

Nulidad e impugnación del convenio arbitral en China

Aurelio LOPEZ–TARRUELLA MARTINEZ

Profesor contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante

Sumario: I. Introducción. La legislación china en materia de arbitraje. II. Causas de nulidad del convenio arbitral. 1. Convenios que designan un tribunal arbitral extranjero en litigios exclusivamente conectados con China. 2. Convenios que no designan claramente una comisión arbitral. 3. Convenios que establecen arbitraje *ad hoc*. 4. Convenios que atribuyen la competencia a una institución arbitral extranjera en China. III. Vías de impugnación del convenio arbitral. 1. Ausencia del principio competencia–competencia. 2. El sistema previo de información. IV. Valoración final.

I. Introducción. La legislación china en materia de arbitraje

1. A lo largo de la última década, China ha abierto progresivamente su mercado interno. Como consecuencia de ello, el número e importancia de las inversiones extranjeras y de los contratos internacionales ha crecido de manera considerable, al tiempo que también crecía el número de controversias.

En los negocios en China, el sistema de resolución de controversias más utilizado es el arbitraje. Aparte de las ventajas que ofrece este sistema de resolución de controversias en comparación con el recurso a la jurisdicción estatal, existen razones específicas por las que no resulta conveniente para una empresa extranjera litigar ante los tribunales chinos. Por un lado, las empresas chinas son reacias al litigio judicial. Ello se explica por razones culturales: los chinos rehuyen los litigios porque consideran que suponen una ruptura con la idea derivada del Confucionismo de que debe perseguirse la armonía entre los miembros de la sociedad. Antes de acudir a las autoridades para solucionar el problema, prefieren intentar resolverla amistosamente o que

la controversia se diluya¹. Por esta razón, el recurso al arbitraje o conciliación como prerrequisito para presentar una demanda judicial ha sido obligatorio hasta 1983 y, aún hoy, resulta muy frecuente que los litigios se resuelvan mediante conciliación².

Por otro lado, el sistema judicial chino adolece de importantes problemas: a) el proteccionismo que las autoridades regionales o municipales practican sobre las empresas chinas asentadas en sus áreas geográficas –proteccionismo local– que deviene en una total falta de independencia por parte de los tribunales; b) la escasa preparación de los jueces en general, y en cuestiones de comercio internacional en particular, como consecuencia de que éstos son elegidos por los congresos populares locales, no precisamente en atención a su formación jurídica; c) la necesidad de litigar en chino; d) el carácter arcaico, lento y costoso del proceso judicial en el país asiático³.

2. El gobierno central chino, consciente de que estos problemas podía desincentivar la inversión extranjera, adoptó en 1994, una Ley de arbitraje (en adelante LA) destinada a adaptar el sistema a los standards internacionales básicos en la materia tales como el arbitraje basado en la voluntad de las partes, el carácter final del laudo o la independencia del tribunal arbitral respecto de los poderes públicos⁴.

¹ La idea occidental del “Estado de Derecho” y de la solución de litigios por parte de un tercero –sea éste un tribunal estatal o un árbitro–, que determina cual de las dos partes tiene razón de acuerdo con la ley, es contraria a la idiosincrasia china. La ley siempre juega un papel secundario a la búsqueda de restaurar la armonía por otros medios. C. de Vera, “Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China”, *Columbia Journal of Asian Law*, vol 18, 2004, pp. 149 ss, esp. 149.

² Wang Wenyong, “Distinct Features of Arbitration in China. An Historical Perspective”, *JIA*, vol 23, 2006, pp. 49 ss, esp. 62 – 63.

³ Mo Zhang, “International Civil Litigation in China: A Practical Analysis of the Chinese Judicial System”, *B. C. Int'l Comp. L. Rev.*, vol 25, 2002, pp. 59 ss., p. 92; Jingzhou Tao, “Arbitration in China”, en P. J. McConaughay/T.B. Ginsburg (eds.), *International Commercial Arbitration in Asia*, 2nd Ed, New York, Jurisnet, 2006, pp. 1 ss; Yiming Shen, *Resolution of Disputes Between Foreign Banks and Chinese Sovereign Borrowers*, The Hague/London/Boston, Kluwer, 2000, p. 97.

⁴ La aportación que supuso la LA al arbitraje en China se entiende mejor si se explica, brevemente, la situación existente con anterioridad a su entrada en vigor. El arbitraje era administrado por agencias de los gobiernos locales y el recurso al mismo era obligatorio si bien los laudos no eran vinculantes puesto que cualquiera de las partes podía volver a iniciar un procedimiento ante los órganos judiciales. Además, la legislación aplicable comprendía 14 leyes, 190 reglamentos locales y 82 reglamentos administrativos. Wang

En el marco de esta ley existen, actualmente, en China, más de 180 comisiones arbitrales, muchas de las cuales poseen competencia para conocer de litigios internacionales. De entre ellas, reviste especial importancia CIETAC (*Court of Arbitration of the China Chamber of International Commerce*), institución que, en los últimos años, se ha situado como uno de los más importantes centros de arbitraje del mundo en número de casos⁵.

La LA se complementa con las reglas procedimentales establecidas por cada comisión arbitral⁶ y por la Ley de procedimiento civil (LPC), cuya versión revisada fue promulgada el 28 octubre de 2007 y entró en vigor el 1 de abril de 2008. Revisten particular relevancia los arts. 257 a 261, relativos a la intervención de las autoridades judiciales ante un procedimiento arbitral en China y a la posible anulación del laudo.

Estas leyes son muy generales y no alcanzan la profundidad que pueden tener en los sistemas de Derecho continentales o anglosajones. Además, el sistema jurisprudencial chino no está debidamente desarrollado y no existen suficientes decisiones como para poder hablar de una jurisprudencia consolidada⁷. No obstante, debe observarse que en Derecho chino existen otras fuentes del Derecho que sirven para integrar las lagunas que pueden aparecer en la práctica a la hora de aplicar las leyes anteriormente señaladas. En particular, existen las interpretaciones (*fashi*), opiniones (*yijian*), notas (*tongzhi*), disposiciones (*guiding*) o respuestas (*fuhan/pifu*) adoptadas por el Tribunal Popular Supremo (TPS). De particular importan-

Wenying, "Distinct Features of Arbitration in China. An Historical Perspective", *JIA*, vol 23, 2006, pp. 49 ss, esp. 62 – 63.

⁵ Jian Zhou, "Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration", *JIA*, vol. 23, num. 2, pp. 145 – 170, esp. 147; Zhao Xiuwen/L. A. Kloppenberg, "Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy", *University of Dayton Law Review*, vol 31, 2006, pp. 421 ss, esp. 438 – 439, p. 426.

