

CAMBIO JURÍDICO EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA*

Miguel RÁBAGO DORBERCKER

SUMARIO: I. *Cambio económico y jurídico en la República Popular China y su relación con México.* II. *El arbitraje comercial internacional como factor de consolidación del Estado de derecho.* III. *Particularidades del arbitraje comercial en China y comparación con su situación en México.* IV. *Conclusiones.*

I. CAMBIO ECONÓMICO Y JURÍDICO EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y SU RELACIÓN CON MÉXICO

Por lo general los comentarios sobre China en México reflejan fuertes prejuicios basados en una culpable ignorancia, más en un gremio que durante muchos años estuvo inmerso en un extremo provincialismo como es el de la abogacía.¹ La República Popular de China (en adelante RPC) ha sufrido una transformación incomparable en un periodo de tiempo bastante corto que se ha reflejado en lo económico, político y social. Quizá nuestra falta de comprensión se deba a lo vertiginoso de los cambios y a la complejidad de una cultura milenaria como la china. Como una manifestación cultural y política, el sistema jurídico de la RPC

* El presente artículo se base en la ponencia “Marco general del mecanismo de arbitraje en China”, presentada en el seminario: Aproximaciones sobre la nueva realidad de la República Popular de China y su marco jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 17 de abril de 2007.

¹ La excepción más clara a este desconocimiento se plantea en el estudio innovador y visionario de Oropeza García, Arturo, *China. Entre el reto y la oportunidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CARI, 2006.

tiene particularidades que lo dotan de cierta complejidad para su análisis. Estas dificultades se pueden observar a primera vista en conceptos contenidos dentro de la Constitución de la RPC, como la propia definición del sistema político chino como: “un Estado socialista bajo la dictadura democrática del pueblo”.² Otro concepto complejo es el de “centralismo democrático”,³ si bien esta última frase no debería ser tan ajena a una realidad como la mexicana en la que bajo el sistema constitucionalista se usaban conceptos como el de “presidencia metaconstitucional” o de “federalismo-centralizante”.

Uno de los temas más distintivos del sistema jurídico chino es de la protección al derecho de la propiedad, lo cual es quizá el punto más determinante del derecho respecto al dictado de la economía. En la RPC el derecho a la propiedad privada está lejos de ser completamente reconocido en sus términos absolutos, fue hasta marzo de 2004 que se introdujo la compensación por casos de expropiación dentro del artículo 13 de la Constitución china, además de la nueva Ley de Propiedad Privada.⁴

Las limitaciones a la propiedad privada en China no deberían sorprender al operador jurídico mexicano, ya que el propio artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el dominio originario del Estado sobre los bienes inmuebles y faculta al Estado para llevar a cabo una expropiación por causa de utilidad pública y mediante indemnización, lo cual es desarrollado por la Ley de Expropiación.⁵ Un tema sobre el que se ha pronunciado de manera importante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es el respeto al debido proceso legal. En un primer criterio estableció que en casos de expropiación la garantía de previa audiencia no rige.⁶ Lo interesante de esta decisión, es

² Artículo 1o. de la Zhonguo Renmin Gongheguo Xiang o Constitución de la República Popular de China del 4 de diciembre de 1982.

³ Artículo 3o. de la Constitución de la RPC.

⁴ Liu, Chenglin, “Informal Rules, Transaction Costs and the Failure of the “Takings” Law in China”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 119-147.

⁵ La Ley de Expropiación desarrolla las causas que se consideran de utilidad pública en su artículo 1o.

⁶ EXPROPIACIÓN LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el Artículo 27 de la propia carta magna y no puede admitirse que exista contradic-

que su fundamentación superpone un derecho colectivo sobre el derecho individual de la propiedad. Recientemente este criterio ha sido revertido y el pleno de la SCJN decidió declarar inconstitucional el decreto de expropiación sobre el sector azucarero por no haber concedido el derecho a audiencia previa.⁷ Un último punto a considerar, es que aun bajo esta

ción con las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia ley fundamental, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. C, junio de 1991, p. 44.

⁷ EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. Conforme al artículo 197 de la Ley de Amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 834, publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1988, Segunda Parte, p. 1389, con el rubro: “EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE”, porque de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P/J. 47/95, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo. Jurisprudencia. Materia(s): administrativa varios. 2/2006-SS, solicitud de modificación de jurisprudencia. Ministro Mariano Azuela, Gúitrón, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 18 de agosto de 2006. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Juan Díaz Romero. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: David Rodríguez Matha. Aprobado por la Segunda Sala de este

creciente protección a la propiedad privada, tanto en el derecho chino como el mexicano, tenemos un sistema interno mucho menos favorable que el existente bajo los compromisos internacionales contraídos en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.⁸

Si bien tanto México⁹ como la RPC¹⁰ han firmado una serie de acuerdos en materia de protección de inversiones donde se tutelan los derechos de propiedad de dichos inversionistas de manera mucho más amplia que en las propias disposiciones constitucionales internas. El debate es si esos estándares de protección a la propiedad privada realmente se traducen en un clima de mayor atracción a la inversión extranjera, lo cual es muy controvertido.¹¹ Por otro lado también habría que discutir un tema más serio; si el aumento de la inversión extranjera tiene como consecuencia un mejoramiento en las condiciones sociales generales y es una contribución hacia el desarrollo sustentable. Las respuestas a estos problemas son precisamente en las que se concentra todo el debate sobre la relación ente derecho y desarrollo y por tanto se encuentran ampliamente controvertidas en sus bases teóricas.¹² Sin entrar en mayor polémica, algunos datos llaman la atención respecto al modelo de la RPC. Durante el mismo año (2005) China recibió 72 406 millones de dólares, mientras

Alto Tribunal, en sesión privada del veinticinco de agosto de dos mil seis. Registro núm. 174253. 124/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 2006, p. 278.

⁸ Sobre la diferencia entre la protección a la propiedad privada en el derecho interno mexicano frente a los tratados en materia de inversiones, véase Rábago Dorbecker, Miguel, “El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?”, en Serna de la Garza, Jose María (coord.), *Derecho comparado Asia-México: culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 445-471.

⁹ México ha celebrado más de 25 acuerdos de promoción y protección de inversiones, además de ocho capítulos de inversión incluidos en Tratados de Libre Comercio.

¹⁰ La RPC tiene celebrados más de 110 acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones.

¹¹ Algunos estudios del Banco Mundial confirman que no existe una relación necesaria entre la atracción de inversiones y la celebración de acuerdos de inversión, véase Hallward-Dreimeir, Mary, “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and they Could Bite”, *Policy Research Working Paper*, Washington, Banco Mundial, 2003, núm. 3121.

¹² Para una definición en este complejo problema teórico, véase Trubek, David M. y Santos, Álvaro, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

que México recibió 18 005 millones de dólares.¹³ Si bien las magnitudes entre las dos economías son amplias, llama la atención que la cifra es mayor en tres veces. Lo interesante es que la consolidación de la RPC como el mayor receptor de inversión extranjera dentro de los países en vías de desarrollo se da bajo un sistema jurídico muy particular.¹⁴

Si bien la amplia red de acuerdos en materia de inversión establecen algunas limitaciones, el sistema de entrada a la inversión extranjera es bastante discrecional. En especial órganos administrativos como el Consejo de Estado tienen gran influencia sobre las decisiones en materia de inversión. Otro aspecto particular es que gran parte de estas empresas se constituyen bajo *joint ventures* con socios chinos, para aprovechar las conexiones en el sistema burocrático chino.¹⁵ En un principio ésta era la única forma de participar en el mercado chino, hasta que en 1986 el Congreso Nacional del Pueblo aprobó la ley sobre empresas extranjeras completamente controladas por extranjeros, en la que se permite la participación del 100% de extranjeros, estas empresas no obstante se consideran personas jurídicas chinas.

