



Revista Boliviana de Derecho

ISSN: 2070-8157

revistarbd@gmail.com

Fundación Iuris Tantum

Bolivia

Reig Fabado, Isabel

OBRAS DE INFRAESTRUCTURA BAJO FINANCIACIÓN PRIVADA: LA EXPERIENCIA  
EUROPEA DEL PROYECTO EUROTÚNEL FRENTE AL PROYECTO ARGENTINO-  
BOLIVIANO DEL GASODUCTO

Revista Boliviana de Derecho, núm. 6, julio, 2008, pp. 133-154

Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz, Bolivia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539906008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# OBRAS DE INFRAESTRUCTURA BAJO FINANCIACIÓN PRIVADA: LA EXPERIENCIA EUROPEA DEL PROYECTO EUROTÚNEL FRENTE AL PROYECTO ARGENTINO-BOLIVIANO DEL GASODUCTO

Isabel Reig Fabado\*

SUMARIO: 1.- Introducción. 1.1. Antecedentes. 1.2. Rasgos generales. 2.- La determinación del derecho aplicable en el caso Eurotúnel. 2.1. La cláusula de determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel. 2.2. La denominada doctrina del tronco común. 2.3. El reconocimiento por parte del juez estatal de la solución adoptada. 3.- La resolución de controversias en el asunto Eurotúnel. 3.1. Introducción. 3.2. El Comité de expertos del Eurotúnel. 3.3. Los arbitrajes Eurotúnel. 3.4. La intervención de los tribunales estatales en el asunto Eurotúnel. 4.- Conclusiones.

## 1.- Introducción

En junio de 2005 los presidentes Kirchner y Morales se reunieron para firmar los acuerdos que fijaban los precios de venta del gas boliviano a Argentina. En esta reunión se acordó impulsar la construcción de una obra civil de infraestructura afectante a los dos países de gran envergadura: el *Gasoducto del Noreste Argentino (GNA)*, en el eje Mercosur-Chile. Un gasoducto de más de 1500 km. de longitud que atravesando el sur de Bolivia y las provincias del norte de Argentina incrementa de manera capital el volumen de venta de gas entre Argentina y Bolivia.

La financiación de este proyecto de una cuantía superior a los 1000 millones de dólares afecta a los dos Estados implicados y se prevé, en un alto porcentaje, la intervención de la financiación privada (Repsol y Techint).

En Bolivia, asimismo, se inició en el año 2000, la licitación para la primera concesión privada de autopistas con el proyecto Santa Cruz-Los Troncos a las que siguieron otras en años posteriores donde se licitan varios miles de km. Lo cierto es que el gobierno boliviano pretende articular la red de infraestructuras a través del Programa de Política Nacional de Concesiones

---

\* Profesora Asociada de Derecho internacional privado  
Universidad de València

de Obras Públicas que abre la puerta a las inversiones privadas que podrán recuperar su inversión y realizar los beneficios a través de la explotación de la obra una vez terminada. La reorganización del Servicio Nacional de Caminos (SNC) prevé la intervención de organismos como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial.

No cabe duda que la financiación privada de las obras de infraestructura se presenta como un recurso en la vertebración de la red de infraestructuras. En el ámbito europeo, esta vía ha gozado de un alto grado de aceptación en diferentes países que encuentra su precedente más importante en la realización del túnel subterráneo del Canal de la Mancha que conectaba a Reino Unido con Francia. El análisis de los distintos aspectos jurídicos de este proyecto se presenta como revelador en medio del debate en torno a las vías de financiación de este tipo de obras.

Así, el 6 de mayo de 1994, la Reina Isabel de Inglaterra y François Mitterrand, presidente de la República Francesa, inauguraban el túnel subterráneo del Canal de la Mancha que une Francia y Reino Unido materializando un proyecto perseguido durante siglos.

El asunto del túnel del Canal de la Mancha –conocido como *Channel Tunnel* o *Eurotunnel*– se presenta como un fenómeno cuya trascendencia económica, política, técnica y jurídica lo han convertido en un proyecto conocido, desde un punto de vista social, que presenta –a su vez– aspectos jurídicos muy interesantes<sup>1</sup>. Así, desde la perspectiva técnica, se trata de un túnel de 50 Km. de longitud, de los que 39 Km. están por debajo del mar –la vía submarina más extensa del mundo–. Y desde el plano comercial, el transporte de pasajeros, entre 1994 y 2000, había alcanzado la cifra de 57 millones de personas (cifra equivalente a la población de Reino Unido).

Se trata de un proyecto de infraestructura de obra pública bajo financiación privada, que cuenta con un contrato internacional de ingeniería en el que se utiliza el contrato modelo de la asociación internacional profesional más importante en el ámbito de la ingeniería: la *Fédération Internationale des Ingenieurs Conseils* (FIDIC)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Asunto del que se afirma que no necesita “ninguna presentación”. Vid. WRIGHT, P.: “Innovative Solutions to Resolving Disputes in Public Private Partnerships in the United Kingdom: the Channel Tunnel Rail Link –a Case Study of ‘Re-engineering’-”, *International Construction Law Review*, 1999, pp. 505-532, p. 505.

<sup>2</sup> La importancia del asunto Eurotúnel se manifiesta, también, como un referente en las operaciones internacionales de obras de infraestructura con financiación privada. También en nuestro país, donde, actualmente y por primera vez, se va a construir una línea ferroviaria con capital privado, en régimen de concesión. Para ello, recientemente, se ha seleccionado

Estas circunstancias nos servirán como catalizador y guía en el análisis de la práctica del contrato internacional de ingeniería y en el estudio de dos problemas clásicos del Derecho internacional privado: el Derecho aplicable a una situación jurídica internacional y la resolución de controversias que puedan surgir en el desarrollo de la misma.

Este precedente muestra cómo el contrato de ingeniería se presenta, actualmente, como ejemplo de la revolución que se ha producido en el comercio internacional con el creciente dinamismo e internacionalización del tráfico jurídico, consecuencia del “incremento cualitativo y cuantitativo del comercio”<sup>3</sup>. Este efecto se ve aumentado de forma espectacular por el desarrollo tecnológico y la incidencia de la financiación privada<sup>4</sup>, que no ha sido seguido de una respuesta jurídica adecuada<sup>5</sup>.