⁶ En el caso de CIETAC, sus reglas (disponibles en <http://cn.cietac.org/rules/rules.pdf>) se adoptaron en 1998, pero han sido revisadas en 2000, 2003 (para incluir las *Financial Disputes Arbitration Rules*, específicas para este tipo de litigios) y 2005. La finalidad de estas modificaciones ha sido adecuar las reglas a los standards internacionales en la materia y convertir a CIETAC en un centro de arbitraje cada vez más atractivo para las empresas extranjeras. N. Darwazeh y M. Moser, "Arbitration inside China", en M. Moser (ed.), *Managing Business Disputes in Today's China – Duelling with Dragons*, Kluwer, 2007, p. 56.

⁷ M. Lin, "Supreme People's Court Rules on PRC Arbitration Issues", *JIA*, 2007, p. 596.

cia en materia de arbitraje son los siguientes instrumentos⁸: Interpretación por el TPS de ciertos aspectos relativos a la aplicación de la Ley de Arbitraje de 8 septiembre 2006⁹ (en adelante *Interpretación de la LA*); Algunas Opiniones del TPS sobre la aplicación de la Ley de procedimiento civil de 14 julio 1992¹⁰ (en adelante *Opiniones sobre la LPC*); o la Nota sobre cuestiones relativas a la anulación de laudos adoptados en arbitrajes internacionales por los tribunales populares de 23 abril 1998¹¹ (en adelante *Nota sobre anulación de laudos*).

Aunque no se hará incidencia en ellos, también deben tenerse en cuenta otros tres textos jurídicos relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. En primer lugar, el Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros¹², al que China se adhirió en 1987. En segundo lugar, el Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, del que China es parte contratante desde 1993. En tercer lugar, para el reconocimiento y ejecución de aquellos laudos arbitrales a los que no resultan aplicables estos convenios, debe acudir a art. 269 LPC o al alguno de los más de 30 tratados bilaterales sobre asistencia judicial suscrito por China que cubre esta materia¹³.

3. La ratificación por China de estos convenios internacionales en la materia y las recientes adaptaciones de sus normas internas están pensadas para atraer la inversión extranjera. No obstante, la legislación china no es tan “pro-arbitraje” como pudiera parecer. Así, entre otros aspectos, existen ciertas particularidades en relación con los requisitos de validez del convenio arbitral que, de no ser tenidos en cuenta por las empresas extranjeras a la hora de hacer negocios en China, pueden derivar en sorpresas inesperadas. No parece que tales

⁸ En el presente trabajo nos limitamos a analizar los instrumentos adoptados por el TPS pero debe advertirse que ciertas instancias judiciales inferiores (Tribunal popular superior de Shanghai o Beijing) también han adoptado este tipo de instrumentos.

⁹ *Interpretation of Certain Issues Relating to the Application of the Arbitration Law* (September 8, 2006)

¹⁰ *Several Opinions on the Application of Civil Procedure Law* (July 14, 1992)

¹¹ *Notice on Relevant Issues Relating to the Revocation by the People's Court's of Foreign-related Arbitration Awards* (April 23, 1998)

¹² A la hora de interpretar este Convenio resulta de gran interés la *Notice of the Supreme Peoples' Court on the implementation of the Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards to which China has acceded* (April 10, 1987).

¹³ Entre ellos se encuentra el Tratado entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2 mayo 1992 (*BOE*, 31-I-94).

particularidades se deban a inadaptaciones de la legislación a la práctica internacional sino que tienen su razón de ser en el deseo de gobierno central chino de ejercer cierto tipo de control en el arbitraje y de reservar todo arbitraje que se lleva a cabo en China a instituciones domésticas. Ahora bien, no son pocos los autores que opinan que si el gigante asiático no elimina estas particularidades no podrá consolidarse como el principal centro de arbitraje del Asia-Pacífico.

Para tratar estas especificidades se va a distinguir entre las causas de nulidad y las vías de impugnación del convenio arbitral.

II. Causas de nulidad del convenio arbitral

4. Al igual que ocurre en los países occidentales, en China se exigen una serie de requisitos para que el convenio arbitral pueda desplegar efectos. Ahora bien, estos requisitos son más extensos que los que se establecen en las legislaciones de nuestro entorno¹⁴. En particular, los arts. 16 y 17 LA exigen:

- a) que el convenio exprese la intención de las partes de someter la controversia a arbitraje (art. 16.1^o)¹⁵;
- b) que las partes hayan determinado las cuestiones objeto de arbitraje (art. 16.2^o)¹⁶;
- c) que las partes designen la comisión arbitral a la que se someten (art. 16.3^o LA).
- d) que la materia sobre la que versa el litigio sea arbitrable según el Derecho chino (art. 17.1^o LA);

¹⁴ P. Thorp, "The PRC Arbitration Law: Problems and Prospects for Amendment", *JIA*, 2007, pp. 607 ss, esp. 607.

¹⁵ Se entiende que para cumplir este requisito el convenio ha debido ser celebrado por escrito. Resulta generalmente admitido que se entienden como celebrados "por escrito" los convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos, fax, telefax o telegrama. Así, el art. 5 Reglas CIETAC establece que se considera por escrito "*if it is capable of being tangible represented in the form of written instruments, letters or electronically transmitted documents (including telegrams, telefaxes, facsimiles, electronic data interchanges and e-mails)*".

¹⁶ De acuerdo con el art. 18 LA, en el caso de que las partes no hayan delimitado claramente las cuestiones del contrato que pueden ser sometidas a arbitraje, podrán celebrar un acuerdo suplementario. De no celebrarse dicho acuerdo o de no llegar a ponerse de acuerdo las partes, el convenio será considerado nulo.

e) que las partes tengan capacidad jurídica para celebrar dicho convenio (art. 17.2º LA);

f) que una parte no haya coaccionado a la otra para la celebración del convenio (art. 17.3º);

A continuación el art. 18 indica que cuando un convenio no establezca claramente las cuestiones sujetas a arbitraje o la designación de una comisión arbitral, las partes deberán celebrar un acuerdo suplementario. De no hacerlo el convenio resultará nulo.

5. De estos requisitos, el que presenta una mayor particularidad en relación con los standards internacionales en materia de arbitraje es el establecido en el art. 16.3º: el convenio debe designar una “comisión arbitral”. De él se derivan tres consecuencias importantes: a) la obligación de designar claramente, en el convenio arbitral, la comisión arbitral a la que se atribuye la competencia; b) la inexistencia del arbitraje *ad hoc* en China; c) la prohibición *de facto* para las instituciones arbitrales extranjeras de llevar a cabo arbitrajes en China.

A estas tres particularidades se debe añadir una más que no viene establecida en estas disposiciones: la imposibilidad de designar, en el convenio arbitral, un tribunal arbitral extranjero en situaciones conectadas exclusivamente con China.

1. Convenios que designan un tribunal arbitral extranjero en litigios exclusivamente conectados con China

6. Tanto la LA como la Ley de procedimiento civil china establecen una regulación diferente para el arbitraje interno y el arbitraje “con elemento extranjero” (*foreign-related arbitration*) o internacional.

El primero es aquél en el que todos los elementos de la situación están conectados con China.