También, para establecerse en China, las empresas deben como primer paso entregar a las autoridades locales para su decisión en aproximadamente 30 días: 1) el propósito y monto de la operación; 2) qué productos serán manufacturados y qué tecnología y equipo se utilizarán; 3) qué porcentaje de los productos se comercializarán en el mercado interno en oposición a los exportados; 4) requerimientos de tierra, y 5) qué requisitos de infraestructura son necesarios para que la empresa sea viable.¹⁶

Con posterioridad, se tiene que solicitar la aprobación al gobierno central en la que se presentará la siguiente documentación en mandarín, para su aprobación en aproximadamente 90 días: 1) un estudio de viabilidad; 2) el estatuto social de la empresa; 3) una lista de representantes legales

¹³ Datos del reporte mundial de inversión de la UNCTAD para 2006, disponible en www.unctad.org.

¹⁴ Para algunos observadores, el desarrollo económico de la RPC se ha conseguido fuera de una concepción tradicional del Estado de derecho, véase Peerenboom, Randall, *China's Long March Towards the Rule of Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002, pp. 450-512.

¹⁵ Rehman, Jessica Zoe, "Foreign Investment Law in the People's Republic of China: What to Expect from Enterprise Establishment and Dispute Resolution", *International & Comparative Law Review*, vol. 16, núm. 2, 2006, pp. 453-491 y 462.

¹⁶ *Ibidem*, p. 465.

del consejo directivo; 4) pruebas de la legalidad del inversionista así como de su solvencia crediticia; 5) la respuesta del gobierno local; 6) una lista detallada de los bienes necesarios para la producción que deben ser importados, y 7) otros documentos necesarios.¹⁷ Debido a que algunas de estas medidas podrían ser consideradas contrarias al Acuerdo de Medidas de Inversión Relacionadas a Comercio, el cual es parte integrante del Acta de Marrakech que crea la Organización Mundial de Comercio, el Consejo de Estado ha expedido una nueva regulación sobre inversión extranjera que elimina los requisitos de desempeño incompatibles con la misma. La entrada de la RPC como miembro de la Organización Mundial de Comercio es quizá el motor más importante de las últimas reformas dentro del derecho chino.¹⁸ China sufrió un impacto regulatorio inclusive mayor por su adhesión a la Organización Mundial de Comercio, que el sufrido por México con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

La aparente discrecionalidad administrativa en materia de inversión se combina con un sistema legal casi dual respecto a las operaciones comerciales e inversiones extranjeras en China. Un ejemplo en el ámbito de la fiscalidad es la existencia, hasta la reforma fiscal de 2006, de preferencias impositivas a las empresas extranjeras sobre las nacionales. Actualmente estas diferencias se han eliminado. Anteriormente, también se permitían considerables beneficios fiscales a las empresas que se establecieran en las zonas económicas especiales y las que reinvirtieran sus ganancias en China.

Además de un régimen legal distinto en el ámbito de la fiscalidad, la regulación de los contratos en el derecho chino también refleja en sus inicios una dualidad entre la regulación a los contratos económicos extranjeros y los internos. Hasta la promulgación de la Ley Uniforme para los Contratos en 1999, existía una legislación para los contratos internos denominada Ley de Contratos Económicos de 1991 y otra para los contratos con elementos extranjeros o internacionales, la Ley de Contratos Económicos Extranjeros de 1993.¹⁹ El régimen de los contratos es fundamental para garantizar los derechos de propiedad y la transferencia de la misma, por lo que su regulación es inherente al sistema económico por el

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Oropeza García, Arturo, *op. cit.*, nota 1, pp. 199-233.

¹⁹ Potter, Pitman B., *Chinese Legal System*, Londres, Routledge, 2001, pp. 38-55.

que se opte. A mayor intervención dentro de la libertad contractual, mayor será el papel que juegue el Estado en la transmisión de la propiedad; a menor regulación se implantará un sistema más liberal. Finalmente un dato muy interesante es que tanto la RPC como México son parte de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de mercaderías de 1980. Tal convención regula uno de los aspectos más importantes del comercio internacional; si bien China realizó reservas para que no se aplique la Convención por medio de su sistema conflictual²⁰ y para requerir la forma escrita para el contrato,²¹ reservas que México no realizó.

II. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO FACTOR DE CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

El sistema dual entre los asuntos comerciales meramente internos y los que tienen relaciones con el exterior se extiende hasta el arbitraje comercial internacional. Si bien la diferenciación entre arbitraje comercial nacional e internacional es común en varias legislaciones, en el caso de la RPC encuentra matices distintos. Es regla común que la relación entre el arbitraje comercial internacional con cierto Estado se basa en la teoría de la sede arbitral, si bien existe un fuerte tendencia doctrinal hacia la deslocalización de laudo. La relación del derecho arbitral del lugar de la sede del arbitraje internacional con el propio procedimiento es fundamental. Para efectos de aplicar la regla *lex for regit processum*, se determina que la legislación arbitral nacional es aplicable cuando la sede del arbitraje se encuentre en el Estado. La Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL)²² adopta esta postura, lo cual es muy importante porque es el modelo que siguen tanto la Ley de Arbitraje de China de la Región Administrativa de Hong Kong y el Código de Comercio en México. Al determinar la sede también se establece el vínculo del arbitraje con cierto Estado y la ley procesal interna sólo

²⁰ Reserva al artículo 1. b, de la Convención de Viena.

²³ Kleinheisterkamp, Jan, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Nueva York, Oceana, 2005, p. 11.

²¹ Reserva al artículo 11 de la Convención de Viena.

²² Artículo 1. 2. de la Ley Modelo.

tendrá una relación con el laudo arbitral “extranjero” en casos en los que se soliciten medidas cautelares o el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral ante tribunales situados en su territorio.²³ Por tanto, el papel de la legislación arbitral interna en el arbitraje comercial internacional se produce en dos momentos, el primero en un arbitraje internacional con sede en el Estado como legislación supletoria, en caso de que las partes o el reglamento arbitral referido no hagan mención de alguna cuestión, y el segundo, cuando se reconoce un laudo extranjero en su territorio.

Aun si el arbitraje comercial internacional opera como marco de excepcionalidad dentro del sistema jurídico de la RPC, sus implicaciones para el cambio jurídico y la consolidación del Estado de derecho no son menores. En el caso de arbitraje a ultramar, los tribunales chinos tendrán una participación en el reconocimiento y ejecución del laudo. La cooperación juez-arbitro es aún más amplia cuando la sede arbitral se ubique en territorio chino. Históricamente el arbitraje juega un papel importante dentro del derecho en la RPC. Por lo general el empresariado chino ha tratado de evitar el litigio a toda costa, lo anterior debido a un deber confucionista de mantener la armonía. Esta tendencia a resolver conflictos extrajudicialmente es un rasgo definitorio del derecho chino y en gran medida del derecho del lejano Oriente, si seguimos la clasificación propuesta por Conrad Zweigert y Heinz Kötz. En cuanto al arbitraje comercial, ésta es la forma predilecta de resolución de controversias en los negocios entre empresas y empresarios chinos y extranjeros.²⁴ Dado la importancia de este método de resolución de controversias sobre todo, pero no exclusivamente en asuntos con conexiones internacionales es que se promulga la Ley de Arbitraje de la RPC de 31 de agosto de 1994.