### ***1.1.- Antecedentes***

Conviene recordar que la realización de un túnel subterráneo que uniese Francia e Inglaterra por debajo del Canal de la Mancha, respondía a una larga historia. Desde su primera propuesta en 1802, hasta 1970, se habían sucedido los distintos proyectos que, desde ambas partes, proponían su construcción, con numerosos intentos de llevarlo a cabo, el último en 1975, fracasado por el excesivo coste que suponía para el Estado inglés la realización de una vía férrea especial que uniese Londres con el túnel del Canal y que se consideraba como parte fundamental del proyecto. Se trata del proyecto ferroviario más

---

al consorcio internacional denominado Euroferro, formado por la constructora española Dragados y la francesa Bouygues para negociar la adjudicación de la línea ferroviaria de alta velocidad (AVE) hispano-gala. El presupuesto inicial del tramo Figueres-Perpignan —de 45 km.— se sitúa en 714 millones de euros y los gobiernos español y francés se comprometen a poner en funcionamiento en 2005, con 3,5 millones de usuarios en el primer año. Euroferro debe negociar con la Comisión Intergubernamental hispano-francesa el contenido del futuro contrato de construcción y de concesión, por un periodo de 50 años. Si no se alcanza un acuerdo se pasará a negociar con el segundo candidato del Informe del Comité de examen de ofertas. Se trata de un contrato al que han optado las principales constructoras españolas (Ferrovia, ACS, FCC con OHL y Necso con Sacyr), como parte de otros consorcios hispano-franceses. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 12 de julio de 2002.

<sup>3</sup> *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C. (Coord.) y OTROS: *Contratación internacional (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 54.

<sup>4</sup> Respecto a la financiación privada, en el caso español, el Plan de infraestructuras del gobierno prevé que un 21% del total de fondos previstos para acometer las obras de infraestructura de las Administraciones Públicas provendrá de la iniciativa privada. *Vid.* Diario EL PAÍS, sección economía, de 8 de junio de 2002.

<sup>5</sup> *Vid.* CAVALLLO BORGIA, R.: *Il contratto di Engineering*, Padova, Cedam, 1992, p. 1. La autora califica el “fenómeno *engineering*” en este contexto de evolución tecnológica de los últimos decenios como emblemático en el marco de las nuevas técnicas contractuales innovadoras del mercado internacional.

importante realizado en el Reino Unido durante el siglo XX, y el ejemplo de creación de una red ferroviaria europea común sin precedentes<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta, no obstante, que Reino Unido bloqueó su ejecución entre 1882 y 1955, atendiendo a razones de seguridad nacional. Es a mediados de la década de 1980, y después de 27 intentos a lo largo de casi dos siglos<sup>7</sup>, cuando cristaliza el proyecto definitivo que acabaría con la construcción de una de las obras de infraestructura más importantes de Europa, de indudable magnitud económica y técnica y con un número considerable de sujetos implicados en su ejecución<sup>8</sup>. Un túnel de dos vías que ofrece dos servicios: por un lado, el traslado de vehículos en vagones entre Francia y Reino Unido y, por otro, un servicio ferroviario de pasajeros entre algunas de las principales estaciones europeas (Londres, París y Bruselas).

## **1.2. Rasgos generales**

El supuesto del Eurotúnel representa un caso paradigmático de contratación internacional de ingeniería de notable relevancia económica, política y jurídica. Como tal, combina elementos de gran complejidad: un proyecto de ingeniería internacional a largo plazo, relativo a una obra de infraestructura relacionada con el transporte público, con un procedimiento de licitación.

Desde una perspectiva económica, una de sus características fundamentales consiste en la financiación privada de la obra<sup>9</sup>, si bien, a pesar de que no participaban fondos públicos, aparecen involucrados, tanto el Estado francés, como el inglés<sup>10</sup>. Aunque, desde el primer momento, ambos Estados insistieron en que no iban a asumir una función económica en este supuesto<sup>11</sup> (es más, se señala la insistencia del denominado *Thatcherismo* en no invertir dinero público en esta obra de infraestructura)<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Vid. WRIGHT, P.: "Innovative Solutions to...", *cit.*, p. 505.

<sup>7</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of the Channel Tunnel" *Parliamentary Affairs*, pp. 189-204.

<sup>8</sup> Vid. GUILLEMIN, J., F.: "Le tunnel sous la manche: confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 403-412.

<sup>9</sup> Vid. DAVIES, M.: "Dispute Resolution in...", *cit.*, p. 12.

<sup>10</sup> Vid. NASLIN, J.: "A Completely New Legal Experience", *International Business Lawyer*, enero 1999, p. 7 y ss.

<sup>11</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 192.

<sup>12</sup> De hecho, se afirma que este caso demuestra que el sector privado puede imponerse con éxito al sector público en un ámbito tradicionalmente dominado con poca fortuna por este último. Vid. HOLLIDAY, I.: "The Politics of...", *cit.*, p. 192.

Las cifras arrojan unos resultados de 225 bancos participantes y 750.000 accionistas<sup>13</sup>. Además, se creó un consorcio de contratistas ingleses y franceses para la construcción del Eurotúnel<sup>14</sup>.

Políticamente, el asunto Eurotúnel se presenta como un proyecto privado en función de una decisión política<sup>15</sup>. De hecho, el debate político se presentó de forma distinta en ambos países. Mientras que en el Reino Unido se centraba la atención en la financiación privada del proyecto, en Francia se atendía a los efectos colaterales del mismo en la economía del país, esto es, su afección económica a nivel regional. Este planteamiento diferente explica que en Francia las autoridades locales aparecieran implicadas desde el primer momento, no siendo así en el Reino Unido, en el que las negociaciones se concentraron en el *Department of Transport*, quedando vinculado el condado de Kent a partir de 1984, cuando ya se habían tomado muchas de las decisiones importantes. En cualquier caso, las políticas de los dos países eran distintas por las diferencias existentes entre ambos sistemas y la desigual situación económica de las regiones implicadas: el condado de Kent –rural- y la región de Nord-Pas de Calais –industrial- que se manifestaban pasiva y entusiásticamente, respectivamente<sup>16</sup>.

Desde una óptica jurídica, las características más importantes de la operación se refieren a su carácter internacional<sup>17</sup>, circunstancias que convierten al caso *Eurotunnel* en una “unique legal experience”<sup>18</sup>. Así, los rasgos más destacables del proyecto establecen la estructura del análisis del contrato internacional de ingeniería en el seno de este trabajo.

En primer lugar, como ya hemos apuntado, el modelo contractual utilizado era de la FIDIC –*civil conditions*–, un contrato internacional de ingeniería muy utilizado en las operaciones internacionales que, junto con otros modelos contractuales, se analizará detenidamente en la primera parte de este trabajo.

En segundo término, el contrato presenta particularidades en materia de Derecho aplicable, el contrato del Eurotúnel cuenta con una cláusula de

<sup>13</sup> Vid. MORTON, A.: “The Greatest Tollgate in the World”, *International Business Lawyer*, enero 1999, p. 7.

<sup>14</sup> Vid. SEPPALA, C.-GOGK, D.: “Multy-Party Arbitration under...”, *cit.*, p. 9.

<sup>15</sup> Vid. HOLLIDAY, I.-MARCOU, G.- VICKERMAN, R.: *The Channel Tunnel. Public Policy, Regional Development and European Integration*, Londres, Belhaven Press, 1991, p. 30.

<sup>16</sup> Vid. HOLLIDAY, I.: “The Politics of...”, *cit.*, p. 201.

<sup>17</sup> Vid. MARCOU, G.-VICKERMAN, R.-LUCHAIRE, Y.: *Le tunnel sous la manche entre Etats et marchés*, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 15.

