

***El mercado de las instituciones arbitrales en
España: una estructura necesitada
de reforma***

Jesús M. DE ALFONSO *

Las instituciones arbitrales no arbitran pero, en defecto de acuerdo de las partes, designan a quien debe arbitrar y aunque ello es importante, no es lo único ni quizás lo más importante para el desarrollo de un buen arbitraje que sin duda reside también en el *antes* y el *después* de la designa del árbitro que realizan tales instituciones por cuenta de las partes.

La Ley 36/1988 verdadera primera ley española *pro-arbitraje*, a diferencia de la de 22 de diciembre de 1953, que en lugar de favorecerlo lo obstaculizaba¹, supera el impedimento del art. 22 de ésta última para con las instituciones arbitrales, permitiéndolas². Durante la

* Abogado y árbitro. Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona. El artículo expresa exclusivamente la posición personal del autor sobre el tema. Contiene la conferencia dictada por el autor en marzo de 2012 en el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) CEU, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Madrid.

¹ J.C. Fernández Rozas llega a decir: "... en los contratos internacionales con elemento español, la cláusula de solución de controversias se remitía, en la mayoría de los casos, a Tribunales arbitrales extranjeros en un afán de alejarse lo más posible de los inconvenientes de la Ley de 1953", en "El largo camino hacia la Ley 36/1988, de arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, pp. 29-50, que contiene un muy documentado *iter* histórico del tema.

² Así el art. 9.2º permitía: "Las partes podrán deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros y por su parte el art. 10 daba carta de naturaleza a las instituciones arbitrales:

1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

tramitación parlamentaria de la reforma de 1988 se empiezan a gestar iniciativas para poner en pie instituciones arbitrales, como el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)³ y con la promulgación de la ley se constituye junto a otras como la Corte Española de Arbitraje (CEA), la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio (CAM), Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), así como otras muchas por toda la geografía española.

A España se le abría la posibilidad de recorrer el camino necesario para algún día equipararse con otras jurisdicciones que tenían instituciones arbitrales consolidadas cuyas sedes confirieron a los países que las albergaban visibilidad internacional arbitrista.

Existían entonces y existen ahora muchos países ávidos de albergar el “*negocio arbitral*” que induce significativas cifras de negocio que exceden con mucho los meros honorarios de los defensores de las partes y de los árbitros involucrados, pues al empleo y generación de trabajo por las propias instituciones hay que añadir los empleos inducidos de traductores, las cifras de negocio de empresas de reprografía, de telecomunicaciones, hostelería, restauración, infraestructuras de trabajo, profesionales que actúan como peritos y un largo etcétera de partícipes que se ven beneficiados por la actividad de una institución arbitral que haya acumulado prestigio y visibilidad nacional e internacional. No en vano *arbitraje*, *neutralidad* y *prestigio* son nociones que van de la mano. Ahí la “*marca país*” o la “*marca ciudad*” tiene también un indudable efecto facilitador. No se puede disgregar *institución arbitral* del *ámbito territorial de su implementación* aunque muchas de ellas puedan operar globalmente.

Que en 1988 y en los años siguientes se produjeran contagios originadores de instituciones arbitrales tiene cierta lógica por la novedad y por la legítima búsqueda de soluciones alternativas a los saturados

a. Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.

b. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Los reglamentos arbitrales de las corporaciones de derecho público y de las asociaciones y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente.

3. La Corporación o asociación quedara obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje”.

³ Fruto del esfuerzo conjunto en una anticipadora visión del *Colegio de Abogados de Barcelona* con la *Cámara de Comercio* de dicha ciudad el *Colegio de Notarios* y el *Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya*. Con posterioridad se han unido los *Registradores de Catalunya* y la *Associació Intercol·legial de Catalunya* que agrupa a más de 90 colegios e instituciones profesionales. *Vid.* www.tab.cat.

juzgados y tribunales estatales⁴, así como de creación de oportunidades para los profesionales entorno a tales instituciones de nuevo cuño, aunque no puede descartarse que en muchas de las constituciones de instituciones arbitrales no fuera ajena una reacción meramente *replicativa*, un “*me too*”⁵ quizás incluso soslayando un deseable previo *plan de negocio* y cuando no un *plan estratégico*, imprescindibles herramientas de gestión.