Algunas cuestiones sobre el arbitraje son mencionadas en otras legislaciones como la Ley de Procedimiento Civil de la RPC y la Ley Uniforme para los Contratos de 1999, como por la Ley de Contratos de Contenido Económico de 1994, esta última en la que el arbitraje comercial internacional es ampliamente promocionado. La Ley de Arbitraje establece que tiene por objeto: “proteger los legítimos derechos e intereses de las partes, así como un desarrollo sano de la economía socialista de mercado”.²⁵ En general esta normativa aplica a tres tipos de arbitraje: el

²³ Kleinheisterkamp, Jan, *op. cit.*, nota 23, p. 11.

²⁴ *An Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., Nueva York, Oxford, 1998, p. 287.

²⁵ Artículo 1o. de la Ley de Arbitraje de la RPC.

propiamente nacional entre partes chinas, aquel que tiene alguna relación con el extranjero, y el internacional propiamente dicho en el que el laudo ha sido dictado fuera del territorio de la RPC. Es aquí donde aparecen algunas de las particularidades del propio sistema jurídico chino, como la dualidad entre el trato jurídico a las relaciones comerciales propiamente internas y las relacionadas con el extranjero y sobre todo la protección de una fórmula económica única de economía socialista de mercado.

Una importante mención es que la Ley de Arbitraje de la RPC se basa en la Ley Modelo de la UNCITRAL, lo mismo que la legislación de arbitraje de las regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao. Si bien tanto México y China han basado su legislación arbitral en dicha Ley Modelo, esto no garantiza la uniformidad, ya que en el caso de China hay algunas particularidades. Lo mismo sucede en el caso de la legislación china respecto a la de la Región Administrativa Especial de Hong Kong que ya había incorporado la Ley Modelo en su legislación cinco años antes, es decir, en 1989. La adaptación puede variar entre una ley substancialmente inspirada y una esencialmente adoptada.²⁶ La Ley Arbitral de Hong Kong es una transposición casi exacta de la Ley Modelo, excepto en sus artículos 35 y 36 que tratan el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, los cuales salían sobrando por la participación de Hong Kong en ese entonces y ahora de la RPC en la Convención de Nueva York.²⁷ Los tribunales de Hong Kong han reflejado la influencia de la Ley Modelo sobre todo a través de la aplicación de los documentos de la negociación o *travaux préparatoires* de la Ley Modelo para su interpretación.²⁸

La Ley de Arbitraje de la RPC no se limita al establecimiento de las normas que rigen los procedimientos de arbitraje, nacionales o con relevancia extranjera y a determinar el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, sino que regula de manera particular a las comisiones y asociaciones arbitrales.²⁹ En China hay más de 140 comisiones de arbitraje que conocen sobre arbitraje local, de las cuales la

²⁶ Además cada Estado que ha adoptado la Ley Modelo se muestra como que tiene un seguimiento claro a la misma, *cfr.*, Craig, Laurence; Park, William W. y Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Nueva York, Oceana-CCI, 2000, p. 519.

²⁷ *Ibidem*, p. 564.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Capítulo segundo de la Ley de Arbitraje de la RPC.

más activa es la Comisión de Arbitraje de Beijing.³⁰ No obstante el gran número de comisiones, la Comisión arbitral más importante para el arbitraje comercial internacional en la RPC es la Comisión China de Arbitraje Económico y Comercial Internacional (en adelante CIETAC).³¹

La CIETAC (por sus siglas en inglés de China International Economic and Trade Arbitration Commission) comenzó bajo la denominación Foreign Trade Arbitration Commission (FTAC) creada en abril 2 de 1956 para resolver controversias sobre transacciones comerciales entre empresas extranjeras y empresas chinas.³² Con posterioridad el Consejo chino para la promoción del comercio internacional modificó el nombre de FTAC a FETAC (Foreign Economic and Trade Arbitration Commission) en febrero de 1980 de acuerdo con el oficio del Consejo de Estado relativo a la Conversión de la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional en la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional. El oficio del Consejo de Estado de 26 de febrero de 1986 amplió las materias de las que podía conocer el Consejo para incluir controversias sobre inversión extranjera, la operación de *joint ventures* y préstamos de bancos extranjeros. Fue en 1988 que finalmente se le cambió el nombre a CIETAC.

Las reglas de arbitraje de la CIETAC las aprueba el Consejo Chino para la Promoción del Comercio Internacional, sin necesidad de recurrir al Consejo de Estado. La CIETAC ha reformado sus reglas en seis ocasiones, la última en 2000. Ahora la CIETAC conoce de controversias inclusive domésticas, arbitraje internacional o con conexiones en el extranjero, las relacionadas con las Regiones Administrativas Especiales de Macao y Hong Kong, así como Taiwán, disputas entre empresas de inversión extranjera o entre personas jurídicas chinas, sobre recurso, tecnología o servicios otorgados por empresas extranjeras, o de las Regio-

³⁰ Cfr., *ibidem*, p. 473, <http://www.bjac.org.cn>.

³¹ La información sobre la CIETAC se puede consultar en su página web en inglés: http://www.cietac.org.cn/index_english.shtml. También se puede consultar su página web en mandarín: <http://www.cietac.org.cn/index.shtml>. La cláusula modelo para la sumisión a arbitraje ante la CIETAC es la siguiente: “cualquier conflicto derivado o relacionado con el presente contrato se someterá a arbitraje a CIETAC, el cual se llevará a cabo de conformidad con las reglas de arbitraje de la comisión vigentes al momento de presentar la solicitud de arbitraje. El laudo arbitral es vinculante y definitivo para las partes”.

³² Para una historia de la formación de la CIETAC, véase Tao, Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, La Haya-Londres-Nueva York, Kluwer, 2004, pp. 17-20.

nes Especiales o de Taiwán. Además, existen unas reglas especiales de la CIETAC para arbitraje en el sector financiero de 2003.

El volumen de casos que maneja la CIETAC es sorprendente, ya que en los últimos años ha oscilado entre 460 y 900 casos nuevos al año. Sólo en 2004 manejó más de 850 casos. La comparación con algunas de las instituciones administradoras de arbitraje en México es muy ilustrativa, ya que en toda la historia del Centro de Arbitraje de México y hasta 2006 sólo había administrado 21 casos en total.³³ CIETAC es hoy por hoy la institución de administración de arbitrajes con más casos internacionales en el mundo. Otra cuestión importante además de su enorme manejo de casos, es que laudos emanados del CIETAC han sido exitosamente ejecutados en más de 140 Estados y regiones.³⁴ El enorme éxito de la CIETAC en la resolución de conflictos jurídicos que involucran a empresas extranjeras se debe a que, entre otras cosas, se permite la representación de las mismas por parte de abogados extranjeros, además de poder nombrar árbitros con una nacionalidad distinta a la china, lo cual se encuentra vedado en los casos en que se recurre a los tribunales estatales. Finalmente, la CIETAC no es la única comisión de arbitraje en China con importancia para las empresas transnacionales, si bien no con el número de manejo de casos que lleva la CIETAC, la China Maritime Arbitration Commission (CMAC) tiene sus propias reglas de arbitraje y conoce de disputas en el sector marítimo.

Además de la Ley de Arbitraje china, la RPC es parte de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 desde 1987, al igual que México desde 1971. La RPC realizó dos reservas a tal Convención, la de reciprocidad y que sólo se aplicará a laudos considerados de tipo comercial bajo el derecho chino. La Convención de Nueva York se aplica territorialmente tanto a China, como a Hong Kong y Macao.³⁵ Si bien México no realizó reserva alguna, es justo señalar que otro

³³ Véase <http://www.camex.com.mx/estadisticas.htm>.