El segundo, según el art. 304 de las *Opiniones sobre la LPC*, incluye cualquier arbitraje en el que: a) al menos una de las partes tiene nacionalidad extranjera o es apátrida o, tratándose de personas jurídicas, tiene su domicilio en el extranjero; b) el objeto de la controversia está localizado fuera de la China continental; c) los hechos legales que llevan a establecer, modificar o extinguir la relación jurídica entre las partes tienen lugar en el extranjero. Hong Kong, Macao y Taiwán se consideran Estados extranjeros a los efectos de esta normativa.

Las diferencias de regulación entre un arbitraje y otro son importantes y se refieren, entre otros aspectos, a la facultad o no de localizar

el arbitraje en el extranjero; a los requisitos que deben reunir los árbitros en uno y otro arbitraje y su designación; en las causas de anulación y de denegación de la ejecución del laudo; así como, según se verá, en el procedimiento para decretar la nulidad de un convenio arbitral¹⁷.

El resultado de esas diferencias reguladoras es que el arbitraje internacional en China más fácil de llevar a cabo que el arbitraje interno. Con ello se pretende reforzar la confianza de las empresas extranjeras en el sistema arbitral chino y, así, promover la inversión en China.

7. Como se ha dicho, una de las diferencias entre arbitraje interno y arbitraje extranjero es que el primero no puede ser sometido a una institución arbitral extranjera. Esta consecuencia se deriva del art. 128.2º de la Ley china sobre contratación de 1999 (LC). De acuerdo con esta disposición, los arbitrajes sobre contratos internacionales pueden ser conocidos por comisiones arbitrales chinas *o por cualquier otra institución arbitral*. Nada se dice de los contratos domésticos. No obstante, en el art. 20.7º del Borrador de Algunas reglas relativas a casos de arbitraje internacional y de arbitraje en el extranjero de los tribunales populares de base de 31 diciembre 2003¹⁸ se interpreta que la citada disposición establece que los litigios domésticos sólo pueden ser conocidos por comisiones arbitrales chinas. Aunque se trata de un borrador, se considera muy persuasivo a los ojos de un tribunal chino en vista de que no hay nada más definitivo¹⁹.

Por consiguiente, si el litigio no puede ser considerado “internacional” a los efectos de la legislación sobre arbitraje, un convenio arbitral que designa una comisión arbitral extranjera no será considerado válido, por lo que si cualquiera de las partes somete el litigio ante un tribunal estatal chino, éste podrá declararse competente²⁰. Asimismo, si las partes de dicho contrato deciden litigar ante la comisión arbitral en el extranjero, debe tener presente que el laudo arbitral al que pueda llegarse nunca podrá ser reconocido en China puesto que se refiere

¹⁷ Sobre estos aspectos puede consultarse los arts. 65 ss LA y 257 ss LPC, que establecen una regulación específica para los arbitrajes “con elemento extranjero”.

¹⁸ *Draft Version of Several Regulations on Dealing with Foreign Related Arbitration and Foreign Arbitration Cases for Lower Courts (SPC, 31 December 2003)*.

¹⁹ G. Johnston, “Bridging the Gap between Western and Chinese Arbitration Systems – A Practical Introduction for Businesses”, *JIA*, 2007, p. 565; C. Von Wunscheim/Fan Kun, “Arbitrating in China, Practical Recommendations Concerning Arbitration in China”, *ASA Bulletin*, vol 26, 2008, p. 40.

²⁰ G. Johnston, “Bridging the Gap...”, *loc. cit.*, p. 567.

a un litigio que no podía someterse a arbitraje en el extranjero²¹. En fin, aunque resulte ajeno al objeto del presente trabajo, si tratándose de un litigio doméstico se decide llevar a cabo un arbitraje interno en China, la ley aplicable al litigio será la ley china, careciendo de validez las cláusulas de elección de una ley extranjera (art. 126 LC)²².

8. No es necesario decir que la restricción impuesta por la legislación china es contraria al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el cual, supuestamente, se inspira la LA. Pero, además, debe tenerse en cuenta que las consecuencias de esta restricción resultan todavía mayores de lo que, en principio podría suponerse, desde el momento en que el concepto de “internacional” de la legislación china resulta bastante más restringido que el utilizado en la práctica internacional actual²³. Controversias que, en principio, podría pensarse que son internacionales son, en realidad, internas. Así ocurre cuando el litigio surge entre una empresa china y una entidad de capital extranjero establecidas en China (*FIE*), tales como *Equity Joint Ventures (EJV)* o empresas enteramente de propiedad extranjera (*Wholly foreign-owned enterprises* o *WFOE*). Aunque sus casas madres sean extranjeras, estas empresas están constituidas de acuerdo con la ley china, por lo que a los efectos de la legislación china sobre arbitraje tienen nacionalidad china²⁴. Resulta irrelevante que estos arbitrajes estén referidos a relaciones que pueden afectar “los intereses del comercio internacional” o que, como admite el art. 1.3^o.c) de la Ley modelo Uncitral, las partes –*v.gr.*, dos filiales en China de empresas extranjeras– hayan establecido que el objeto de la controversia está relacionado con más de un Estado²⁵.

²¹ N. Darwazeh / M. Moser, “Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 62.

²² C. Von Wunscheim/Fan Kun, “Arbitrating ...”, *loc. cit.*, p. 40.

²³ En este sentido, cabe recordar el Art. 3 de enero de c) de la Ley 60/2003 de Arbitraje, según el arbitraje es internacional cuando: “la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”.

²⁴ N. Darwazeh / M. Moser, “Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 59.

²⁵ Resulta discutido si la imposibilidad de llevar a cabo arbitrajes internos en el extranjero incluye o no a Hong Kong, Macao y Taiwán. Una respuesta negativa supondría un alivio para las empresas extranjeras con *FIEs* y *WFOEs* en China pues podrían sugerir a sus contrapartes chinas que el arbitraje se realizara en cualquiera de estas tres plazas. En particular, podría resultar beneficioso fijar la sede del arbitraje en Hong Kong, donde existe una consolidada institución arbitral – la *Hong Kong International Arbitration Commission* – y existe un buen número de árbitros y abogados especializados en comercio internacional. (G. Johnston, “Bridging the Gap...”, *loc. cit.*, p. 567). La *Interpretación de la LA* no dice nada al respecto, circunstancia que genera una gran inseguridad jurídica.

9. En definitiva, las diferencias en la regulación del arbitraje supuestamente destinadas a favorecer a las empresas extranjeras se quedan cortas puesto que los intereses de las empresas extranjeras en China también pueden estar en juego en arbitraje considerados “internos”. Además, no es sólo que en estos casos estas empresas no puedan elegir un tribunal arbitral con sede en el extranjero, sino que en los arbitrajes que se llevan a cabo en China, estas empresas tampoco disfrutan del régimen privilegiado que la LA establece para el arbitraje internacional.

