vid.* J. van Dunné: "Adaptation by Renegotiation...", *cit.*, págs. 413 y ss.

¹⁰⁰ J.M. van Dunné: "Adaptation by renegotiation...", *cit.*, pág. 415.

En la práctica de la contratación internacional cada vez asume mayor relevancia la institución del tercero interviniente (*third party intervention*), de especial interés en la integración de lagunas contractuales. La actuación de esta persona no consiste en conciliar a las partes sobre una controversia que las mantiene divididas. La tarea del *third party intervener* se realiza en la fase previa, cuando aún no han surgido controversias, y las partes están discutiendo sobre la integración del contrato, y tratando de encontrar una solución para un extremo sobre el cual no se había pensado. Aunque podría dudarse si la intervención del tercero vale como arbitraje, la doctrina y la práctica parecen inclinarse hacia una respuesta negativa¹⁰¹, lo que determina importantes consecuencias. En efecto, el arbitraje exige el respeto de determinadas exigencias de procedimiento, la decisión constituirá una sentencia, provista de la autoridad de cosa juzgada, que goza de reconocimiento y ejecución en caso de que no sea cumplida voluntariamente, y podrá ser atacada mediante las vías de recurso previstas para las sentencias arbitrales. Por el contrario, al margen de una consideración arbitral, la decisión del tercero obtiene su fuerza de la voluntad de las partes y queda incorporada al contrato que debe completar o modificar. En caso de incumplimiento de la decisión del tercero, sólo cabrá ejercitar ante los tribunales una acción dirigida a verificar que se han respetado las condiciones de fondo y de forma del contrato¹⁰². Consecuentemente, el tercero no tiene el *status* de un árbitro y su decisión no es una sentencia arbitral ejecutable bajo las correspondientes reglas de reconocimiento y ejecución¹⁰³. No obstante, su labor podrá ser sometida a revisión de tribunales o árbitros.

En atención a la conveniencia en distinguir el procedimiento arbitral, dirigido a resolver litigios, del instituto que ahora analizamos, la CCI ha dispuesto procedimientos especiales para la revisión contractual. En 1978 la CCI publicó cláusulas estándar y reglas para la intervención del tercero, y ha establecido un *standing committee* para la regulación de las relaciones contractuales, que puede ser consultado para desingar un *third party intervener*¹⁰⁴. Las partes podrán apoyarse en

¹⁰¹ Vid. P. Sanders: "L'arbitrage dans les transactions commerciales a long terme", *Rev. Arb.* 1975, pág. 85.

¹⁰² Vid. B. Oppetit: "L'arbitrage et les contrats commerciaux a long terme", *Rev. Arb.* 1976, págs. 95-96.

¹⁰³ W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 141.

¹⁰⁴ Como indica M.J. Bonell, ante la dificultad en calificar a la intervención del tercero en el procedimiento de revisión de un contrato, como una forma de arbitraje en sentido tradicional, la CCI ha optado por dotar a la intervención del tercero de un régimen jurídico especial. Vid. M.J. Bonell: "Arbitration as a Means...", *cit.*, págs. 239 y ss. Por una parte, la CCI ha instaurado, como órgano

este tercero incluso en defecto de previsión en el contrato, sobre la base del principio de buena fe¹⁰⁵. La designación que las partes hayan dado a esta tercera persona (*referee, expert, arbitrator*), no ha de resultar determinante de la calidad de tercero interviniente, y servirá, a lo más, como un índice para la interpretación.

4. Adaptación judicial

encargado de resolver las lagunas contractuales, el llamado *Centro Internacional Técnico*, con funciones de control técnico preventivo, que queda al margen de la Corte de Arbitraje. Con lo cual, se entendería que los acuerdos de este Centro carecen de la fuerza ejecutiva propia del laudo arbitral. Por medio de este Centro, las partes de todo contrato disponen de unos expertos a nivel internacional, con la garantía de neutralidad y competencia que implica el respaldo de la Cámara, pero sin que su actividad se considere arbitral, sino puramente técnica. En el marco de la CCI también se ha prestado atención a la regulación de las relaciones contractuales y se ha creado un *Comité Permanente para la Regulación de Relaciones Contractuales (Rules of Contract Modification)* con la misión de asegurar la intervención de un tercero, que cumplirá la función que las partes le hayan confiado dentro de sus relaciones contractuales. De esta forma, se facilita la cooperación económica internacional, que no se verá frenada por lagunas contractuales, originarias o sobrevenidas al texto del convenio arbitral. El Comité permanente, a diferencia de lo que ocurre con el Centro Técnico Internacional, se encuentra ligado a la Corte de Arbitraje en cuanto que sus miembros deben pertenecer al mismo tiempo a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, la decisión del tercero no tiene carácter arbitral sino meramente contractual. La decisión del tercero podrá ser recurrida en arbitraje organizado según el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en función de que el tercero haya violado el Reglamento de Regulación de Relaciones Contractuales o se haya excedido de su misión. Si el árbitro comprobara que estos dos puntos han quedado garantizados, la decisión del tercero constituye parte del contrato y, en consecuencia, su actividad arbitral debe reconocer y mantener, en todo caso, la decisión de dicho tercero. Siendo parte del contrato, constituye la norma suprema del arbitraje, que debe ser respetada y aplicada por los árbitros. Sobre estos procedimientos, *vid.* C. Vaccà: "Standardizzazione dei Building contracts e nuove esperienze di composizione out-of-court delle controversie", *Il contratto internazionale d'appalto*, Milán, Egea, 1992, pág. 85.