³⁴ Xiuwen, Zhao y Kloppenberg, Lisa A., "Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy", *University of Dayton Law Review*, núm. 31, 2006, pp. 421-451.

³⁵ Cuando China recuperó la soberanía sobre Hong Kong el primero de julio de 1997, el gobierno de China extendió la aplicación territorial de la Convención a Hong Kong, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención. El 19 de julio de 2005, China declaró que la Convención se aplicará a Macao, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención.

instrumento de arbitraje regional del que es parte México (la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional) se limita a laudos de carácter comercial en su artículo primero, lo que opera de manera similar a la reserva planteada por China en la Convención de Nueva York.

Otra convención que establece un mecanismo de arbitraje, si bien limitado al arbitraje en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado chino, es el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (en adelante CIADI). La RPC es parte de esta convención desde 1993. México no es parte de dicha convención, pero sí se remiten casos de arbitraje a CIADI en función del mecanismo complementario de dicha convención y a la referencia de diversos acuerdos en materia de inversión que remiten a tal mecanismo de resolución de controversias. Dentro de la mayoría de los acuerdos de inversión celebrados por la RPC, también se incluye el arbitraje inversionista-Estado ante el CIADI. Hay que señalar que la RPC estableció una reserva de conformidad al artículo 24 (4) de la Convención, referente a que China sólo acepta la jurisdicción del CIADI en casos sobre nacionalizaciones de inversiones extranjeras. Lo que resulta sorprendente y puede ser una prueba de la estabilidad de la cual gozan, de manera legal o fáctica, las inversiones extranjeras en la RPC es que no existe una sola controversia registrada ante el CIADI contra el Estado chino. El contraste es grande con México que recibe un volumen de inversión extranjera considerablemente menor que el de la RPC y tiene siete asuntos resueltos ante el CIADI y otros cinco pendientes de resolución.

El protagonismo que tenga el arbitraje comercial internacional respecto a la consolidación del Estado de derecho en China es difícil de pronosticar. Las relaciones entre jueces y árbitros a veces no son tan cordiales y existe cierta rivalidad entre la CIETAC y el Poder Judicial chino, especialmente derivada a una labor de mercadotecnia para atraer arbitrajes por parte de la CIETAC, en la que se resalta la superioridad sobre un Poder Judicial más lento y menos especializado. Pero el creciente comercio internacional ha traído reformas importantes en al sistema judicial, como la modificación de requisitos para ser juez con la Ley de jueces del 1o. de julio de 1995. La ola de reformas no se ha quedado en la judicatura, sino que se ha extendido al foro, como ejemplifican las reformas a la profesión legal a través de la Ley sobre la abogacía de 1996.

III. PARTICULARIDADES DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN CHINA Y COMPARACIÓN CON SU SITUACIÓN EN MÉXICO

Además de las diferencias que puedan existir en cuanto a ciertos puntos básicos para la conducción de un arbitraje, como pueden ser la validez y extensión de la cláusula arbitral o el reconocimiento y ejecución de laudos, la postura del árbitro y el arbitraje frente a los jueces cambia según la cultura jurídica. La esencia de la compleja relación entre jueces y árbitros reside en gran medida en la opción de política legislativa que guarde cada Estado. Como señala Russel J. Weintraub, el Estado debe balancear entre el permitir la independencia del procedimiento arbitral y el limitar abusos sustanciales en el procedimiento arbitral.³⁶ Además de esta manifestación política del Estado a través de su legislación interna y la celebración de tratados, dentro de un análisis más sociológico se deben incluir la actividad jurisdiccional así como la actitud del foro, además de la proclividad de las empresas a nacionales y extranjeras como presencia en la RPC a someterse a arbitraje. La cultura también ejerce una influencia innegable dentro del desarrollo del arbitraje. Un ejemplo claro de cómo las prácticas culturales pueden alterar ciertos procedimientos es la costumbre que tienen los árbitros en China de reunirse con las partes. A veces estas reuniones se dan inclusive en privado, lo cual deriva de la tradición china de que el juzgador debe de tener contacto con las partes e investigar sobre el asunto de manera directa.³⁷

1. *Internacionalidad del laudo*

A la tradicional división entre un laudo nacional y uno internacional, normalmente determinada por la sede del arbitraje, el derecho chino incorpora una tercera categoría de laudos con “elementos extranjeros”. Dichos laudos atañen un procedimiento de reconocimiento y ejecución distinto al contemplado tanto para laudos nacionales como para laudos extranjeros. Para considerar a un laudo con “elementos extranjeros”, una empresa extranjera debe participar como parte en conflicto que se trata de

³⁶ Russell J. Wientraub, *International Litigation and Arbitration. Practice and Planning*, 4a. ed., Durham, Carolina Academic Press, 2003, p. 543.

³⁷ Potter, Pitman B., *op. cit.*, nota 19, p. 33.

solucionar por este medio o el objeto del mismo debe encontrarse en el extranjero.³⁸ Sobre este asunto, en una decisión del 14 de julio de 1992 la Suprema Corte del Pueblo estableció que este tipo de laudos contemplados en la Ley de Procedimiento Civil de 1992 se presentan: cuando una o varias de las partes son nacionales de otros Estados, a partidas, o empresas extranjeras, si las acciones legales conllevan la creación, cambio o terminación de una relación legal con una empresa extranjera y finalmente cuando la materia de la controversia se encuentre en otro Estado.

Una mención especial merecen los laudos dictados en las Región Especial Administrativa de Hong Kong y Macao que quieran ser reconocidos y ejecutados en el territorio de la RPC y viceversa. La pregunta obligada es: ¿son laudos extranjeros? y en su caso, ¿se ejecutan de conformidad a la Convención de Nueva York? En principio la respuesta a las dos preguntas es no, ya que ambas regiones son parte integrante de la RPC. Bajo tales supuestos se basó el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Hong Kong en el caso de 1999a, *Hebei Import & Polytec Company Ltd*,³⁹ en el que se discutió la aplicación del Convención de Nueva York. El tribunal, al aplicar el artículo 1o. de la Convención, decidió que tales casos no se incluían dentro del ámbito de aplicación del tratado, debido a que al ser la Región Especial Administrativa de Hong Kong parte integrante del territorio de la RPC. China y la Región Administrativa de Hong Kong han celebrado acuerdos en líneas similares a la Convención de Nueva York para tales efectos.⁴⁰

Si bien este asunto parece zanjado, la cuestión de internacionalidad del laudo presenta ciertos problemas cuando dos nacionales chinos se someten a arbitraje con sede en otro Estado y buscan el reconocimiento de tal laudo bajo la Convención de Nueva York.⁴¹ A tal situación no parece existir un criterio general y se tendrán que analizar los puntos especiales. Todavía más problemático es el trato tan especial que se le da al arbitraje

³⁸ Xiaowen, Qiu, "Enforcing Arbitral Awards involving a Foreign Parties: a Comparison of the United States and China", *The American Review of International Arbitration*, núm. 11, 2000, pp. 607-635 y 608.

³⁹ *Cfr., op. cit.*, nota 26, pp. 572 y 573.

⁴⁰ Acuerdo para el Reconocimiento Mutuo de Laudos Arbitrales entre la República Popular China y la Regional Especial Administrativa de Hong Kong del 21 de junio 1999, *ibidem*, p. 572.