2. Convenios que no designan claramente una comisión arbitral

10. Según se ha dicho, el art. 16.3º LA exige para que el convenio arbitral sea válido que se designe una “comisión arbitral”. Por comisión arbitral debe entenderse instituciones arbitrales como CIETAC, BAC (*Beijing Arbitration Commission*) o CMAC (*China International Maritime Arbitration Commission*), comisión instituida por la Cámara de comercio china y especializada en arbitraje de Derecho marítimo. Si las partes no designan una comisión arbitral o esta designación no resulta clara, el convenio arbitral será inválido salvo que las partes subsanen este error mediante un acuerdo suplementario (art. 18).

Este requisito se aleja de las soluciones establecidas en otras legislaciones sobre arbitraje. Así, cabe recordar, por ejemplo, que la Ley modelo UNCITRAL sólo exige la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de sus disputas, con independencia de su naturaleza contractual o extracontractual²⁶. Además, el art. 16.3º contraviene uno de los principios básicos del arbitraje en los que, supuestamente, se basa la LA: el de autonomía de la voluntad de las partes. Si del convenio arbitral se extrae la intención de las partes de sujetar la controversia a arbitraje, no resulta lógico que, finalmente, la controversia sea conocida por los tribunales chinos debido a la falta de designación o defectuosa designación de la comisión arbitral.

A mi modo de ver, si a la hora de determinar si el arbitraje es “internacional” estas entidades se consideran extranjeras, también se les debe otorgar esta consideración a los efectos de la localización de la sede arbitral. Por consiguiente debe afirmarse que los arbitrajes internos tampoco pueden llevarse a cabo en Hong Kong, Macao o Taiwán.

²⁶ Art. 7.

11. Para evitar este resultado, la aplicación del art. 16.3º ha sido flexibilizada tanto por el TPS –a partir de la *Interpretación de la LA*– cuanto por otros tribunales:

a) en supuestos en los que el nombre de la comisión arbitral esté mal escrito, el convenio debe ser considerado válido si es posible identificar a la comisión arbitral designada²⁷;

b) en supuestos en los que las partes sólo acuerdan las reglas arbitrales aplicable, se entenderá que se ha designado una comisión arbitral si dichas reglas permiten identificar dicha comisión²⁸.

c) en supuestos en los que el convenio establece que el arbitraje se llevará a cabo en un determinado lugar y en dicho lugar sólo existe una comisión arbitral, el convenio será válido²⁹.

12. pesar de esta flexibilización en la interpretación del art. 16.3 LA auspiciada por el TPS, todavía hay supuestos sorprendentes en los que el convenio arbitral será nulo:

a) cuando las partes se someten a arbitraje sin designar una comisión arbitral.

b) en supuestos en los que las partes designan a dos comisiones arbitrales de manera explícita, la *Interpretación de la LA* (art. 5) exige, para que el convenio sea válido, un acuerdo suplementario de las partes para determinar cual de ellas es la designada. Esta interpretación deroga la sostenida anteriormente por el TPS en la que se admitía este tipo de cláusulas por entender que la comisión arbitral quedaba designada en el momento en el que una de las partes presentaba la demanda³⁰.

²⁷ Art. 3 *Interpretación de la LA*. Así ocurre, por ejemplo, cuando se utilizan nombres anteriores de CIETAC como FTAC (*Foreign Trade Arbitration Commission*). En este sentido Jian Zhou (“Arbitration...”) *loc. cit.*, p. 155) quien cita la sentencia del TPS “*China Nonferrous Metal Import/Export Henan Co. v. Xinquan Trade (Private) Co. Ltd*”, en la que se dio validez para atribuir la competencia a CIETAC a una cláusula que establecía: “*Arbitration: FTAC of China*”. Chi Manjiao, “Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly: Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law, *Asian International Arbitration Journal*, vol. 4, 2008, pp. 104 ss, esp. 114.

²⁸ Art. 4 *Interpretación de la LA*.

²⁹ Art. 6 *Interpretación de la LA*. En principio, en la mayoría de ciudades chinas sólo existe una comisión arbitral. Ahora bien, en las que tienen un mayor índice de actividad comercial como Shanghai, Pekín o Shenzhen existen dos.

³⁰ *Reply to the High Court of the Shandong Province Concerning the Validity of an Arbitration Clause Choosing Two Arbitration Commissions*, citada en Jian Zhou (“Arbitration...”), *loc. cit.*, p. 156).

c) en supuestos en los que el convenio establece que el arbitraje se llevará a cabo en un determinado lugar y en dicho lugar existe más de una comisión arbitral, las partes deberán llevar a cabo un acuerdo suplementario³¹.

d) supuestos en los que el acuerdo entre las partes permite elegir entre someter la controversia a una comisión arbitral o a los tribunales competentes³².

13. La doctrina ha criticado la aplicación radical que los tribunales chinos realizan del principio de autonomía del convenio arbitral respecto del contrato –recogido en el Art. 19 LA–, pues se olvidan de que el convenio arbitral, al fin y al cabo, también es un contrato³³. La interpretación del convenio arbitral debería tomar en consideración los principios interpretativos en materia de contratos con el fin de establecer qué comisión arbitral querían designar las partes. Así, el actual Derecho de contratos chino contiene al menos dos principios que pueden servir de guía en esta tarea: a) el art. 125 LC, que establece que, en caso de desacuerdo, el significado de una cláusula debe determinarse de acuerdo con las palabras y oraciones utilizadas en el contrato, las cláusulas relacionadas, la finalidad del contrato, las prácticas comerciales y el principio de buena fe contractual; y (b) el Art. 41 LC, que indica que si una cláusula standard puede ser objeto de varias interpretaciones, se elegirá aquella que favorece a la parte que no estableció la cláusula.

La aplicación de estos principios a la interpretación de los convenios arbitrales debería ayudar a la adopción por parte de los tribunales chinos de una actitud más “pro-arbitraje”. En estos convenios resulta claro que la finalidad de las partes es excluir la controversia de la competencia de la jurisdicción ordinaria por lo que, en ningún caso, debería considerarse que el convenio es nulo. Del mismo modo, las prácticas del comercio internacional relativas a la incorporación de los convenios arbitrales al contrato deberían ser tomadas en consideración para determinar la comisión arbitral a la que se sometían las partes.

³¹ Art. 6 *Interpretación de la LA*.

³² Art. 7 *Interpretación de la LA*. El convenio será nulo salvo que una de las partes inicie el procedimiento arbitral y la otra parte no impugne su validez en el plazo establecido para ello en el Art. 20.1 LA.

³³ Jingzhou Tao/C. von Wunschheim, “Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions”, *Arb. Int.*, vol 23, 2007, pp. 309 ss, esp. 314.

14. Por último, también se ha sostenido, acertadamente, que una futura modificación de la LA debería considerar la posibilidad de establecer un mecanismo por el cual las partes pudieran acudir a los tribunales para que les ayude a designar la comisión arbitral³⁴, tal y como establece, por ejemplo, nuestra legislación³⁵.

3. *Convenios que establecen arbitraje ad hoc*

15. Una de las consecuencias de mayor calado que se derivan de la exigencia de designar una comisión arbitral en el convenio arbitral es la inexistencia del arbitraje *ad hoc* en China³⁶.