<sup>18</sup> Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p. 10.

determinación del Derecho aplicable que puede calificarse de inusual en busca de una solución conciliadora. Así, en ella se establecía como tal los principios comunes del Derecho francés y del inglés y, en su defecto, los principios generales del comercio internacional, bajo la hipótesis de la aplicación de una ley “indeterminada”<sup>19</sup>.

Finalmente, la cuestión de la resolución de controversias en el asunto del Eurotúnel se presenta como el ejemplo mejor conocido<sup>20</sup> en materia de mecanismos prearbitrales y se ha calificado como “original arrangements”<sup>21</sup>, por razón de la importancia del proyecto y la repercusión de la sentencia inglesa de la *House of Lords* que ponía fin a una de las controversias<sup>22</sup>. Estos mecanismos prearbitrales son muy utilizados en estos contratos y serán, asimismo, objeto de análisis en este trabajo.

Como decimos, el desarrollo de la obra, dio lugar a numerosos conflictos, que terminaron en una decisión del alto tribunal inglés. El análisis de este supuesto permite observar la complejidad de los contratos internacionales de ingeniería, los problemas que plantea la práctica y la dificultad/necesidad de convergencia entre dos sistemas jurídicos diferentes, como son –en este caso– el inglés y el francés<sup>23</sup>.

Un esfuerzo de cooperación resultaba absolutamente necesario, la colisión de sistemas jurídicos diferentes, la importancia del Derecho escrito en la esfera del ordenamiento francés o la del precedente jurisprudencial en el sistema inglés. Estas diferencias llevaron a diseñar un sistema de negociación entre los equipos de abogados francés e inglés en el que la búsqueda de argumentos jurídicos se realizaba por escrito con un método limitado: una introducción, dos partes como máximo y una conclusión<sup>24</sup>.

La concurrencia de las dos nacionalidades implicaba una dificultad en materia de gestión del proyecto. Por un lado, resultaba más eficaz la idea de un solo órgano de gestión; por otro, no podía dejarse de lado la participación de nacionales de ambas partes en materia de dirección, ejecución o riesgo

<sup>19</sup> Vid. WEINTRAUB, R.J.: “*Lex Mercatoria* and the Principles of International Commercial Contracts”, *International conflict of laws for the third millennium. Essays in honour of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational publishers, 2000, pp. 141-156, esp. p. 145.

<sup>20</sup> Vid. KENDALL, J.: “Role of the...”, *cit.*, p. 8.

<sup>21</sup> Vid. NASLIN, J.: “A Completely New...”, *cit.*, p.15.

<sup>22</sup> Vid. Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd and Others (1993) AC 334.

<sup>23</sup> Vid. MORTON, A.: “The Greatest Tollgate...”, *cit.*, p. 27.

<sup>24</sup> Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking for Common Principles in French and English Law”, *International Business Lawyer*, enero 1996, pp. 22-25.

que hubiera descompensado el equilibrio contractual entre las dos partes. La solución se basó en la participación de nacionales de los dos países con la búsqueda de una coherencia jurídica, de una unión contractual. Este intento de fusión se concretaba en la celebración de un contrato y la elección de una jurisdicción y un Derecho aplicable, pero lo cierto es que, pese a este esfuerzo no llegó a producirse la compenetración perfecta entre dos sistemas jurídicos diferentes<sup>25</sup>. Con todo, la impresión que resulta de la experiencia es que cada parte consideró como óptimo su propio sistema jurídico: el inglés por su carácter práctico, el francés por su certidumbre jurídica y la comodidad de recurrir a la norma escrita.

## **2.- La determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel.**

El análisis del marco jurídico de la operación del túnel de Canal de la Mancha es necesario en cuanto demuestra el grado de complejidad que presenta, a nivel jurídico, la realización de una obra de ingeniería de esta envergadura. La implicación de dos Estados y la existencia de diversos instrumentos jurídicos, como se ha visto, nos obligan a centrar el estudio de los problemas del Derecho internacional privado –en concreto, el Derecho aplicable y la resolución de controversias- en el contrato internacional de ingeniería, que es, en definitiva, el objeto de este trabajo.

Concretamente, en materia de derecho aplicable, el asunto Eurotúnel, como veremos, plantea la reflexión sobre la elección por las partes, que huyen de sus respectivos Derechos nacionales –el francés y el inglés (con los que presenta mayores vínculos el contrato), en busca de una solución neutral. En este caso, optan por los principios comunes de los dos sistemas –paradójicamente, como muestra del sistema anglosajón y del continental o de derecho civil-. Y, en su defecto, los principios del comercio internacional, aplicados por los tribunales nacionales e internacionales.

Esta posición de las partes en una operación tan paradigmática como la del asunto Eurotúnel, obliga a plantear la operatividad de estos principios, frente a las respuestas que ofrece la normativa conflictual presente en los distintos sistemas estatales. De ahí que el análisis de la operación de la determinación del derecho aplicable en el asunto Eurotúnel, el contrato internacional de ingeniería comercial más importante realizado en Europa en los últimos años, nos sirva como punto de partida para el estudio de la *Lex Mercatoria* en este

<sup>25</sup> Vid. GUILLEMIN, J., F.: "Le tunnel sous..., cit., p. 408.



sector –cap. II- y su interrelación con las normas de derecho internacional privado –cap. III-.

### ***2.1. La cláusula de determinación del Derecho aplicable en el asunto Eurotúnel.***

En este proyecto internacional de ingeniería complejo y a largo plazo aparecen involucrados dos sistemas jurídicos diferentes, con un número considerable de sujetos implicados y cientos de subcontratistas de distintas nacionalidades. En este contexto, la cláusula de determinación del Derecho aplicable ha sido introducida con una filosofía de fondo que pretendía evitar una opción expresa de decantación entre las dos alternativas.

En concreto, la cláusula 68 del contrato internacional de ingeniería establecía como Derecho aplicable al contrato los principios comunes de Derecho inglés y francés y, en su defecto, los principios generales del comercio internacional tal y como los definen los tribunales nacionales e internacionales. Literalmente: *La construcción, validez y ejecución del contrato deberán regirse e interpretarse, en todos los aspectos, de acuerdo con los principios comunes al Derecho inglés y francés, y en ausencia de estos principios comunes, por los principios generales del comercio internacional, tal y como se han aplicado por los tribunales nacionales e internacionales. Sujeto, en todo caso, respetando las obras que deban ejecutarse en territorio francés o inglés del lugar de la obra, a las respectivas normas imperativas (orden público) francesas e inglesas*<sup>26</sup>.

*Una cláusula de esta naturaleza plantea múltiples cuestiones y problemas prácticos. Evidentemente, el aspecto más interesante se presenta en ausencia de principios comunes entre los dos sistemas (no siendo una hipótesis descartable desde el punto de vista de la confrontación de dos ordenamientos que se erigen como representantes de dos modelos, en ocasiones, antagónicos. Y, además, se añadía que, en caso de recurrir a un principio del comercio internacional, debía haber sido aplicado por tribunales nacionales e internacionales*<sup>27</sup>.