Como consecuencia de su propia historia y de su normativa, ya desde 1981 muchas *Cámaras de Comercio* han sentido la necesidad de crear o mantener sus propias cortes arbitrales, como un servicio cameral más como el centro *Consolat de Mar* de *Cambra Barcelona* con raíces históricas. Junto a ellas, entidades sin ánimo de lucro, como Colegios de Abogados principalmente, y otros colegios profesionales, han desarrollado a partir de 1988 iniciativas paralelas creando sus propias cortes lo que viene ocurriendo sin solución de continuidad hasta la actualidad.

Desde 1988 en que se inauguró legalmente la posibilidad de poner en pie instituciones arbitrales hasta la actualidad han pasado más de 20 años y parece el momento adecuado de recapitular. ¿Qué ha ocurrido en el sector? ¿cuál es la estructura del mercado con que nos hallamos, resultante de tales iniciativas? ¿es la estructura actual eficiente?.

El paroxismo del “*me too*”⁶ ha llevado a la constitución de cortes arbitrales en restringidos sectores o en pequeñas ciudades, a veces ni siquiera capitales de provincia, siendo no pocas de éstas últimas las que han venido optando también por constituir su propia corte arbitral bien sea anidadas en la correspondiente Cámara de Comercio o Colegio de Abogados y en algunos casos en una imaginativa amalgama de instituciones de distinto interés⁶. Nadie puede poner en tela de juicio el derecho asociativo para constituir una corte arbitral ni a ejercer una posibilidad que contemplan generosamente⁷, sin limitación

⁴ Además del *cúmulo de trabajo* hay que citar como incentivadoras de una solución alternativa a los mismos el rigorismo formal y rituario de la jurisdicción y actuaciones que son percibidas como exceso de garantismo.

⁵ Lit.: El “*yo, también*” como único argumento. La crítica a este proceder radica en que suele estar huérfano de planes de viabilidad, de prospecciones de mercado y precauciones similares.

⁶ Las iniciativas de algunas instituciones han replicado el modelo de composición mixta del TAB, que confiere a la institución arbitral un innegable grado mayor de neutralidad pues la integración de varias instituciones contribuye poderosamente a forjar una necesaria independencia por ausencia de una institución o de intereses dominantes.

⁷ Pese a incidir de lleno en uno de los derechos constitucionales más importantes para el ciudadano.

alguna⁸, los textos legales. Otra cosa es su oportunidad y racionalidad y la necesidad de revisión de todo ello porque estas iniciativas impactan en el mercado con indudables efectos a veces contrarios a los que se pretenden en perjuicio no ya de todos los partícipes, sino del público en general.

Volviendo la vista atrás, el panorama actual que tenemos en España de las instituciones arbitrales, puede decirse que ofrece una verdadera “*sopa de letras*”, algunas impronunciadas, de difícil sino imposible gestión y, menos aún, posibilitan un estudio comparativo pues además de las locales, provinciales, sectoriales y las de las Cámaras de Comercio, cuyo conocimiento por los potenciales usuarios, o suele ser limitado localmente al ámbito geográfico de la propia institución, o a los miembros o socios de la corporación que le da vida, vienen surgiendo otras de distinta etiología.

Así, aparecen instituciones vinculadas, abierta o emboscadamente, a despachos profesionales⁹ donde se llega a utilizar a parientes o empleados para “*independizar*” la institución arbitral del despacho. Son instituciones invariablemente con nombres pomposos que pueden dar lugar a confusión al público potencial usuario.