⁴¹ *Ibidem*, p. 21.

con elementos extranjeros en el derecho de la RPC. A manera de ejemplo se cita un caso en los que se definen tal tipo de arbitrajes.

El caso más importante respecto a la internacionalidad del laudo es el de *China International Construction and Consultancy Corporation vs Beijing Lido Hotel Company* de 1992.⁴² Los tribunales optaron en este caso por considerar al arbitraje como internacional y por tanto la competencia de la CIETAC. La disputa derivaba de un contrato de construcción y sobre cuestiones de incumplimiento contractual entre una empresa china (CICCC) y Lido, una *joint venture* china y de Hong Kong. Sin embargo la Corte Popular estableció en diciembre de 1992 negar el reconocimiento y ejecución del laudo, ya que no era internacional y por tanto CIETAC no tenía competencia, ya que ambas empresas eran chinas y que el *joint venture* era una persona jurídica china.

2. Arbitrabilidad

Las cuestiones relativas a la arbitrabilidad se dividen en objeciones a la sumisión arbitral derivadas del objeto de la controversia o por la naturaleza de las partes. En primer lugar se analizarán las limitaciones en razón de la materia. Las legislaciones internas de cada Estado normalmente excluyen algunos asuntos en función a su materia o por el objeto de la controversia. Algunos ejemplos comunes son:⁴³ estado y capacidad de la persona, cuestiones de familia, protección de la parte débil, competencia económica, bienes de circulación restringida, concursos mercantiles, cuestiones que deriven de decisiones que tienen el carácter de *res iudicata*. Un sector de la doctrina aboga por una distinción en la arbitrabilidad objetiva en el arbitraje comercial internacional y el nacional, debido a las distinciones existentes en los mismos.⁴⁴ Un caso que ilustra esta diferencia se da cuando dos partes de distintos Estados optan por que la sede del arbitraje sea en un tercer Estado neutral, en dicho caso el control de la arbitrabilidad objetiva (sobre todo en los Estados que como China y México siguen la Ley Modelo de UNCITRAL) se dará bajo la *lex fori*, es decir, la de la sede, cuyos tribunales tendrían escaso o nulo interés en la arbitrabilidad de un caso cuyos efectos y eventual reconocimiento y ejecución será en el ex-

⁴² Jigzhu, Tao, *op. cit.*, nota 32, p. 23.

⁴³ Kleinheisterkamp, Jan *et al.*, *op. cit.*, nota 23, pp. 55-65.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 70.

tranjero.⁴⁵ Dicha posibilidad se encuentra regulada en los dos principales tratados que tiene celebrados México respecto a reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales el Convenio de Nueva York⁴⁶ (de la cual es parte China) y la Convención de Panamá,⁴⁷ en las que se permite el negar el reconocimiento y ejecución del laudo con base a que el objeto del arbitraje no es sujeto del mismo bajo la ley donde se busca su ejecución.

Sobre el tema, la Ley Modelo de UNCITRAL, en su artículo 1.5, señala que no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley. Es aquí donde se permite que los Estados que adopten la Ley Modelo puedan mantener materias que bajo otras disposiciones de la ley interna no son susceptibles de arbitraje.

Un aspecto muy positivo de la Ley de Arbitraje de la RPC es que resulta mucho más clara en cuestiones de materias arbitrales que el Código de Comercio. Dentro de su artículo 3o. se excluyen del arbitraje un grupo de materias referentes al derecho de familia como cuestiones relacionadas al matrimonio, adopción, tutela, menores y sucesiones. Además la misma disposición excluye del ámbito de aplicación material del arbitraje todas las disputas que deban ser resueltas por tribunales administrativos.

La segunda clasificación sobre cuestiones de inarbitrabilidad es la subjetiva y dentro de la misma encontramos el espinoso tema del arbitraje con entidades del sector público. Esta cuestión tiene una solución específica respecto al arbitraje en materia de inversiones a través de la red de Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones y los Capítulos de Inversión en tratados de libre comercio, pero sólo en los casos de controversias inversor-Estado. En todos estos acuerdos, el tratado opera como una oferta general de arbitraje y evita la muy complicada aplicación de las normas de inmunidad de jurisdicción, si bien deja intactas las relativas a la inmunidad de ejecución *ex post*. La subjetividad de las empresas mixtas en la RPC puede tener enormes implicaciones respecto a la autorización para celebrar una cláusula arbitral, por lo que se debe tratar caso por caso. Por lo que respecta a México, tanto la Ley

⁴⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁶ Artículo V. 2 de la Convención de Nueva York.

⁴⁷ Artículo 5. 2 de la Convención de Panamá.

Orgánica de Petróleos Mexicanos⁴⁸ como la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica⁴⁹ prevén la posibilidad de someterse a arbitraje internacional de manera general.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público⁵⁰ señala como foro exclusivo a los tribunales mexicanos.⁵¹ La posibilidad de comprometerse arbitraje está sujeta a una autorización específica por medio de las reglas generales expedidas por la contraloría, previa opinión de la Secretaría de Economía. En caso de no ajustarse a dichas reglas, la cláusula arbitral sería nula.

3. *Efectos de la cláusula arbitral*

El efecto principal de la cláusula arbitral (positivo) es la posibilidad de que una disputa pueda ser sometida a un tribunal arbitral y, por otro lado, que los tribunales nacionales remitan a las partes a arbitraje en caso de que exista un acuerdo arbitral válido entre las partes (efecto negativo). Tanto la Ley Modelo de UNCITRAL como la Convención de Nueva York tratan de fortalecer esta posibilidad, en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York como en el artículo 8o. (1) de la Ley Modelo de la CNUDMI. Concretamente el artículo 8o. (1) de la Ley Modelo, señala respecto al acuerdo de arbitraje que se remitirá a las partes al arbitraje a solicitud de cualquiera de ellas, a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Dentro de la legislación mexicana el artículo 1424 del Código de Comercio establece lo mismo, excepto que no establece un punto específico sobre el cual se deba de remitir el asunto a arbitraje. Esta solución refleja más la adoptada en el Convenio de Nueva York, que la de la Ley Modelo, al no aclarar el momento procesal oportuno para realizar dicha remisión. Por lo que respecta a la Ley de Arbitraje de la RPC, su artículo 5o. prevé que cuando todas las partes hayan consentido en someter una disputa a arbitraje, entonces los tribunales del pueblo no deberán admitir reclama-

⁴⁸ Artículo 14 de la Ley Orgánica de Pemex.

⁴⁹ Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica sobre Actos de la Comisión Federal de Electricidad.

⁵⁰ Publicada en el *Diario Oficial*, 4 de enero de 2000.