Efectivamente, el término “comisión arbitral” está referido a una institución arbitral y no a un tribunal arbitral (*ad hoc* o perteneciente a una institución arbitral). No se trata de un descuido o de una disposición mal redactada. La inexistencia del arbitraje *ad hoc* en China se debe a razones históricas. Con anterioridad a la LA, el recurso al arbitraje o la conciliación era obligatorio antes de presentar una demanda ante los tribunales. Asimismo, las comisiones arbitrales estaban todas bajo la supervisión de los gobiernos locales³⁷, los cuales podían fiscalizar la actuación de cada comisión en general o en un caso concreto. La entrada en vigor de la LA conllevó que el recurso al arbitraje dependiera de la voluntad de las partes y que las comisiones arbitrales fueran independientes de los poderes públicos³⁸. Ahora bien, éstas se siguen debiendo crear bajo la supervisión de las autoridades públicas o la Cámara de comercio china (caso de CIETAC) y deben inscribirse en los departamentos de justicia regionales³⁹. Por definición, estos requisitos no se cumplen en el arbitraje *ad hoc*. Este modelo de arbitraje no está previsto por la legislación china porque, desde siempre, en China se ha sostenido una concepción particular de la resolución extrajudicial de controversias.

³⁴ Zhao Xiuwen/L. A. Kloppenberg, “Reforming ...”, C. Von Wunscheim/Fan Kun, “Arbitrating ...”, *loc. cit.*, pp. 438 – 439.

³⁵ En España, según Art. 12 y 15, si las partes sólo establecen su sometimiento a arbitraje, cualquiera de ellas puede acudir al JPI del domicilio del demandado (art. 8.1) para que designe al arbitro.

³⁶ G. Johnston, “Bridging the Gap...” *loc. cit.*, p. 568, P. Yuen, “Arbitration Clauses in a Chinese Context”, *Journal of International Arbitration*, *JIA*, 2007, p. 586.

³⁷ Wang Wenyong, “Distinct Features...”, *loc. cit.*, pp. 49 ss.

³⁸ Así se establece, expresamente, en los arts. 8 y 14 LA.

³⁹ Arts. 10 y 66 LA.

16. Podría argumentarse que la inexistencia de este arbitraje favorece a las comisiones arbitrales chinas que empiezan a ver el arbitraje como un lucrativo negocio. Más aún si unimos esta inexistencia del arbitraje *ad hoc* con la imposibilidad para las instituciones arbitrales extranjeras de llevar a cabo arbitrajes en China, circunstancia que se explica a continuación. No obstante, no parece que la prohibición del arbitraje *ad hoc* sea del agrado de todos ni está favoreciendo al arbitraje en China.

Para empezar, la inexistencia de este tipo de arbitraje en China, genera extrañas paradojas. En primer lugar, mientras un convenio que designa un tribunal arbitral *ad hoc* con sede en China es considerado nulo por los tribunales chinos, uno con sede en el extranjero debe ser considerado válido. Efectivamente, salvo que las partes hayan elegido otra ley, el TPS entiende que la ley aplicable al arbitraje será la del lugar donde se lleva a cabo el mismo⁴⁰. Un supuesto sobre el que los tribunales chinos todavía no se han pronunciado es aquél en el que el convenio arbitral establece un arbitraje *ad hoc* en China y el convenio se rige por una ley arbitral extranjera que admite este tipo de arbitraje. En teoría, siguiendo la doctrina del TPS, los tribunales chinos deberían de dar validez a estos arbitrajes, pero no está clara la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable al convenio cuando se trata de arbitrajes *ad hoc*⁴¹.

En segundo lugar, mientras un laudo adoptado por un tribunal arbitral *ad hoc* en China es anulable y no será reconocible en el extranjero⁴², los laudos recaídos en arbitrajes de este tipo celebrados en el extranjero (incluyendo los celebrados en Hong Kong y Macao) son

⁴⁰ Art. 16 de la *Interpretación de la LA*. Así se estableció, por ejemplo, en la sentencia “*In re Fujian Production Material*”, en la que el TPS estableció que el Tribunal popular superior de Guandong debía confirmar la validez de un acuerdo de arbitraje *ad hoc* en el extranjero. No obstante, existen casos en los que el propio TPS ha determinado la validez del convenio arbitral, a pesar de tener su sede en el extranjero, de acuerdo con la ley china (“*Nove Nordisk v. Hainan Jizhong*”). En tal caso, ante la ausencia de designación de una comisión arbitral, el convenio fue declarado nulo (Jian Zhou, “Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration”, *JIA*, vol. 23, num. 2, pp. 145 – 170, esp. 155). En teoría, una vez adoptada el art. 16 de la *Interpretación de la LA* la primera interpretación debería prevalecer.

⁴¹ Jian Zhou, “Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 166.

⁴² Debe recordarse que el art. V.1º.a) CNY establece como causa de denegación del reconocimiento del laudo que el convenio arbitral no fuera válido en virtud de la ley del país en que se haya dictado.

ejecutables en China mediante el CNY⁴³. De hecho el primer asunto en el que se aplicó el Convenio en China se refiere a esta categoría de laudos⁴⁴.

Tanto la primera como la segunda paradoja generan desigualdades: mientras las empresas chinas pueden disfrutar del arbitraje *ad hoc* en otros Estados, los inversores extranjeros en China no⁴⁵.

Pero no es esto lo que más preocupa. El arbitraje *ad hoc* cuenta con notable éxito por su flexibilidad y por la reducción de costes en tiempo y dinero que conlleva. Ante la imposibilidad de fijar la sede de estos arbitrajes en China, es lógico pensar que las empresas extranjeras que hacen negocios con empresas chinas intenten celebrar estos arbitrajes en el extranjero (siempre, claro está, que la contraparte china esté dispuesta a ello). Esto tiene un doble riesgo: a) que las empresas extranjeras no resulten incentivadas para llevar a cabo negocios en China si se ponen obstáculos a la celebración de estos arbitrajes en el extranjero por parte de la contraparte china o los tribunales chinos; b) que China deje de ser atractiva como sede del arbitraje⁴⁶. De hecho, la inexistencia del arbitraje *ad hoc* es una de las razones que utiliza la CMAC para justificar que no tenga un nivel de trabajo similar al de otras instituciones arbitrales especializadas en Derecho marítimo⁴⁷.

En vista de estas circunstancias, la comunidad arbitral china insiste en la necesidad de introducir el arbitraje *ad hoc* en su país⁴⁸ con la finalidad de consolidar a China como centro de arbitraje internacional y para obligar, gracias a la competencia que esta medida generará, a las comisiones arbitrales a mejorar sus servicios⁴⁹.

⁴³ *SPC Reply Concerning Validity of Arbitration Provision, October 20 1995*, n. 135 y *SPC Notice of the Minutes of the Second national meeting of Foreign Related Commercial and Maritime Trial Work, December 26, 2005*, par. 81. M. Lin, "Supreme People's Court Rules on PRC Arbitration Issues", *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 599.