*El hecho es que se pretendía eludir el recurso a uno de los dos ordenamientos jurídicos involucrados para la consecución de una solución neutral, una*

<sup>26</sup> La cláusula 68 del contrato establecía: the construction, validity and performance of the Contract shall in all respects be governed by an interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject in all cases, with respect to the Works to be respectively performed in the French and in the English part of the Site, to the respective French or English public policy (ordre public) provisions.

<sup>27</sup> Vid. NOUEL, P.: "Cartesian Pragmatism: Looking..., cit., p. 23.

suerte de “acrobacia” para decidir que siempre existía un principio común en la materia objeto de disputa. Un modelo como éste, creado para encontrar puntos comunes entre ambos sistemas acercándose a los principios básicos de cada uno de ellos que inspiran las normas (incluso, en los casos en que éstas eran diferentes o contradictorias) para poder realizar una aproximación hasta la consecución de un principio común<sup>28</sup>.

La reconducción del régimen rector del contrato a una serie de principios comunes nos lleva a plantearnos, como veremos más adelante, dos grandes cuestiones en materia de Derecho aplicable. Por un lado, el método utilizado y su relación con las técnicas de regulación que hemos citado: *Lex Mercatoria* y normas de conflicto estatales, en ausencia de normas sustantivas. Y, por otro, la existencia de una serie de principios comunes en el ámbito de la ingeniería que, también, trataremos de analizar.

## **2.2. La denominada doctrina del tronco común.**

En materia de Derecho aplicable, y concretamente referido a la cláusula de determinación del mismo, se considera que la disputa del *Channel Tunnel* es un buen ejemplo de aplicación de la denominada doctrina del tronco común –*trunc commun doctrine*–<sup>29</sup>. El punto de partida de esta teoría se sitúa en la elección negativa del régimen rector del contrato. Esto significa que las partes han descartado la aplicación de sus propios Derechos nacionales, e incluso, de un tercero neutral. Y si las partes excluyen estas posibilidades es que su deseo consiste, precisamente, en la inaplicación de los ordenamientos jurídicos estatales.

El paso siguiente en esta argumentación consiste en preguntarse si entonces deben aplicarse las normas de conflicto para la determinación del Derecho aplicable al contrato, que, probablemente, nos llevarían a alguno de los ordenamientos excluidos por la voluntad de las partes. Debe pensarse que esta exclusión suele atender al temor que subyace en la idea que la aplicación del Derecho nacional de la otra parte en el contrato puede llevar a soluciones totalmente desconocidas para la otra y que puede perjudicar sus propios

<sup>28</sup> Tarea calificada, esta vez, de “milagro” diario: *daily miracle*. Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, cit., p. 25.

<sup>29</sup> Esta doctrina se elabora a finales de la década de 1980 por el prof. RUBINO-SAMMARTANO y cuenta con precedentes arbitrales como son los laudos de la CCI en los asuntos 2886/1977, 3327/1981 y 1990/1972 y con precedentes jurisprudenciales en sentencias nacionales del Reino Unido (*Court of Appeal* de 23 de marzo de 1987) y de Mónaco (*Court of Appeal* de 28 de junio de 1988). Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: “The Channel Tunnel and the Trunc Commun Doctrine”, *Journal of International Arbitration*, 1993, núm. 10, pp. 59-65.

intereses económicos. Pero no todas las normas difieren de un ordenamiento jurídico a otro, de modo que pueden encontrarse aspectos comunes en dos legislaciones que no resulten extrañas a los sujetos del contrato, puesto que coinciden con lo establecido en su propia legislación

A modo de ejemplo, se aceptó, en términos generales, el principio *pacta sunt servanda* como común a los sistemas inglés y francés y que la doctrina de la *exception d'inexécution* era un principio general común del Derecho del comercio internacional<sup>30</sup>.

Estas disposiciones comunes configuran el denominado “tronco común” – como conjunto normativo- y constituirían el derecho aplicable al contrato, sin que ninguna de las partes se considerara perjudicada por la aplicación de una regulación que desconocía y que, eventualmente, podría serle desfavorable. El problema que plantea esta teoría que, en principio, pretende un acercamiento máximo a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al contrato, es, precisamente, qué hacer con los aspectos que no quedan cubiertos por las disposiciones comunes de los Derechos nacionales de las partes en el contrato. Esto es, aquellas materias sobre las que no existen disposiciones comunes; las que quedan al margen del tronco común. En ocasiones, estas cuestiones pueden resultar de gran importancia para la vida del contrato e, incluso, para la resolución de las disputas surgidas con base en él.

En este punto, la solución que propone esta teoría, en el intento de aproximarse al máximo a la voluntad de las partes, es que el árbitro, en ausencia de principios comunes entre los Derechos nacionales, debe acudir a los usos comunes que compartan ambos sistemas.

La doctrina del Tronco común no se puede considerar como equivalente de la *Lex Mercatoria*. RUBINO-SAMMARTANO sostiene que ésta opera como elección expresa o tácita, mientras que la *Lex Mercatoria* reduce su operatividad a la ausencia de elección del Derecho aplicable, pero además carece de fuerza obligatoria al consistir en los principios comunes que existen en el ámbito del comercio internacional. Sin embargo, afirma que los principios comunes que se denominan tronco común sí que se erigen como un cuerpo obligatorio de normas jurídicas y puede aparecer en escena como consecuencia de una elección tácita o expresa por las partes y no es un mero recurso residual en ausencia de elección. Es más, se afirma que la *Lex Mercatoria* se presenta como un instrumento subsidiario al denominado tronco común, puesto que opera en el caso en el que este último no pudiera aplicarse.

<sup>30</sup> Vid. SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering...*, cit., p. 132.

Nos encontramos, pues, ante un método de determinación del Derecho aplicable a un contrato al alcance de la voluntad de las partes, que implica la exclusión de los Derechos nacionales y la remisión a unos principios comunes. Esta es, precisamente, la solución prevista en el contrato del Eurotúnel, que, además, establece, subsidiariamente, la aplicación del *ius ingeniorum*. Por tal razón, nuestro análisis deberá atender, como veremos, a la relevancia de los principios comunes y de la *Lex Mercatoria* en el ámbito de la ingeniería.

### ***2.3. El reconocimiento por parte del juez estatal de la solución adoptada.***

Las consideraciones anteriormente formuladas tuvieron su respaldo, en este asunto concreto, en el ámbito jurisdiccional estatal que reconoció la virtualidad de la autonomía de la voluntad. En este sentido, la judicialización del asunto del *Channel Tunnel* se produjo al presentar la parte del contrato de los clientes –Eurotúnel– una demanda en la *High Court of Justice* inglesa solicitando una medida cautelar para evitar que la parte contratista paralizase las obras de refrigeración del túnel. El tribunal denegó la orden y, en apelación, la *Court of Appeal* tampoco concedió la medida, pues las partes habían pactado someter sus controversias al arbitraje. Concretamente, se consideraba que el tribunal inglés no era competente para dictar una medida cautelar en función de un arbitraje (no iniciado) cuando la sede del mismo elegida por las partes radicaba en el extranjero –en este caso, en Bruselas–.