⁵¹ Artículo 15.

ciones sometidas por una parte solamente, excepto cuando el acuerdo de arbitraje no sea válido. Tal excepción es reconocida tanto en la Ley Modelo como en la Convención de Nueva York y por tanto podrán conocer los tribunales internos en los casos en que la cláusula es inválida, inoperante o imposible de ser cumplida. La Convención de Panamá es menos contundente que la Ley Modelo o la Convención de Nueva York al señalar que un acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.⁵²

En la práctica, el problema común que se presenta es cuando una parte somete ante un tribunal interno una controversia relacionada a una relación comercial derivada de un contrato que contiene una cláusula arbitral. Si la contraparte realiza un argumento en cuento al fondo del asunto sin antes objetar la competencia del tribunal nacional, ésta será considerada como una sumisión tácita y por tanto una derogación de la jurisdicción arbitral o modificación de la intención de las partes. A veces y en contravención a la Convención de Nueva York, los tribunales nacionales mantienen su competencia a pesar de la existencia de una cláusula arbitral y aun sin la comparecencia de la otra parte. Un caso bastante criticado fuera de la RPC fue el caso *Revpower*, en el cual un juez local mantuvo su jurisdicción aun a pesar de la existencia de una cláusula arbitral válida y no se admitió el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en violación al Convenio de Nueva York.⁵³

El efecto derogatorio de la cláusula arbitral sobre la competencia de los tribunales nacionales es aún más problemático en el caso de la remisión de una controversia con fuertes conexiones con los tribunales de un Estado y que es remitida a una sede arbitral en el extranjero. La posibilidad de substraerse de la jurisdicción ordinaria nacional es un tema bastante espinoso en México y especialmente si esto implica someterse a arbitraje con sede en el extranjero, en gran parte debido al principio de territorialismo. Éste es en general uno de los problemas con el arbitraje en América Latina, como señala Jan Kleinhesiterkamp, ya que los tribunales consideran al arbitraje como una derogación del ejercicio soberano de la jurisdicción, por tanto adoptan una postura de una excepción a su

⁵² Artículo 1o. de la Convención de Panamá.

⁵³ Potter, Pitman B., *op. cit.*, nota 19, p. 34.

competencia que debe ser rigurosamente vigilada.⁵⁴ Si aplicamos análogicamente la solución dada en la derogación en el ámbito del derecho aplicable, llegaríamos a la concusión de la posible aplicación de principio de fraude a la ley, como en el artículo 15. I del Código Civil Federal, que impediría que un arbitraje que no tiene conexión con otra jurisdicción pueda ser celebrado. Lo anterior se podría ejercitar, ya sea a través de la declaración de competencia por parte de los tribunales internos en caso de que una parte demande en México o por medio de la negación del reconocimiento y ejecución de laudo. Esta última posibilidad se antoja más complicada debido a que la única opción para negarse a dicha ejecución en el ámbito del Convenio de Nueva York o de Panamá sería la causal de orden público. Por lo que se refiere a la RPC, la Ley Uniforme de Contratos sí permite a las partes optar por arbitraje, inclusive fuera del territorio chino, ya que opta por permitir a las partes con cierto grado de extranjería escoger el mejor método de resolución de controversias.⁵⁵

El efecto negativo de la cláusula arbitral puede verse mermado en caso de que la materia objeto de la controversia sea considerada como de competencia exclusiva de los tribunales mexicanos. El Código Federal de Procedimientos Civiles establece dichas competencias exclusivas en su artículo 568.⁵⁶ También la Ley Federal de Responsabilidad Civil por Daño Nuclear establece la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos en estos casos que se antojan difícilmente arbitrables.⁵⁷ Otro ejemplo se da en el derecho marítimo en la Ley de Navegación, según

⁵⁴ Kleinheisterkamp, Jan, *et al.*, *op. cit.*, nota 23, p. 134.

⁵⁵ Artículo 128 de la Ley Uniforme de Contratos.

⁵⁶ “Artículo 568. Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias:

I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes;

II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacione con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;

III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y

V. En los casos en que lo dispongan así otras leyes”.

⁵⁷ Artículos 25 y 26. IV de la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.

la cual la jurisdicción sobre las embarcaciones y artefactos navales extranjeros que se encuentren en vías generales de comunicación por aguas mexicanas es exclusiva de los tribunales mexicanos.⁵⁸ Además, todo lo relacionado a controversias, actos de jurisdicción voluntaria y procedimientos especiales o de ejecución en asuntos relacionados con las vías generales de comunicación por aguas, la navegación y el comercio marítimo en las aguas interiores y en la zona marítimas es competencia de los tribunales federales.⁵⁹ No obstante, sí se permite a las partes someter sus diferencias a arbitraje y no se estipula si el mismo tiene que ser nacional, o si se puede optar por una sede en el extranjero, por lo que no existe una restricción al respecto.

4. *Validez de la cláusula arbitral*

En la Ley Modelo de UNCITRAL se prevé (artículo 16) que el propio tribunal arbitral conozca de cualquier cuestionamiento relativo a la existencia o validez de la cláusula arbitral, ya sea a través de un laudo interlocutorio o decidiéndolo en laudo de fondo. La amplia facultad para decidir si la objeción a la cláusula puede suspender el procedimiento arbitral sobre el fondo, es considerada como una pieza fundamental de la Ley Modelo de la UNCITRAL.⁶⁰ Por su parte la validez de la cláusula arbitral se regula dentro del artículo 20 de la Ley de Arbitraje de la RPC.

El mismo señala que cuando las partes tengan dudas sobre la validez de la cláusula arbitral se puede solicitar que la Comisión Arbitral o un tribunal interno, decidan sobre el asunto. Si una de las partes recurre a la Comisión y la otra se decanta por un tribunal interno, será el segundo el que se pronunciará. El aspecto más positivo de esta disposición es que establece que las objeciones relativas a la validez del laudo deberán ser presentadas con anterioridad a la primera audiencia del tribunal arbitral.

La Ley de Arbitraje de la RPC también señala las reglas para considerar a una cláusula o compromiso arbitral como válido: debe haber una intención expresa de someterse a arbitraje, se deben mencionar las cuestiones sujetas a arbitraje y finalmente se debe señalar específicamente

⁵⁸ Artículo 4o. de la Ley de Navegación.

⁵⁹ Artículo 3o. de la Ley de Navegación.

⁶⁰ Craig, Laurence *et al.*, *op. cit.*, nota 26, p. 523.

la comisión arbitral.⁶¹ Los causales de invalidez de la cláusula arbitral también se enumeran de manera taxativa: el objeto del arbitraje rebasa el ámbito de cuestiones que pueden ser arbitradas por disposición de la ley, ausencia de capacidad para comprometerse a arbitraje y que el acuerdo haya sido celebrado por medio de coacción.⁶²

El caso resulta más complicado cuando se presenta la objeción respecto a la existencia o validez de la cláusula arbitral ante un tribunal nacional y no ante el propio tribunal arbitral, asunto tratado en el artículo 8o. de la Ley Modelo. De hecho este tema fue abordado en un caso ante los tribunales de *Hong Kong en Hong Kong Fung Sang Trading Ltd vs Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd*, de 1992. En este caso una parte objetó la existencia del contrato debido a que el representante de una de las partes no tenía mandato para celebrar el mismo.⁶³ La petición de la parte era que no nombrara al árbitro que había dejado de nombrar por tal razón, lo cual fue rechazado por el tribunal, ya que no era imperante que el mismo conociera de tal objeción y por tanto remitía a que dicha objeción fuese resuelta por el tribunal arbitral con base en el artículo 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL.

En otro caso, la Corte Suprema del Pueblo en sus facultades interpretativas dictó una respuesta respecto a la determinación de la competencia en un contrato chino-mongol de construcción.⁶⁴ En este caso, el máximo tribunal de la RPC estableció la validez de la sumisión del arbitraje a través de incorporación por referencia. Dentro del contrato las partes no incluían una cláusula arbitral, pero sí establecieron que las cuestiones contractuales se regirían por las condiciones conjuntas para la entrega de bienes establecidos entre China y Mongolia (un acuerdo entre los órganos de comercio de ambos países) en donde se preveía el arbitraje en caso de no llegar a una solución amistosa.

Dado que el consentimiento es fundamental para la validez de la cláusula arbitral, es importante señalar que tanto en la Convención de Nueva York como la de Panamá, se establece que la ley que determina el consentimiento para someterse a arbitraje es la acordada entre las partes y a

⁶¹ Artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

⁶² Artículo 17 de la Ley de Arbitraje.