⁴⁴ "*Guangzhou Ocean Shipping Co. Ltd. v. Marships of Connecticut*", referido a un laudo adoptado en un arbitraje *ad hoc* realizado en Londres. Citado en Jian Zhou, "Arbitration ...", *loc. cit.*, p. 163.

⁴⁵ Zhao Xiuwen/L. A. Kloppenberg, "Reforming ...", *loc. cit.*, p. 436.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 436.

⁴⁷ Chi Manjiao, "Is the Chinese ...", *loc. cit.*, pp. 115-116.

⁴⁸ Entre las voces más significativas está la de Wang Sheng Chang, Secretario general de CIETAC, en Wang Sheng Chang/S. E. Hilmer, "China Arbitration Law v. Uncitral Model Law", *International Arbitration Law Review*, vol 9, 2006, pp. 1 ss, esp. 7.

⁴⁹ Chi Manjiao, "Is the Chinese ...", *loc. cit.*, p. 169.

4. Convenios que atribuyen la competencia a una institución arbitral extranjera en China

17. La última consecuencia que se deriva del requisito del Art. 16.3 LA es la nulidad de los convenios que designan a una institución arbitral extranjera y establecen como sede del arbitraje China.

En principio, ya que la disposición sólo habla de “comisión arbitral”, puede entenderse que ésta puede ser nacional o extranjera. No obstante, como se ha explicado antes, los arts. 10 y 66 LA exigen que dichas comisiones sean creadas bajo la supervisión de autoridades públicas chinas o la Cámara de comercio china y que se inscriban en los registros de los departamentos de justicia de cada unidad administrativa. Estos requisitos llevan a pensar que cuando el art. 16.3^o LA utiliza el término “comisión arbitral” se refiere a comisiones arbitrales chinas. Asimismo, los arts. 10 a 15 LA no aluden, en ningún momento, a la posibilidad de que dichas comisiones sean extranjeras.

Por el momento, el TPS no ha emitido ningún instrumento interpretativo sobre esta cuestión por lo que todavía existe gran incertidumbre sobre este extremo⁵⁰. Sin embargo, no parece que la ausencia de mención a comisiones extranjeras se deba a un olvido del legislador sino, como se ha explicado en el epígrafe anterior, a la manera en que tradicionalmente se ha organizado el arbitraje en China⁵¹. Por lo tanto, aunque la LA no lo dice expresamente, existe una prohibición *de facto* para las instituciones arbitrales extranjeras de llevar a cabo arbitrajes en China.

18. En este sentido, cláusulas en las que las partes se someten, por ejemplo, a un arbitraje CCI en China pueden ser declaradas nulas o el hipotético laudo al que se llegue puede no ser ejecutable en China⁵². Si

⁵⁰ Si existen, sin embargo, alguna decisión en la que se confirma esta interpretación. Así, en la “*Letter of Reply of the SPC to the Request for Instructions on the Case concerning the Application of Züblin International GmbH and Wuxi Woke General Engineering Rubber Co. Ltd for Determining the Validity of the Arbitration Agreement*”, el TPS consideró inválido un convenio arbitral que establecía: “ICC Rules, Shanghai shall apply”. Citado en Juan Chen/Yaomei Liang/Yongqiang Zhang, “Reporting System on Foreign Related Arbitration”, *Arbitration and Judicature in China*, 2007, pp. 52 ss.

⁵¹ P. Thorp, “The PRC Arbitration Law...”, *loc. cit.*, p. 609.

⁵² Jingzhou Tao/C. von Wunschheim, “Articles 16 and 18 ...”, *loc. cit.*, pp. 309 ss; G. Johnston, “Bridging the Gap...” (nota 27), p. 568; P. Yuen, “Arbitration Clauses...”, *loc. cit.*, p. 586. Debe observarse, sin embargo, que algunos autores atestiguan la existencia de ciertos arbitrajes CCI llevados a cabo en China. En unos casos se llegó a acuerdos, en otros la parte china no se personó. El Tribunal popular intermedio de Xiamen consideró válido

las partes del contrato desean someter el litigio a una institución arbitral extranjera tendrán que fijar la sede del arbitraje en el extranjero⁵³.

19. Como es de suponer, la disposición resulta muy beneficiosa para las comisiones arbitrales chinas, las cuales mantiene un monopolio sobre el arbitraje en China. No obstante, son muchas las voces que han afirmado la necesidad de modificar la LA para permitir a las instituciones arbitrales extranjeras llevar a cabo arbitrajes en China. De nuevo los argumentos esgrimidos son que ello favorecería la inversión extranjera puesto que los inversores foráneos se pueden sentir más seguros, a la hora de hacer negocios en China, si someten la controversia a instituciones que conocen y que gozan de prestigio internacional. Asimismo, abrir las puertas a las instituciones extranjeras para practicar el arbitraje en China promoverá la competencia entre comisiones arbitrales, circunstancia que debería suponer un incentivo para que las comisiones arbitrales chinas mejoren sus servicios. Todo ello debería contribuir a consolidar China como uno de los principales foros de arbitraje internacional⁵⁴.

III. Vías de impugnación del convenio arbitral

20. Analizadas las causas de nulidad del convenio arbitral, se estudian a continuación las vías de impugnación directa. No se tratará la impugnación del convenio arbitral en el marco de una acción de anulación del laudo o de la solicitud de ejecución. Dos son las particularidades que presentan las vías de impugnación del convenio arbitral en la legislación china: la ausencia del principio competencia–competencia y el establecimiento de un sistema previo de información.

un convenio arbitral que remitía a las reglas de arbitraje de la ICC y consideró que las partes se habían sometido a la jurisdicción de la ICC. No obstante en un caso más reciente, en Guangzhou, tras comenzar el procedimiento ICC en Corea, la parte china demandó ante el tribunal de esa región que declaró el convenio inválido por no contener una designación concreta del tribunal. En cualquier caso, estos mismos autores recomiendan que, para evitar problemas, si se litiga en China, mejor ante CIETAC. N. Darwazeh / M. Moser, "Arbitration...", *loc. cit.*, p. 69.

⁵³ Esto, sin embargo, no siempre es posible pues el contratante chino frecuentemente no estará conforme y, además, generalmente ocupará una posición negociadora fuerte en el contrato.

⁵⁴ Jingzhou Tao/C. von Wunschheim, "Articles 16 and 18 ..." *loc. cit.*, p. 325.

1. Ausencia del principio competencia–competencia

21. El art. 20 LA prevé dos vías alternativas para impugnar el convenio arbitral: a) ante la comisión arbitral; o (b) ante los tribunales estatales⁵⁵.

En cualquiera de los dos casos, la impugnación de la validez del acuerdo debe llevarse a cabo antes de la primera audiencia con el tribunal arbitral (art. 20.2º LA y art. 13 de la *Interpretación de la LA* en relación con los tribunales estatales)⁵⁶.

En el caso de que una de las partes remita la cuestión a la comisión arbitral y la otra al tribunal estatal, la competencia para determinar la validez del convenio arbitral corresponderá a este último⁵⁷. Ahora bien, si la comisión arbitral ya ha decidido sobre su competencia, el tribunal estatal no podrá entrar a conocer de la nulidad del convenio⁵⁸.