La sentencia en el asunto *Channel Tunnel Group Ltd. and France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and others*, de 22 de enero 1992<sup>31</sup>, se plantea de forma escéptica la idoneidad de determinar como aplicable un “híbrido” legal como el propuesto, en lugar de decidirse, bien por el Derecho inglés, bien por el Derecho francés. Sin embargo, consideró que se trata de una cuestión que quedaba bajo la esfera de la libertad de elección de las partes y que, en cualquier caso, ésta debería respetarse, incluso, si la dificultad de optar por una tercera vía conducía a procedimientos más largos y costosos.

No resulta sorprendente la actitud crítica de los órganos judiciales ante las nuevas soluciones que, además, siempre seguirán la tendencia a aplicar su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los órganos arbitrales que, desde un primer momento, parecieron estar en mejor posición que los jueces para aplicar, en este caso, la doctrina del tronco común, que su creador no considera como un híbrido sino como una solución

---

<sup>31</sup> Vid. 2 All E R 609.

equilibrada a falta de mejores soluciones, cuya utilización propone también en la esfera judicial, tanto como elección expresa de las partes, como en ausencia de la misma<sup>32</sup>.

De nuevo, el asunto Eurotúnel se presenta como exponente de la realidad de los contratos internacionales de ingeniería en los que la presencia de la *Lex Mercatoria* goza, cada vez más, de mayor importancia. Hasta el punto de experimentar un grado de especialización que nos conduce a la admisión de una nueva suerte de *Lex Mercatoria*, que se ha dado en denominar *ius ingeniorum*. Es precisamente la trascendencia de esta realidad la que se pretende subrayar a continuación.

### **3.- La resolución de controversias en el asunto Eurotúnel.**

#### **3. 1. Introducción.**

El asunto Eurotúnel se presenta como un excelente ejemplo de las particularidades que presentan los contratos internacionales de ingeniería en el ámbito de la resolución de controversias. En este caso, nos encontramos con el recurso a los mecanismos habituales para resolver las disputas que generan estos contratos. Así, y como veremos, se utilizaron procedimientos prearbitrales de ADR, arbitrajes desarrollados en el seno de la CCI, e incluso, se recurrió a los tribunales estatales para la solicitud de medidas cautelares.

Las disputas surgidas fueron resolviéndose progresivamente por el órgano prearbitral, creado *ad hoc* en el contrato de ingeniería. Sin embargo, surgieron controversias relativas a la instalación de los equipos fijos de refrigeración que no estaban previstos en el contrato de ingeniería. Estos problemas llevaron a activar la maquinaria de resolución de controversias prevista en el contrato. Así, se sometieron al órgano prearbitral, que dictó unas decisiones que una de las partes recurrió en procedimientos arbitrales ante la CCI y que exigió, simultáneamente, la intervención de los tribunales estatales en la adopción de medidas cautelares.

Por esta razón, analizaremos, en función de la información con la que se cuenta, cuál fue el desarrollo procedimental para la resolución de controversias en el asunto Eurotúnel que pasa, primero, por el análisis del órgano prearbitral o Comité de expertos (2). Segundo, por el estudio del procedimiento arbitral (3) y, finalmente, por la referencia a la intervención de los tribunales estatales (4).

<sup>32</sup> Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: "The Channel Tunnel and...", *cit.*, p. 64.

### **3. 2. El Comité de expertos del Eurotúnel.**

Una de las particularidades del asunto de túnel del Canal de la Mancha era, precisamente y como se ha señalado, la presencia de una solución contractual integrada en materia de resolución de controversias. Para ello se estableció un mecanismo prearbitral inspirado en el de las condiciones FIDIC, pero, como veremos, dotado de originalidad en su composición y formación.

Así, la cláusula 67 del contrato de ingeniería establecía la formación de un Comité de expertos con el objeto de resolver, con rapidez y con carácter previo a recurso al arbitraje, las controversias surgidas. En caso de no alcanzar una solución satisfactoria a través de este mecanismo prearbitral –y bajo la condición de su utilización previa- se preveía el recurso al arbitraje de la CCI.

La función de este Comité o “Panel” de resolución de controversias consistía en ofrecer una cobertura ininterrumpida para la solución de disputas a lo largo de la ejecución de las obras, intentando no paralizar el desarrollo de las mismas y mostrándose disponible en todo momento.

De este modo, el “Panel” quedaba constituido desde el principio del contrato y su duración se prolongaba a lo largo del desarrollo del mismo y hasta el momento último de la expedición del certificado de final de obra – *maintenance certificate*-. Además de su constitución permanente, el Comité debía estar informado regularmente de la marcha de las obras y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información.

Esta particularidad se presentaba como una ventaja, dado que una de las dificultades que presentaba la ejecución del contrato de ingeniería del asunto Eurotúnel era la falta de concreción del proyecto en el momento de la firma. Dada la complejidad técnica del mismo, algunas cuestiones no aparecían especificadas y, por ello, procedía la existencia de un órgano que pudiera mediar en las negociaciones de las partes sobre estos aspectos y que tuviera una potestad decisoria que actuara con rapidez y eficacia.

El “Panel” de expertos y el tribunal arbitral trabajaban de forma conjunta. Las controversias eran resueltas, sucesivamente, por los dos órganos – arbitral y prearbitral- y las obras no se paralizaron o retrasaron por razón de discrepancias comerciales o legales. Las partes mostraron su disconformidad con algunas de las decisiones adoptadas, pero debe tenerse en cuenta que para que las decisiones del “Panel” fueran obligatorias tenían que ser emitidas por unanimidad y que, pese a la cláusula de arbitraje de la CCI, todas las disputas

se resolvieron con anterioridad a la terminación de la obra. El “Panel” decidió sobre 20 disputas por unanimidad, se dictaron dos laudos arbitrales de la CCI y se obtuvieron dos medidas provisionales –*interim measures*–, una de los tribunales franceses y otra de los tribunales ingleses<sup>33</sup>.

El procedimiento para el arreglo de diferencias contenido en la citada cláusula 67 establecía un sistema escalonado con dos instancias. Así, obligaba, como primer paso, a someter todo tipo de disputa a un Comité de resolución de litigios –el “Panel” de expertos–. Para ello debía procederse a su composición que, en este caso, tenía la condición de un Comité con carácter permanente, que contaba con toda la información sobre el contrato, la obra y su desarrollo y que debían emitir una decisión con carácter previo a la posibilidad de acudir al arbitraje.