⁶³ Craig, Laurence, *op. cit.*, nota 26, p. 524.

⁶⁴ *Fa Han*, 1996, núm. 177, de 14 de diciembre de 1996, *cfr.*, Jingzhou, Tao, *op. cit.*, nota 32, p. 36.

falta de la misma será la *lex arbitri* o la ley de la sede del arbitraje.⁶⁵ Además es importante definir si el consentimiento de las partes se extiende a todas las controversias o sólo a algunas.

Dentro de la Ley Modelo de la CNUDMI se define, al igual que la Convención de Nueva York, la cláusula arbitral como aquella en las que las partes acuerdan el sometimiento de ciertas o todas las disputas respecto a una relación legal definida.⁶⁶ No obstante la reserva a materias comerciales, como la hecha por la RPC, puede limitar considerablemente el alcance de la cláusula arbitral, eliminando todas las consideraciones que no sean esencialmente comerciales, como por ejemplo aquellas derivadas de la responsabilidad civil. Lo mismo sucede en cuanto a la Convención de Panamá, bajo la cual no se podría aplicar a arbitrajes que no derivaran de una transacción comercial según el artículo 1o. de la misma.

Otro punto que se relaciona con la validez de la cláusula arbitral es el de la independencia de la misma sobre el contrato. La Ley Modelo de la CNUDMI prevé la independencia de la cláusula arbitral del resto del contrato en su artículo 16.1, al señalar que una decisión por parte del tribunal arbitral referente a la nulidad del contrato no implica la nulidad de la cláusula. Tal precepto se ve transpuesto de la Ley de Arbitraje china en su artículo 19, que establece expresamente la independencia de la cláusula arbitral sobre el resto del contrato. Sin embargo, la independencia de la cláusula arbitral va íntimamente relacionada con el principio de *kompetence-kompetence* que se refiere a la capacidad del tribunal para determinar su propia competencia.

Esta facultad es considerada esencial para que el arbitraje se desarrolle de manera efectiva. En el caso particular de la RPC es la institución arbitral y no el tribunal quien tiene la posibilidad de decidir sobre la competencia del tribunal arbitral o en su caso tribunal jurisdiccional.⁶⁷ Las Reglas de 2005 de la CIETAC señalan que tal institución puede determinar si existe un acuerdo arbitral válido, puede delegar esta facultad en un tribunal. Este cambio en las reglas de arbitraje permite una mayor independencia de los tribunales arbitrales y debe ser visto como un paso más para la consolidación de procedimientos de arbitraje menos controlados por la organización arbitral.

⁶⁵ Artículos V. I de la Convención de Nueva York y artículo 5.2.a de la Convención de Panamá.

⁶⁶ Artículos 7. 1 de la Ley Modelo y el artículo 1.1 de la Convención de Nueva York.

⁶⁷ Xiuwen, Zhao y Kloppenberg, Lisa A., *op. cit.*, nota 34, p. 439.

Para efectos de ilustrar cómo funciona la validez de la cláusula arbitral, se puede poner el ejemplo de la designación de la institución arbitral. Este punto es esencial ya que no se permite el arbitraje *ad hoc* con sede en la RPC. Por tanto se debe señalar claramente la institución arbitral, detalle fundamental debido a la proliferación de instituciones arbitrales. En un caso la Corte Intermedia del Pueblo de Haikou, en la Provincia de Hainan, decidió que una cláusula en la que se establecía que “cualquier controversia surgida del presente contrato se resolverá de conformidad a las reglas de arbitraje de la CCI y la sede del arbitraje será Londres”, no era válida porque no mencionaba una institución arbitral concreta.⁶⁸ La mención a las reglas de la CCI no era suficiente para establecer que era una remisión a la CCI, ya que las reglas de la CCI son aplicadas por varias instituciones arbitrales.

5. Medidas cautelares

Dentro de la compleja relación procesal entre jueces y árbitros, uno de los puntos más álgidos son las medidas cautelares. Al solicitar la cooperación con un tribunal nacional para la ejecución de medidas cautelares, la competencia del tribunal arbitral se puede ver seriamente mermada si el tribunal nacional ante el cual se solicitan las medidas no reconoce la competencia del solicitante. La Ley Modelo de la CNUDMI trata de evadir el problema de la competencia del tribunal arbitral al señalar que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje, que una parte, con anterioridad o durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, solicite a un tribunal nacional la adopción de medidas provisionales.⁶⁹

La Ley Modelo de UNCITRAL trata de llenar el vacío de la Convención de Nueva York respecto a medidas cautelares, vacío que también la Convención de Ginebra de 1961 trató de suplir.⁷⁰ En la misma se establece que la solicitud de medidas cautelares no afecta la exclusividad en la competencia del tribunal arbitral y por tanto pueden ser solicitadas por las partes ante los tribunales nacionales. La Convención de Panamá igualmente se mantiene en silencio sobre esta cuestión.

La legislación china en materia de arbitraje sí permite que los tribunales arbitrales puedan solicitar medidas cautelares si bien reduce el al-

⁶⁸ *Ibidem*, p. 438.

⁶⁹ Artículo 9o. de la Ley Modelo de UNCITRAL.

⁷⁰ Artículo VI. 4 de la Convención de Ginebra, *cfr.*, Kleinheisterkamp, Jan., *op. cit.*, nota 23, p. 153.

cance de las medidas que pueden ser solicitadas por un tribunal.⁷¹ Esta norma limita considerablemente las medidas provisionales que se pueden solicitar, ya que sólo está facultado para solicitar medidas en función de la conservación de pruebas para ser puestas a disposición del tribunal en casos en que una de las partes tenga el temor de que sean destruidas o escondidas. Todos los casos que no se encuentren incluidos serán de la competencia de los tribunales nacionales, si bien se salvaguarda la competencia del tribunal arbitral.

En el caso de México no se optó por una restricción en el tipo de medidas que se pueden solicitar, ya que bajo el artículo 1433 del Código de Comercio, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede solicitar las medidas providenciales necesarias para el objeto del litigio. Además puede establecer una garantía suficiente en relación con estas medidas. En otras legislaciones como las de Australia y Escocia, se establece que la solicitud de medidas cautelares se deberá ejecutar como un laudo.⁷² En el caso de medidas que atañen ejecución, lo mejor es dictar un laudo interlocutorio ya que tendrá que tramitarse por vía de incidente de homologación de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles.

La inmensa mayoría de los reglamentos arbitrales más utilizados en la RPC y en México, permiten la solicitud de medidas cautelares directamente a los tribunales arbitrales. Tal es el caso del artículo 23.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que además permite la solicitud de tales medidas ante los jueces antes de la entrega del expediente al Tribunal arbitral y en algunas circunstancias aun después (artículo 23.2).

La misma disposición trata de evitar los posibles efectos negativos que tenga la solicitud de medidas cautelares sobre la competencia del tribunal arbitral, al señalar expresamente que dicha solicitud no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia al mismo o afecta sus poderes. Todas las solicitudes de medidas cautelares se deben notificar sin dilación a la Secretaría General de la CCI y ésta a su vez informará al tribunal arbitral.

Por lo que respecta a reglamentos de arbitraje operantes en la RPC, las reglas de arbitraje de la CIETAC reflejan las disposiciones de la Ley de Arbitraje. Para efectos de medidas cautelares que tengan por efecto la con-

⁷¹ Artículo 46 de la Ley de Arbitraje de la RPC.