¹⁰⁵ J.M. van Dunné: "Adaptation by Renegotiation...", *cit.*, pág. 436.

Frente a la situación tradicional en torno a esta cuestión, algunas jurisdicciones han comenzado a reconocer la virtualidad de la adaptación judicial del contrato. El principio según el cual las partes han de pasar por lo estipulado en el contrato, expresión del brocardo latino *pacta sunt servanda*, parece hoy haber entrado en crisis en algunas representativas jurisdicciones estatales, sobre todo en los casos de cambio imprevisible en el equilibrio contractual. En la jurisprudencia americana, por ejemplo, tanto se ha impuesto, como mandato, el deber de negociar de buena fe, como se ha procedido, directamente, a la modificación contractual a la vista de las nuevas circunstancias¹⁰⁶. En la jurisprudencia francesa el *leading case* viene constituido por la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París en el Asunto *Electricité de France v. Shell Française* de 1976. En dicha decisión, el tribunal remitió a las partes a la conclusión de un acuerdo, afirmando que en caso de que no llegaran a un acuerdo, el tribunal podrá decidir a la vista de las propuestas de las partes¹⁰⁷. E igualmente, en el asunto *Plas v. Valburg* de 1983, el Tribunal Supremo Holandés mantuvo que la terminación de las negociaciones de un contrato puede ser contrario a la buena fe, si las partes han llegado a una etapa, en la que se puede confiar en la conclusión del contrato como resultado de las negociaciones. En esta situación podrían concederse indemnización por lucro cesante. Si tal etapa no ha sido alcanzada, puede existir aún una obligación para la parte que se separa de las mismas de compensar, total o parcialmente, por los costes realizados por la otra parte durante las negociaciones. A juicio de J.M. van Dunné, existe un buen apoyo en la jurisprudencia para hacer vincular a las partes por los *standards* de buena fe en el proceso de negociación de la revisión del contrato bajo el cambio de

¹⁰⁶ La primera línea es la establecida en el asunto *Westinghaus Elec.Corp Unarion Contract Lititarino*. En este caso el tribunal entendió que la materia discutida era realmente un problema de negocios, y debería ser decidida como problema de ese carácter por los hombres de negocios, por lo que se remitió a la negociación de las partes. El tribunal expresó su esperanza de que las partes "*would enter into serious and intense negotiations and continue the ones that you have already commenced*". De igual modo, en el asunto *Florida Power & Light Co v. Westinghouse Elec Corp*, también se procedió de ese modo. La segunda línea enunciada fue la seguida en el asunto *Alcoa-case, Aluminium Co of america v. Essex Group Inc*. El tribunal decidió que "*a remedy modifying the price term of the contract in light of circumstances wich upset the price formula will better preserve the purposes and expectations of the parties than any other remedy. Such a remedy is essential to avoid injustice in this case*". El interés general que el tribunal estaba tratando de servir era la prevención de un quebrantamiento general de la vida comercial por la inflación, y la preservación de un importante mecanismo comercial, el contrato de larga duración. Esta decisión ha sido criticada. A juicio de cierta doctrina, el tribunal debería haberse interesado en el motivo por el cual falló la negociación, por si fue debido a la conducta impropia de una parte. El tribunal sólo habría debido imponer el precio como último recurso. *Vid.* J.M. van Dunné: "Adaptation by renegotiation...", *cit.*, págs. 428 y ss.

¹⁰⁷ En este caso, el choque con la doctrina de la *Cour de cassation* que prohíbe la revisión del contrato se evitó afirmando el tribunal que se trataba únicamente de reparar una cláusula de indexación que funcionaba mal. *Vid.* B. Oppetit: "Arbitrage jurisdictionnel...", *cit.*, págs. 322 y ss.

circunstancias¹⁰⁸. La modificación contractual dependerá de lo dispuesto por la ley aplicable al contrato, ley que decidirá si cabe o no la modificación del contrato y, en su caso, en qué extensión será admisible¹⁰⁹.

5. Adaptación arbitral

¹⁰⁸ *Vid.* J.M. van Dunné: "Adaptation by renegotiation...", *cit.*, pág. 423.