22. Como puede observarse, en el sistema arbitral chino la validez del convenio arbitral no puede ser determinada, en ningún caso, por el propio tribunal arbitral⁵⁹. Este sistema supone una separación del principio competencia–competencia, existente en los sistemas arbitrales más modernos. La doctrina ha identificado varias razones por las que la opción legislativa adoptada por China resulta criticable⁶⁰: a) va en contra del principio de independencia del arbitraje respecto del sistema jurisdiccional estatal; b) en muchas ocasiones, el tribunal

⁵⁵ El tribunal popular intermedio – si el arbitraje es internacional – o el tribunal popular de base – arbitraje doméstico – del lugar donde se halla la comisión arbitral o, en su defecto, del domicilio del demandado. Así se establece en “*Official and Written Reply of the SPC to the Question that which Court shall the Parties Request When They Have Doubt on the Validity of Arbitration Agreement*” de 20 julio 2000. Citada en Han Ping, “The Approaches to the Principle of Separability of the Jurisdictional Matters in Arbitration”, *Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law*, 2005, pp. 387 ss, esp. 392.

⁵⁶ Este plazo no deja de ser problemático. Primero, porque en ocasiones, el procedimiento arbitral en China puede que se realice enteramente por escrito, por lo que no habrá audiencia. Segundo, resulta contradictorio que el demandado pueda enviar su contestación por escrito – lo que significa que implícitamente acepta la jurisdicción del tribunal arbitral – y que posteriormente inste la nulidad del convenio, maniobra que será válida si se realiza antes de la primera audiencia.

⁵⁷ M. Moser, “People’s Republic of China”, en M. Pryles (ed.), *Dispute Resolution in Asia*, 3rd Ed, Kluwer, 2006, p. 98.

⁵⁸ N. Darwazeh / M. Moser, “Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 75

⁵⁹ Sobre el particular, extensamente, Han Ping, “The Approaches ...” *loc. cit.*, pp. 387 ss.

⁶⁰ *Ibid*, p. 401.

arbitral está en mejor posición que la comisión arbitral para decidir sobre la competencia puesto que tiene acceso a las pruebas proporcionadas por las partes o puede consultarles sobre aspectos fundamentales para decidir sobre su propia competencia; c) el conocimiento de la cuestión de competencia por la comisión arbitral o un tribunal estatal conlleva una paralización más o menos prolongada del procedimiento, circunstancia que afecta a la flexibilidad del procedimiento arbitral⁶¹; d) en muchas ocasiones, las partes hacen uso de la posibilidad de impugnar el convenio arbitral de manera abusiva esperando hasta el último momento para plantear la cuestión de competencia con fines claramente dilatorios.

23. Afortunadamente, las Reglas CIETAC establecen dos disposiciones que reducen los efectos perjudiciales de este sistema. Por un lado, el art. 6.4^o establece que la impugnación de la validez del convenio arbitral no conlleva la paralización del procedimiento. Es decir, mientras la comisión arbitral o el tribunal estatal deciden sobre la validez del convenio, el tribunal arbitral debe entrar a conocer del litigio. Por otro, el art. 6.1^o establece que CIETAC puede delegar en el propio tribunal arbitral la decisión sobre su competencia para conocer del litigio. Ahora bien, está por ver si una decisión en este sentido será considerada como válida por los tribunales estatales chinos. Se trata de una cuestión arriesgada que puede conllevar que el laudo adoptado sea considerado nulo⁶².

24. En definitiva, la manera en que está regulada la impugnación del convenio arbitral en la LA provoca que, en muchas ocasiones, el inversor extranjero se puede ver forzado a litigar ante los tribunales estatales chinos. Como se ha dicho, esta circunstancia conlleva un grave peligro derivado, entre otros factores, de la falta de especialización de los jueces chinos y del proteccionismo local que supuestamente practican. Estos problemas se ven parcialmente mitigados por el sistema previo de información.

⁶¹ Sobre todo si el tribunal de instancia considera que el convenio arbitral es nulo pues, en dicho caso, según el sistema previo de información, la decisión deberá ser confirmada por el Tribunal de Apelación y el TPS. Sobre el particular véase el punto siguiente.

⁶² P. Thorp, "The PRC Arbitration Law...", *loc. cit.*, p. 616.

2. El sistema previo de información

25. Según se ha dicho, la legislación china sobre arbitraje establece una regulación diferente para el arbitraje interno y el internacional. Uno de los aspectos donde se dejan notar las diferencias es en el tratamiento de la impugnación de la validez del convenio arbitral ante los tribunales chinos. Cuando la cuestión se refiere a un arbitraje internacional se aplica el llamado “sistema previo de información” (*Prior Reporting System*) diseñado por el TPS en la *Nota sobre anulación de laudos* de 1995.

Este sistema, que también se aplica para denegar la ejecución de un laudo recaído en un arbitraje internacional o el reconocimiento de un laudo extranjero, consiste en lo siguiente:

- a) para que un tribunal popular intermedio pueda declarar la nulidad del convenio arbitral primero tiene que notificar su decisión preliminar de nulidad al tribunal popular superior dentro de los treinta días posteriores a la recepción de la demanda;
- b) si el tribunal popular superior está de acuerdo con la declaración de nulidad, debe informar al TPS en quince días;
- c) sólo si recibe una respuesta afirmativa por parte del TPS, el tribunal de instancia podrá anular el convenio arbitral y, en su caso, entrar a conocer del litigio.

26. Con este sistema se pretende ofrecer garantías a los inversores extranjeros de que el proteccionismo local no afectará a la decisión relativa al convenio arbitral. Igualmente, el sistema pretende garantizar que la voluntad de las partes de someter el litigio a arbitraje es respetada. De hecho, el sistema no resulta aplicable cuando el tribunal competente pretende declarar que el convenio arbitral es válido. Otra función atribuida al sistema es el de favorecer la unidad de la jurisprudencia en la materia⁶³.

27. No obstante, el sistema presenta algunos inconvenientes. En primer lugar, como se ha apuntado, el sistema previo de información resulta aplicable en los arbitrajes internacionales, pero no en los internos. Debe recordarse que, si se toma en consideración el concepto de “interno” que se utiliza en la legislación china, muchos de estos arbitra-

⁶³ Juan Chen/Yaomei Liang/Yongqiang Zhang, “Reporting ...”, *loc. cit.*, p. 53.

jes también afectan a intereses de empresas extranjeras (*WFOE* o *EJV* de nacionalidad china). Éstas no se benefician del sistema previo de información y, además, la impugnación del convenio arbitral se debe instar ante el tribunal popular de base, no ante el intermedio. Teniendo en cuenta los peligros que entraña litigar ante tribunales chinos, la situación de estas empresas es muy poco favorable.