Este “Panel” se componía de cuatro ingenieros –dos titulares y dos suplentes– y un presidente que era un catedrático de derecho de nacionalidad francesa. Cada vez que surgía una disputa se sometía a un comité compuesto por dos ingenieros –el titular de cada parte– y el presidente. Los miembros del panel eran de nacionalidad inglesa y francesa y se designaban después de la firma del contrato y durante la duración del mismo, realizando visitas periódicas a la obra durante su realización<sup>34</sup>. Si las decisiones eran unánimes se convertían en finales y obligatorias para las partes –sin perjuicio de poder recurrirlas en arbitraje<sup>35</sup>–, así que se veían obligados a dictar decisiones unánimemente, según se exigía en la cláusula 67.2 del contrato.

La elección de los miembros del Panel parece que obviaba determinadas cuestiones relativas a las condiciones que debían reunir los miembros (orígenes y persona que los designaba), circunstancia que podía generar cierta polémica, en caso de desacuerdo de alguna de las partes con la decisión adoptada por el órgano prearbitral<sup>36</sup>.

Así, el Comité quedaba obligado por las reglas de procedimiento de la cláusula 67 del contrato, y condicionado por la fórmula de derecho aplicable de la cláusula 68 que les inducía, tanto a compatibilizar las culturas jurídicas inglesa y francesa, como a utilizar los principios generales del derecho del comercio internacional aplicados por los tribunales nacionales e internacionales.

<sup>33</sup> Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, *cit.*, p. 27.

<sup>34</sup> Vid. GUILLEMIN, J., F.: “Le tunnel sous...”, *cit.*, p. 16.

<sup>35</sup> Se añade que la *House of Lords* apoyó este sistema elegido por las partes y actualmente se reconoce legalmente en la *Arbitration Act* de 1996. Vid. KENDALL, J.: “Role of the...”, *cit.*, p. 295.

<sup>36</sup> Vid. NOUEL, P.: “Cartesian Pragmatism: Looking...”, *cit.*, p. 14.

Por ejemplo, en una de las decisiones del Panel se reconocía como principio común al Derecho inglés y francés el de *pacta sunt servanda* que obliga a las partes de un contrato a cumplir lo pactado

Este Comité de resolución contaba con un plazo de 90 días para la emisión de una decisión prearbitral que pusiera fin a la controversia surgida, como hemos dicho ya. Si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión, podía someterla al procedimiento arbitral. Si, por el contrario, ninguna de ellas se oponía, se convertía en firme y obligatoria para las partes<sup>37</sup>. El recurso al arbitraje también procedía, según la cláusula 67.3 del contrato, en caso de incumplimiento de la decisión por alguna de las partes o, cuando transcurrido el plazo previsto el Panel no hubiera emitido una decisión.

En cualquiera de estos tres casos, las partes cuentan, de nuevo, con un periodo de 90 días para acudir al arbitraje y se exige la notificación a la otra parte de esta intención.

Se cumple, de esta suerte, la exigencia de un procedimiento prearbitral como requisito previo para poder acudir al arbitraje que establece la FIDIC en sus modelos contractuales. En este caso, no se trataba de una decisión tomada por el ingeniero, de forma imparcial, sino de la creación de una comisión de técnicos especializados para la resolución de la controversia de manera imparcial. De modo que nos encontramos ante un procedimiento escalonado en el que el arbitraje se presenta como una segunda instancia y que exige para su intervención la existencia de una previa decisión del Panel de expertos.

En este supuesto se utilizan los mecanismos prearbitrales de resolución de controversias o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), cuya importancia en estos contratos ya se ha subrayado. El arbitraje se remitía a las Reglas de la CCI y, de hecho, la mayor controversia entre las partes del contrato –*Eurotunnel* y *TML*– se refería al coste del equipamiento instalado en el interior del túnel.

En este sentido se afirma que el Comité de resolución de litigios de las condiciones FIDIC es una forma de *adjudication* –figura de origen inglés prevista en la *Housing and construction Act* de 1996, a la que se hará referencia<sup>38</sup>–. E, incluso, se ha planteado su naturaleza jurídica como figura de conciliación o de mediación cuando puede ser considerada como un mecanismo

<sup>37</sup> Vid. GUILLEMIN, J., F.: "Le tunnel sous...", *cit.*, p. 23.

<sup>38</sup> Vid. KENDALL, J.: "Role of the...", *cit.*, p. 296 y MORRIS, M.: "Adjudication as Operated on the Construction of the Dartford River Crossing (The Queen Elisabeth II bridge)", *Arbitration*, 1994-95, p. 15.



prearbitral de ADR que tiene unas características propias e independientes de estas figuras, tal y como veremos más adelante.

Con todo, el mecanismo previsto en el asunto Eurotúnel, el DAB o *Dispute Adjudication Board*—contenido en las actuales condiciones FIDIC— se modificó atendiendo a las necesidades particulares del proyecto<sup>39</sup>. Por ejemplo, el número de miembros previsto para el DAB es de tres, pero en el caso Eurotúnel, como ya hemos apuntado, estos Comités se componían teóricamente de cinco miembros<sup>40</sup>, si bien, en la práctica, decidían tres: presidente y dos miembros —uno elegido por cada parte— y los restantes actuaban de suplentes.

### **3. 3. Los arbitrajes Eurotúnel**

Según lo previsto en la cláusula 67 del contrato de ingeniería utilizado en el asunto Eurotúnel, como hemos visto, las partes, ante una disputa, debían dirigirse, en primer lugar, al órgano prearbitral —el Comité o Panel de expertos—, sólo después de su decisión, recurrir al arbitraje. La cláusula contractual remitía al arbitraje de la CCI y determinaba como sede del arbitraje la ciudad de Bruselas.

En consecuencia, la norma aplicable al procedimiento arbitral era el Reglamento de arbitraje de la CCI de 1988, y en caso de lagunas, la ley elegida por las partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral, con referencia o no, a una ley interna de procedimiento aplicable al arbitraje.

El derecho aplicable al fondo del asunto se constituía, como ya se ha comentado, por los principios comunes del Derecho francés e inglés, y en su defecto, por los principios generales del Derecho del comercio internacional, aplicados por los tribunales nacionales e internacionales (tal y como se establecía en la citada cláusula 68 del contrato).

Las disputas que llevaron a las partes a dos procedimientos arbitrales se referían a los trabajos denominados *à forfait* (esto es, por un lado la instalación de equipos fijos, maquinaria eléctrica y mecánica en los túneles y las terminales y, por otro, el diseño y la ejecución de las terminales inglesas y francesas)<sup>41</sup>, en relación con la instalación de mecanismos fijos en el

<sup>39</sup> Vid. KENDALL, J.: "Role of the...", *cit.*, p. 297.

<sup>40</sup> Vid. GERBER, P.: "Dispute Avoidance Procedures (DAPS)- the Changing Face of Construction Dispute Management", *International Construction Law Review*, enero 2001, pp. 122 y ss.

<sup>41</sup> Además de los trabajos *à forfait*, también existían los denominados a *dépenses contrôlées* y a *fournitures*.

interior del túnel. Concretamente, la controversia se centró en la instalación de equipos de refrigeración en el interior del túnel que no estaban previstos originariamente.