¹⁰⁹ *Vid.* W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 135.

La adaptación del contrato también puede ser conferida al arbitraje, para lo que bastará, normalmente, la existencia de una cláusula arbitral genérica¹¹⁰. No obstante, como indica P. Sanders, sería preferible la inserción en el contrato de una cláusula bien definida sobre las posibilidades de modificación del contrato por parte del árbitro, lo que evitaría dudas en torno al alcance de la cláusula general¹¹¹. El árbitro ante el cual se presente el conflicto habrá de estar también a lo dispuesto por la ley aplicable al contrato, que decidirá sobre sus poderes en relación a la modificación del contrato. En la práctica, sin embargo, la mayor libertad del árbitro para determinar el Derecho aplicable, e incluso la posibilidad que tiene de resolver en base a principios *extraestatales*, podría determinar también mayores posibilidades para la adaptación del contrato. Este es el sentido de las propuestas avanzadas por cierta doctrina, en las que el principio de buena fe en el comercio internacional otorgaría al árbitro especiales poderes para la adaptación del contrato¹¹². Obviamente, la cortapisa del Derecho aplicable desaparecerá, sobre todo, cuando las partes autoricen un arbitraje de equidad o una amigable composición, y esta posibilidad sea admitida por la ley aplicable al arbitraje.

¹¹⁰ No obstante, cabe la posibilidad de que las partes pretendan excluir su desacuerdo de los poderes del árbitro. Ello podrá lograrse mediante cláusulas del siguiente tenor: "*the parties agree that revision of a contract clause requires mutual consent and that the failure to agree to a proposed modification may under no circumstances give a right to ask for an arbitration pursuant to articles 35 to 44*". "*The failure of the parties to agree to any such revision shall not be a dispute subject to settlement by arbitration under article 23, however the parties shall continue as reasonable to consult with each other to reach a mutually agreeable revision*". En la mayoría de las ocasiones, sin embargo, los poderes del árbitro no se limitan de este modo.

¹¹¹ P. Sanders: "L'arbitrage...", *cit.*, 86.

¹¹² *Vid. supra.*

La doctrina ha discutido vivamente sobre la utilización del arbitraje como medio para la revisión de contratos, y sobre los poderes del árbitro de quien se requiere la modificación de un contrato cuya renegociación ha fracasado¹¹³. En relación a los poderes del árbitro hay que distinguir diversas actuaciones. En primer lugar, en la medida en que el árbitro examina si se cumplen las condiciones para la renegociación, claramente actúa dentro del ámbito de los poderes conferidos. En segundo lugar, en defecto de acuerdo entre las partes, el árbitro puede acordar daños y perjuicios sobre la base del incumplimiento de una parte, al rechazar de forma irrazonable los cambios propuestos por la otra parte, y adaptar directamente el contrato¹¹⁴. Tradicionalmente se ha discutido si el árbitro, en relación a los contratos de larga duración, posee el poder de imponer un acuerdo que las partes no han sido capaces de obtener¹¹⁵ y si, teniendo dicho poder, dicha tarea queda o no comprendida en la función judicial que están autorizados a ejercer¹¹⁶. Se trata de una polémica antigua, que tiene que ver con la caracterización, judicial o contractual, que se siga del arbitraje¹¹⁷.

¹¹³ Vid. P. Sanders: "La Technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats", *Netherlands Reports to the 10th International Congress of Comparative law*, Budapest, 1978, pág. 117; M.J. Bonell: "Arbitration as a Means for the Revision of Contract", *Italian National Reports to the 10th International Congress of Comparative law*, Budapest, 1978, pág. 221. N. Horn: "Neuverhandlungspflicht", págs. 221-243; *Archiv für civilistische Praxis* (1981), pág. 255; B. Oppetit: "Arbitrage jurisdictionnel et arbitrage contractuel: a propos d'une jurisprudence récente", *Rev. Arb.*, 1977, págs. 315-326.

¹¹⁴ W. Peter: "International Investment...", *cit.*, pág. 137. A juicio de J.M. van Dunné, el carácter razonable de la propuesta marcaría el punto de incumplimiento contractual. Vid. J.M. van Dunné: "Adaptation by renegotiation...", *cit.*, págs. 431 y ss.

¹¹⁵ En el asunto *Aminoil*, se planteó precisamente este problema. El tribunal arbitral consideró que "...generally speaking, a tribunal cannot substitute itself for the parties in order to make good a missing segment of their contractual relations -or to modify a contract- unless that is conferred upon it by law, or by the express consent of the parties". Pero denegó dicha jurisdicción al requerir el consentimiento de las partes. Vid. W. Peter: "International Investment...", *cit.*, págs. 137 y ss.