⁷² *Cfr.* Craig, Laurence *et al.*, *op. cit.*, nota 26, p. 527.

servación de la propiedad, la CIETAC remitirá dicha solicitud a los tribunales internos que resulten competentes según la medida.⁷³ En consonancia con la Ley de Arbitraje, si las medidas solicitadas tienen por objeto la protección de ciertas pruebas, entonces la CIETAC remite dicha solicitud al tribunal del lugar donde se encuentren las mismas.⁷⁴ Si bien no se ha concretado en la práctica, ya que no existe todavía una demanda de un inversor en contra de la RPC ante el CIADI, lo interesante es que el Reglamento de arbitraje del CIADI sí permite que el tribunal arbitral las ordene.⁷⁵

En el caso de México, al no ser parte del Convenio de Washington y en todo lo que no sea modificado por los acuerdos en materia de inversión, el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo complementario del CIADI permite al Tribunal arbitral recomendar medidas cautelares a petición de parte o de oficio. Al igual que el Reglamento de arbitraje de la CCI no se entiende que la solicitud de medidas provisionales de protección a un tribunal interno, infrinja la cláusula compromisoria o se menoscabe las atribuciones del Tribunal.

Por último, en este mismo sentido, pero sin permitir que el tribunal las dicte de oficio, se manifiestan: la regla R-34 de las Reglas de Arbitraje de la AAA, la 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con la única diferencia que prevé la posibilidad de dictar un laudo interlocutorio para dicha medida), el artículo 31 del Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, el artículo 23 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, y el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

6. Reconocimiento y ejecución

Si bien es cierto que una de las ventajas del arbitraje comercial internacional es que crea un ambiente propicio para una solución negociada a la controversia, el verdadero éxito de un sistema arbitral guarda una relación directa con la posibilidad de dar ejecución coactiva a lo decidido por los árbitros. La Ley de Arbitraje china le otorga el carácter de *res judicata*

⁷³ Artículo 17 de las Reglas de Arbitraje de la CIETAC del 1o. de mayo de 2005.

⁷⁴ Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CIETAC.

⁷⁵ Regla 39 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje ante el CIADI.

a los laudos emitidos por las comisiones de arbitraje en China.⁷⁶ Esto propicia cierto *efecto llamada* hacia instituciones de administración de arbitraje chinas, lo cual puede explicar el gran uso de la CIETAC. Esto no sucede con laudos emitidos en asuntos locales en los que se tiene que buscar el reconocimiento y ejecución ante los tribunales locales, donde sí hay revisión del fondo del asunto. Por supuesto, el panorama es bastante distinto cuando se trata de reconocer y ejecutar un laudo proveniente del extranjero.

El procedimiento para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la RPC se rige de manera general por los acuerdos firmados con otros Estados, entre ellos el Convenio de Nueva York, y en caso de no ser parte del mismo, ya que China hizo una reserva de reciprocidad en el mismo, se basaran en el principio de reciprocidad y bajo el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Civil. Según algunos observadores, no hay noticias de negación de reconocimiento y ejecución de laudos en base a los causales de la Convención de Nueva York.⁷⁷ Sin embargo, algunos aspectos de la Ley de Procedimiento Civil deben ser considerados para una posible negación en el reconocimiento y ejecución del laudo. Por ejemplo, en esta norma se establece un periodo de prescripción para la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo de un año a la fecha en que se emitió el mismo si es persona física y de seis meses si es persona jurídica.⁷⁸

Como la excepción con mayor grado de indefinición para la negación del reconocimiento y ejecución de laudos, la excepción de orden público puede ser un serio impedimento. La excepción de orden público prevista en la Ley de Procedimiento Civil es considerablemente más amplia que la de la Convención de Nueva York, ya que incluye la violación a principios fundamentales del derecho chino, la soberanía del Estado chino, la seguridad del Estado o intereses públicos o sociales.⁷⁹ Lo anterior se interpreta como cualquier interés financiero, cultural, medio ambiental u otro de carácter público y no limitado a un pequeño grupo en particular. Un tribunal chino ya ha rehusado la ejecución de un laudo CIETAC, ya que la ejecución del laudo hubiere dañado el interés público, además que su ejecución conllevaría un efecto nocivo sobre la economía del Estado y un impacto en el sistema de comercio nacional. Dicha resolución fue revertida por la Suprema Corte del Pueblo.

⁷⁶ Artículo 9o. de la Ley de Arbitraje de la RPC.

⁷⁷ Xiuwen, Zhao y Kloppenberg, Lisa A., *op. cit.*, nota 34, p. 448.

⁷⁸ Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Civil.

⁷⁹ Artículo 268 de la Ley de Procedimiento Civil.

Quizá la amplia definición de interés público parece dar una imagen muy negativa sobre la viabilidad de reconocimiento y ejecución de laudos en la RPC, no obstante dos estudios empíricos parecen dar otra versión. El primero de ellos fue realizado por la CIETAC y tal estudio concluía que más del 70% de los laudos extranjeros y nacionales en los cuales se solicitó el reconocimiento y ejecución, fueron ejecutados por los tribunales chinos.⁸⁰ En otros estudios empíricos independientes como el realizado por Peerenboom sobre 72 laudos CIETAC se presenta un panorama más exacto.⁸¹

Dentro de este estudio se concluye que el 52% de los laudos extranjeros fueron ejecutados, mientras que en el porcentaje de laudos CIETAC ejecutados fue un poco más bajo del 47%.⁸² En un número importante de los laudos que no fueron ejecutados, la razón principal fue la ausencia de bienes por parte del deudor y no que el tribunal haya encontrado razones para negar su reconocimiento.⁸³ Respecto al resto de los laudos que fueron rechazados por razones legales, la más común fue la excepción de orden público, exceso en el mandato arbitral y ausencia de emplazamiento con la consecuente violación al derecho de defensa.⁸⁴

Un último punto a considerar para el reconocimiento y ejecución de laudos en la RPC es que la Ley de Arbitraje no se permite arbitraje *ad hoc* en el territorio chino para arbitraje local, pero sí en arbitraje internacional con sede fuera de China, incluyendo las regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao. Por tanto un laudo internacional *ad hoc* con sede en China no podría ser reconocido y ejecutado ante los tribunales chinos.⁸⁵

IV. CONCLUSIONES

Todas las diferencias y similitudes del arbitraje comercial internacional parecen crear un panorama real sobre la situación que guarda el Es-

⁸⁰ Peerenboom, Randall, "Seek Truth from Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, núm. 2, 2001, pp. 249-327 y 251.

⁸¹ *Ibidem*, p. 265.

⁸² *Ibidem*, p. 254.

⁸³ *Ibidem*, p. 265.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 266.

⁸⁵ Xiuwen, Zhao y Kloppenberg, Lisa A., *op. cit.*, nota 34, p. 436.

tado de derecho en ambos países. Si bien con tradiciones jurídicas, políticas y sociales muy distintas; ambos países se encuentran en un lento y difícil camino hacia la consolidación del imperio de las normas. En la medida en que el arbitraje comercial internacional no sea un sistema encapsulado, de camarilla y paralelo al sistema legal general, el mismo tendrá una gran influencia sobre la organización de los tribunales y la práctica de la abogacía. No obstante en ambos países parecen existir dos estándares vigentes, el del litigio mercantil para los conflictos entre comerciantes personas físicas y pequeñas y medianas empresas y el del arbitraje comercial internacional para grandes empresas. La única forma de conexión entre ambos es una necesaria reforma judicial interna que no sólo fortalezca un sistema elitista y privilegiado, sino que impregne el resto del sistema jurídico.