En el contrato de ingeniería se preveía la posibilidad para el cliente –en este caso, Eurotúnel- de dictar modificaciones sobre la obra –*variation orders*- al amparo de la cláusula 51 del mismo. Modificaciones que debían ser aceptadas por el contratista si resultaban necesarias para la correcta y necesaria realización de la obra. Si estas modificaciones afectaban al precio, éste debía ser pactado por acuerdo entre las partes. En caso de no llegar a un acuerdo, el cliente proponía un precio razonable y sometía la disputa al Panel de expertos, según la cláusula 52 del contrato. En cualquier caso, y de acuerdo con el mandato de la cláusula 67, se establecía, asimismo, la obligación para el contratista de continuar las obras en caso de disputa.

Esto, precisamente, fue lo que ocurrió en este supuesto por cuanto Eurotúnel decidió introducir modificaciones en la obra –*variations orders*- relativas al establecimiento de un sistema de refrigeración –*cooling system*- del túnel que no se había previsto inicialmente. Las partes, ciertamente, iniciaron las negociaciones para pactar el precio del sistema de refrigeración pero no llegaron a un acuerdo.

Así, para la resolución del conflicto hubo que dilucidar si la inclusión de estos equipos podía considerarse como una *variation order* o como un incumplimiento contractual. La primera opción suponía una posibilidad de modificación del contrato prevista y admitida en el mismo a instancias del cliente (las denominadas *variation orders*), mientras que la segunda, consistía en un cambio fundamental e irreversible de lo pactado. Ésta última podía interpretarse como un incumplimiento contractual que ofrecía al contratista la posibilidad de rescindir el contrato y solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Además, otro elemento de disputa se refería, precisamente, a la determinación del precio de estos equipos de refrigeración y al hecho de que si las cláusulas de revisión de precios del contrato resultaban aplicables o debían aplicarse otros parámetros por tratarse de un elemento considerado nuevo.

En la azarosa práctica de este supuesto, la primera acción de una de las partes fue, precisamente, acudir a los tribunales ingleses para solicitar una medida cautelar que evitara la suspensión de las obras por parte de los contratistas. Al mismo tiempo, se sometió la disputa al Panel de expertos que

dictó una resolución aproximadamente cuatro meses después de la sentencia de la *Court of Appeal* sobre la medida cautelar<sup>42</sup>.

El 23 de abril de 1992 Eurotúnel presentó la demanda de arbitraje frente a *TML –Transmanche Link-* ante el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de la CCI con el fin de establecer los mecanismos para la determinación del precio y, asimismo, el precio apropiado y razonable que Eurotúnel debía pagar a TML por los equipamientos fijos.

La demanda sometía al arbitraje dos decisiones adoptadas por el Panel de expertos. De modo que el recurso al procedimiento arbitral se producía por desacuerdo de una de las partes con la decisión adoptada por el órgano prearbitral y no por incumplimiento de una de ellas. El tribunal arbitral dictó una primera sentencia parcial el 30 de septiembre de 1992, en la que invalidaba parcialmente algunos aspectos de las decisiones del Panel relativas a los procedimientos para la determinación del precio de los equipamientos. Además, estableció que las sumas entregadas por Eurotúnel a TML podían ser retenidas por esta última como cantidades a cuenta hasta el momento de la determinación del precio<sup>43</sup>. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992.

El 25 de marzo de 1993, el tribunal arbitral dictaba una segunda sentencia parcial en la que establecía que las cláusulas de precios *à forfait* se aplicaban a los equipamientos fijos, de modo que la determinación del precio de los mismos debía hacerse de acuerdo con lo establecido en el contrato. Así como la aplicación preferente del art. 52 del contrato frente al 51, en materia de variación de precios. En este sentido, la cláusula 51 establece las variaciones introducidas en la calidad o cantidad de los materiales y el trabajo, mientras que la cláusula 52 se refiere a las modificaciones en las condiciones de ejecución de la obra, que pueden dar lugar a demandas de indemnización por daños y perjuicios más los intereses, en caso de probar que estos cambios han producido un perjuicio. De modo que TML debe presentar sus reclamaciones en el marco de lo dispuesto en el contrato o, en aplicación de los principios de responsabilidad, a través de una demanda de reparación de un perjuicio causado por incumplimiento contractual<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> En ella, precisamente, una de las partes alegaba la imposibilidad de acudir al arbitraje de la CCI sin antes agotar la vía del mecanismo prearbitral.

<sup>43</sup> *Vid.* Primera sentencia parcial, de 30 de septiembre de 1992, asunto CCI sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

<sup>44</sup> *Vid.* Segunda sentencia parcial, de 25 de marzo de 1993, sin número de referencia, laudo arbitral inédito, referencia interna 7547/CK.

### **3.4. La intervención de los tribunales estatales en el asunto Eurotúnel.**

El asunto Eurotúnel también es significativo de la intervención de los tribunales estatales en la resolución de controversias de un contrato internacional de ingeniería que contiene una cláusula de sumisión al arbitraje. En este caso, las partes solicitaron medidas cautelares ante los tribunales ingleses<sup>45</sup> y ante los tribunales franceses<sup>46</sup>.

La particularidad de las medidas cautelares en este asunto se centraba en que una de las partes dirigía su solicitud a un tribunal estatal, no sólo con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, sino previamente a procedimiento prearbitral del Comité de expertos.

Asimismo, estas medidas se solicitaban al tribunal inglés que, según su propia legislación interna, como veremos, carecía de competencia para dictar medidas cautelares en función de un arbitraje celebrado en el extranjero (concretamente, en Bruselas).

Según los hechos, ya hemos visto cómo la parte contratista consideró que Eurotúnel había incurrido en incumplimiento contractual por varias razones, entre las que se encontraba el establecimiento de un precio para la modificación del contrato que no resultaba, a su parecer, razonable y apropiado. Con base en ello, los contratistas decidieron paralizar las obras de instalación del sistema de refrigeración del túnel considerando que estaban legitimados por el incumplimiento contractual de la contraparte.

Esta circunstancia fue debatida por la *Court of Appeal* que precisó que, según el Derecho inglés, en caso de incumplimiento, la contraparte tiene derecho a rescindir el contrato, pero que resultaba muy difícil que, al suspenderse los trabajos, el contrato siguiera vigente (puesto que, según el derecho inglés, la suspensión de las obras implicaba la rescisión del mismo). Sin embargo, las peculiaridades del derecho aplicable al contrato, a las que ya se ha hecho referencia, sí permitían la aplicación de la doctrina de la *exception d'inexécution* o la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, que posibilitaban la suspensión de la ejecución. Posibilidad que quedaba excluida, en cualquier caso, por lo establecido en la cláusula 67 que obligaba al contratista a continuar las obras en caso de disputa.

<sup>45</sup> Vid. Channel Tunnel Group Ltd. And France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others, 22 enero 1992, 2 All ER 609.

<sup>46</sup> Sobre la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales franceses no se ha encontrado ninguna referencia, ni doctrinal, ni jurisprudencial.