En segundo lugar, la manera en que está regulado el sistema previo de información genera una grave discriminación. Como se ha dicho el mismo se aplica a decisiones por la que se pretende declarar la nulidad de un convenio arbitral en un supuesto de arbitraje internacional. Es decir, en estos casos, la decisión del tribunal popular intermedio es objeto de revisión (de hecho, de una doble revisión). Ahora bien, en los demás casos – decisiones que declaran la validez del convenio arbitral, o decisiones referidas a convenios arbitrales en arbitrales internos – no existe la posibilidad de recurso. Esto se deriva del Art. 140 LPC el cual recoge unos supuestos tasados en los que se puede recurrir una decisión judicial. Entre ellos no se encuentra el auto por el que se declara la validez o invalidez de un convenio arbitral⁶⁴. Se trata, en mi opinión, de un claro atentado del principio de igualdad ante la ley.

En tercer lugar, la normativa sobre el sistema previo de información no indica cuánto tiempo tiene el TPS para responder al tribunal de instancia, circunstancia que puede paralizar el procedimiento por un periodo de tiempo excesivamente largo.

Por último, se ha denunciado que el sistema puesto en marcha por el TSP es “interno”, por lo que las partes no pueden presentar alegaciones en el mismo.

28. Como puede observarse, el sistema previo de información genera disparidades en el tratamiento entre arbitrajes internacionales e interno difícilmente justificables. Por ello cada vez es más la doctrina china que aboga por la eliminación de la distinción entre ambos tipos de arbitraje y la introducción de un recurso de apelación para las decisiones de validez o invalidez del convenio arbitral⁶⁵.

⁶⁴ En este sentido, “*Reply to the Matter as Regards Whether the Parties can Appeal after the Arbitral Award is Set Aside or the Application for Enforcement Is Dismissed*” de 1997. Citada en Juan Chen/Yaomei Liang/Yongqiang Zhang, “Reporting ...”, *loc. cit.*, p. 54. Se puede también consultar Han Ping, “The Approaches ...”, *loc. cit.*, p. 393.

⁶⁵ P. Thorp, “The PRC Arbitration Law...”, *loc. cit.*, p. 614.

IV. Valoración final

29. La adopción de la LA y la ratificación por China de los convenios internacionales más importantes en materia de arbitraje responde a la intención del gigante asiático de atraer inversionistas extranjeros. Ahora bien, en China existe una concepción del arbitraje que se arrastra del periodo anterior a la adopción de la LA en 1994 que provoca que su legislación no sea ni tan “pro-arbitraje” ni tan beneficiosa para los inversores extranjeros como en principio puede parecer. Para favorecer la consecución de estos objetivos es preciso que el gobierno china acometiera tres modificaciones en relación con la regulación de la validez del convenio arbitraje y sus vías de impugnación.

En primer lugar, debería eliminarse la prohibición de someter a arbitraje en el extranjero los litigios exclusivamente conectados con China establecida en el art. 128.2º LC o, al menos, flexibilizar el concepto legal de “internacional” del art. 304 de las *Opiniones sobre la LPC*. Gracias a ello se evitaría que las empresas extranjeras que invierten en China a partir de filiales u otras formas societarias vean negado su derecho a someter las controversias a arbitraje en el extranjero y resulten obligadas a litigar de acuerdo con las normas del arbitraje interno, las cuales no resultan favorables a sus intereses.

En segundo lugar, la condición de que se designe una “comisión arbitral” establecida en el art. 16.3º LA debería eliminarse o, al menos, interpretarse de manera flexible con los siguientes objetivos: a) garantizar que empresas que han decidido someter la controversia a arbitraje ven salvaguardada su voluntad sin necesidad de que designen una comisión arbitral; b) que los inversores en China puedan optar por el arbitraje *ad hoc* y, así, reducir costes en tiempo y dinero; c) que las empresas puedan optar por someter el arbitraje en China a una institución arbitral extranjera.

En tercer lugar, el sistema de impugnación del convenio arbitral debe reformarse desde dos perspectivas. Por un lado, debe introducirse el principio competencia–competencia para agilizar el procedimiento y evitar la judicialización del arbitraje, circunstancia que, en la actualidad, resulta muy fácil. Por otro lado, el sistema previo de información, presuntamente establecido para favorecer los intereses de los inversores extranjeros, debe reformarse para agilizar la revisión de la decisión de nulidad del convenio arbitral y para abrir dicha posibilidad de revisión a las decisiones de validez del convenio y, en general, a los arbitrajes internos. Resulta difícil de sostener en un Estado de Derecho que exista la posibilidad de revisión para una empresa que se

ha visto perjudicada por una decisión de nulidad de un convenio arbitral en un arbitraje internacional pero no en los demás casos.

La introducción de estos cambios colocaría a China en el buen camino para cumplir sus objetivos: situarse como principal centro de arbitraje del Asia-Pacífico y favorecer de manera eficaz la inversión extranjera.

RESUMEN: En 1994, China adoptó una Ley de arbitraje destinada a adaptar el sistema arbitral del país a los standards internacionales en la materia. Con ello se pretendía promover la inversión extranjera y situar a China como principal centro de arbitraje en Asia-Pacífico. No obstante, existen algunas particularidades de su legislación que obstaculizan la consecución de estos objetivos. El presente trabajo analiza los obstáculos relativos al convenio arbitral y su impugnación: a) la imposibilidad de designar un tribunal arbitral extranjero en litigios exclusivamente conectados con China; b) la obligación de designar claramente, en el convenio arbitral, la comisión arbitral a la que se atribuye la competencia; c) la inexistencia del arbitraje *ad hoc* en China; d) la prohibición *de facto* para las instituciones arbitrales extranjeras de llevar a cabo arbitrajes en China. Asimismo, a la hora de impugnar el convenio arbitral debe tenerse presente que la legislación china no recoge el principio competencia-competencia y que se prevé un sistema previo de información exclusivamente para la declarar la nulidad de convenios arbitrales en arbitrajes internacionales. Una modificación de su legislación en estas cuestiones eliminaría obstáculos para que China cumpliera sus objetivos en la materia

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL – CONVENIO ARBITRAL – CHINA.

ABSTRACT: *The Chinese Arbitration Act 1994 adapts the arbitration system in China to the international standards. The purpose of this Act is to attract foreign investors and to become the principal forum of arbitration in Asia-Pacifc. However, there are several particularities in the legislation that create obstacles to the achievement of those two objectives. This work analyses the obstacles which are related with the arbitration agreement: a) the obligation to arbitrate in China when the situation is exclusively connected with China; b) the obligation to designate an arbitral commission in the arbitration agreement; c) the lack of ad hoc arbitration in China; d) the de facto prohibition to foreign institutions to carry out arbitration in China. These obstacles are also related to the procedure to annul the arbitration agreement: in Chinese Law the Competence-Competence Principle does not exists and a so-called "Prior Reporting System" has been established for the annulment of arbitration agreement exclusively for international arbitration proceedings. An amendment of the concerned provisions is needed to attain the objectives of the Chinese government.*

KEY WORDS: COMMERCIAL INTERNATIONAL ARBITRATION - ARBITRAL AGREEMENT CHINA.