¹¹⁶ Estas mismas dudas fueron las que movieron a la CCI a desgajar procedimientos especiales, al margen del arbitraje en sentido estricto, para la integración de lagunas y la adaptación de contratos. Vid. *supra*.

¹¹⁷ A juicio de B.M. Cremades, que compartimos plenamente, en el fondo late una cuestión de filosofía jurídica relacionada con la caracterización para-procesal o contractual del arbitraje. En opinión del autor, "para los que quieren dar la garantía ejecutiva del laudo arbitral al complemento del contenido de un contrato, el derecho procesal aparecería como el peor enemigo del arbitraje. En la visión procesalista, no se entiende porqué se puede dar más valor que el puramente contractual a lo que precisamente consiste en un mero relleno del contrato, sin que tenga razón de ser el conceder al laudo arbitral una fuerza ejecutiva en aspectos que son pura y estrictamente contractuales. En resumen, la discusión se centra en torno a si el arbitraje es solución comercial o, por el contrario, solución procesal de los conflictos". B.M. Cremades: "El arbitraje en los contratos de ejecución duradera", *cit.*, págs. 96-97. Indicando el carácter demasiado dogmático y formal de una

Sin perjuicio de este debate, parece más recomendable enfocar los aspectos prácticos del tema, lo que se consigue reduciéndolo a un problema de determinación de las leyes que pueden afectar a la plena efectividad de una decisión arbitral dictada a fin de integrar o modificar un contrato¹¹⁸. En este sentido, son varias las leyes con vocación a intervenir. Entre ellas, la ley del país donde se emite el laudo y la ley del país donde se pretenda su reconocimiento. Por ejemplo, habrá que determinar si, según la ley del país donde se emite un laudo, integrando una laguna contractual, los tribunales de ese país se limitarán a revisar cuestiones de parcialidad o de fraude, o si entrarán en la consideración del carácter razonable de la sentencia, confirmándola sólo cuando pueda reputarse con ese carácter. Igualmente interesará saber si los tribunales del exequátur del laudo que integre una laguna contractual, lo denegarán por ser el litigio no arbitrable según la ley de ese país, o por ser contrario al orden público¹¹⁹. En lo que afecta a la aplicabilidad de los convenios internacionales suscritos en materia de arbitraje internacional, no existe unanimidad en la doctrina sobre la interpretación que haya de proceder, dada la ausencia de indicaciones en tales convenios. Para E. Loquin y A.J. van der Berg, las decisiones que no son consideradas como resultado del poder del arbitraje en el país de origen, no quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958, no disfrutando de este régimen de reconocimiento y ejecución¹²⁰. Por el contrario, en el parecer de B.M. Cremades, el tema no está tan claro en los convenios, por lo que los tribunales de cada país que deban analizar los laudos arbitrajes extranjeros, utilizarán los criterios propios de su ordenamiento para ver si cabe o no, dentro de los convenios internacionales, amparar la concesión del exequátur a aquellos laudos procedentes de un país extranjero y que supongan un complemento o integración del contrato. Lo contrario, sería tanto como dejar una libertad excesiva en manos de los jueces controladores de la entrada y eficacia de laudos extranjeros en cada uno de los países¹²¹. En todo caso, parece asumible la recomendación que

¹¹⁸ Vid. B.M. Cremades: "El arbitraje en los contratos...", *cit.*, pág. 97.

¹¹⁹ Vid. H.M. Holtzmann G.V.E. Bernini: "Cas d'hypothese pour illustrer l'utilisation qui est faite de l'arbitrage pour combler les lacunes dans les contrats commerciaux internationaux à long terme", *Revue de l'Arbitrage, Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, 1975, pág. 13.

¹²⁰ E. Loquin: "les pouvoirs des arbitres internationaux a la lumiere de l'evolution recente du droit de l'arbitrage international", *Journal du Droit international*, 1983, pág. 293. A.J. van der Berg. *The new York arbitration convention of 1958*, 1981, pág. 46.

¹²¹ Vid. B.M. Cremades: "El arbitraje en los contratos...", *cit.*, pág. 98. En nuestro Derecho, frente al dictado de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 1953, que en su artículo 2 disponía "no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga

hace P. Sanders, en el sentido de unir a la cláusula arbitral otra según la cual, en caso de que el derecho aplicable al contrato o el derecho del país donde se solicita la ejecución del laudo, éste no pueda ser considerado como laudo arbitral, dicha decisión vinculará a la partes como decisión pronunciada por terceras personas, no árbitros, y podrá ser sometida al arbitraje, si es manifiestamente injusta.

para resolver un conflicto pendiente sino para completar o integrar una relación jurídico aún no definida totalmente", la redacción de la nueva Ley de 5 de diciembre de 1988 no parece excluir que se conceptúe como arbitraje la integración de lagunas contractuales, o la revisión del contrato.