A la vista de la situación generada, el cliente –Eurotúnel– solicitó ante los tribunales ingleses –en concreto, la *High Court of Justice of England*– una medida cautelar –*interim injunction*– dirigida a evitar la paralización por parte de los contratistas de la instalación de los equipos de refrigeración el túnel, con base en que, contractualmente, quedaban obligados a continuar las obras. La parte contratista solicitó la suspensión del proceso. El tribunal denegó la solicitud con base en el acuerdo previo de los contratistas de no interrumpir el desarrollo de las obras y la imposibilidad de acudir al arbitraje por incumplimiento del requisito de dirigirse previamente al Panel de expertos. Además verificó su competencia para dictar una medida cautelar, aunque no la dictó contra los contratistas advirtiendo que, en todo caso, para paralizar las obras se requería un preaviso a Eurotúnel de 14 días

Recurrida la decisión, la *Court of Appeal* no concedió la medida cautelar por cuanto existía una cláusula de sumisión a arbitraje a desarrollarse fuera del Reino Unido y la disputa era arbitrable<sup>47</sup>. La justificación se desviaba hacia los criterios de derecho aplicable del contrato a los que ya se ha hecho referencia<sup>48</sup>. En este sentido, el tribunal consideró que, cuando existe una cláusula de sumisión a arbitraje con el requisito previo de un procedimiento prearbitral que no se ha cumplido, el órgano jurisdiccional tiene competencia para dictar una orden de suspensión del procedimiento de una acción pendiente de un arbitraje. No siendo así con la medida cautelar pues la legislación inglesa no permite al juez dictar una medida de esta naturaleza en función de un arbitraje que tiene lugar en el extranjero. Por ello el recurso de los contratistas fue admitido y se dictó la suspensión.

Eurotúnel recurrió la decisión de la suspensión ante la *House of Lords*<sup>49</sup>, cuya sentencia ponía fin a la controversia denegando el recurso de los apelantes. Así, consideró que el tribunal inglés era competente para suspender el procedimiento respecto de un procedimiento arbitral con sede en el extranjero, aunque no lo era para dictar una medida cautelar en función de ese mismo arbitraje. Teniendo en cuenta además, que la ley elegida como aplicable al procedimiento arbitral era la belga.

Y, además, entre otros aspectos, concretó el término “sede” del arbitraje. Lo hacía en un sentido geográfico como lugar en el que se desarrollaba el

<sup>47</sup> Al mismo tiempo, se sometió la disputa al panel de expertos que dictó una resolución aproximadamente cuatro meses después de la sentencia de la *Court of Appeal*. El 23 de abril de 1992 se sometió la disputa al arbitraje de la CCI y el laudo arbitral se dictó el 30 de septiembre de 1992.

<sup>48</sup> Vid. RUBINO-SAMMARTANO, M.: “The Channel Tunnel...”, *cit.*, p. 9.

<sup>49</sup> Vid. *Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others* (1993) AC 334.

procedimiento arbitral –diferente al de la *Arbitration Act* de 1996 que opta por la sede jurídica: el país cuya ley regula el procedimiento arbitral-. Con la consecuencia directa de la atribución de la competencia a los tribunales estatales de este lugar con vistas a controlar o apoyar el arbitraje. Dado que el arbitraje se celebra en Bruselas, la ley del procedimiento del asunto eurotúnel era la belga<sup>50</sup>.

Así la *House of Lords* afirmaba que el tribunal inglés había dictado la suspensión y que era el Panel de expertos o los árbitros los que debían decidir si solicitaban una final *mandatory injunction*. Y que, asimismo, debían ser el tribunal belga el “juez natural” a efectos de conocer de la concesión de medidas cautelares. Y concluía que *esta estructura neutral anacional y extrajudicial (de resolución de controversias y de derecho aplicable en el contrato eurotúnel) puede haber sido la elección correcta para las necesidades especiales de la realización del túnel del Canal de la Mancha. Pero con independencia de si es correcta o incorrecta, es la elección de las partes. Sin embargo, los demandantes cambian de opinión con respecto a esta elección y acuden a los tribunales ingleses que, en principio, trataban de excluir, pensando que una medida cautelar requiere un grado de inmediatez no previsto en los mecanismos de la cláusula 67 del contrato.*

El juez no dudó de la necesidad de que la jurisdicción estatal refuerce el procedimiento arbitral dictando medidas cautelares en función de arbitrajes, pero no le parece que sea este el caso. Y no le pareció porque concluyó que dictar una medida cautelar en el contexto de este supuesto resultaría *un acto contrario al tenor literal del contrato y al espíritu del arbitraje internacional*<sup>51</sup>.

*Probablemente, en este caso concreto, la crítica subyacente a la falta de poder coercitivo del mecanismo previsto en la cláusula 67 del contrato internacional de ingeniería, no se refería tanto al mecanismo en sí mismo, sino a la precipitación de las partes por acudir a un tribunal que finalmente no resulta competente en materia cautelar. No puede valorarse la eficacia o ineficacia de un mecanismo que ni siquiera había sido puesto marcha.*

#### **4.- Conclusiones.**

El asunto Eurotúnel se presenta como el precedente más importante del modelo de realización de obras de infraestructura mediante financiación

<sup>50</sup> Vid. SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering...*, cit., p.125.

<sup>51</sup> Channel Tunnel Group Ltd and another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others (1993) AC 334.

privada que ha experimentado un desarrollo notable en las legislaciones recientes y que retoma su actualidad frente a proyectos paralelos como el del Gasoducto Argentino-Boliviano.

Asimismo, este proyecto se erige como paradigma de operación comercial internacional. Su carácter *intrínsecamente* internacional, su complejidad técnica, la pluralidad de sujetos implicados y su trascendencia económica son rasgos reveladores de la nueva realidad donde se desarrollan las transacciones más relevantes.

Desde el punto de vista jurídico, el Eurotúnel replantea con tintes de actualidad las cuestiones clásicas del Derecho internacional privado, a saber, el Derecho aplicable y la resolución de controversias. En ambos casos puede calificarse de original la solución alcanzada en este asunto.

La utilización del contrato modelo de ingeniería más consolidado en el ámbito internacional incorpora la determinación de la aplicabilidad de la nueva *Lex Mercatoria* –el denominado como *ius ingeniorum*– en relación con los Derechos estatales involucrados. Asimismo, las soluciones diseñadas específicamente para la resolución de controversias convierten la fase prearbitral y los mecanismos de *ADR* en instrumentos indispensables en el desarrollo de estas obras.

En definitiva, las características propias de este proyecto pionero han abierto una nueva vía para la realización de obras de infraestructura bajo financiación privada. Y ello se demuestra en el grado de especialización jurídica que alcanzan las soluciones previstas, tanto en el ámbito del Derecho aplicable, como en el relativo a la resolución de controversias. Sin duda, la experiencia puede contribuir en el replanteamiento del sistema boliviano de financiación privada de obras de infraestructura.