Hablamos ahora de los “*chiringuitos*” arbitrales donde las prácticas más pintorescas tienen lugar, como ventas de impresos obligatorios por importes nada desdeñables, involucración de la “institución” arbitral en la ejecución del laudo, promesas incumplibles, etc. hasta salir algunas en los *telediarios*, con denuncias en *Internet* o apariciones en los edictos de los boletines oficiales. Son ciertamente residuales y no representan al sector pero es irreal negarles que tienen una indudable capacidad de proyectar una mala imagen en el conocimiento por el público interesado en las soluciones alternativas de conflictos comprometiendo su expansión.

Al panorama descrito anterior hay que sumar, de signo radicalmente diverso, las nuevas iniciativas de “cortes especializadas” para atraer negocio de un sector específico y, a veces, sin cifras significativas de administración de conflictos en ése mismo sector, como si la especia-

⁸ Respecto a las denominadas “Instituciones de mediación” el R.D-L 5/2012 les otorga un papel de colaboradoras en la formación continua y en la elaboración de códigos de conducta voluntarios (art. 12). La Disp. adic. 5ª prevé una regulación reglamentaria para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos a las instituciones de mediación, mediadores y su publicidad.

⁹ *Vid.* el caso estudiado por la sentencia de la Secc. 14 de la AP de Barcelona de 15 de diciembre de 2003 (*Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, II, p. 475 ss). Citada por L. Muñoz Sabate, *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje*, La Ley, 2011, p. 54.

lización sectorial mercantil no debiera de radicar más bien en el árbitro, volviéndose de nuevo a fragmentar así la oferta y donde *el bosque impide ya ver ningún árbol*.

La verdadera oferta y las posibilidades de arbitrar quedan con todo ello obstaculizadas por la dificultad en identificar qué institución puede arbitrar debido al exceso y dispersión de la propia oferta, de escasa o a veces nula transparencia. En el mismo sentido Verdera Server afirma, con toda razón, que la proliferación de estas instituciones arbitrales no redundaría precisamente en favor del acuerdo entre las partes¹⁰. A partir de ahí no cabe sino razonablemente concluir que, de hecho éste exceso de oferta, *obstaculiza* la solución arbitral. Quienes desean ingresar en el mundo arbitral refiriendo a él la resolución de sus conflictos, no tardan mucho en caer en la perplejidad preguntándose por qué hay tantas instituciones arbitrales y cuál es la diferencia, preguntas –seamos autocríticos– de no siempre fácil respuesta.

El resultado después de estos veinte años ha sido para muchas instituciones arbitrales una menguada y cuando no aislada vida de languidecimiento, con arbitrajes que se pueden contar con los dedos de las manos –sobrando muchas veces una– y, aunque no pueden aplicarse generalizaciones, no es ajeno a muchas de ellas, el operar sin personal especializado sino, en no pocas ocasiones, prestado por otra institución o negociado, en trabajo a tiempo parcial con esquemas de voluntarismo y no de profesionalidad arbitral. El escaso número de arbitrajes no justifica tampoco que los rectores del organismo tengan frecuentes reuniones de trabajo acerca de la institución y de su funcionamiento, produzcan estudios o colaboren en iniciativas de mejora del arbitraje.

Ante estas situaciones, muchas instituciones han optado por un hermetismo digno de mejor causa. Su verdadera actividad no puede ser conocida por los interesados. Nadie sabe qué hacen, ni cómo, sin darse cuenta de que ello *da pie a un sentimiento de desconfianza que trasciende de la institución arbitral para alcanzar lamentablemente al propio instituto del arbitraje en su conjunto*.

Además de la mejorable cultura arbitral que las universidades y los colegios profesionales deberían plantearse mejorar manifiestamente, reconozcámoslo, dichas instituciones arbitrales languidecientes no han sido capaces de generar confianza ni en su entorno, ni fuera de él. ¿Razones? Posiblemente muchas, algunas de las cuales se han revelado insuperables. Ocurre que padecen principalmente de las *limitacio-*

¹⁰ R. Verdera Server, *El convenio arbitral*, Madrid, 2009, p. 257.

nes del propio entorno local donde están afincadas: el “*aquí nos conocemos todos*” suele ser la justificación a la actividad ya residual y, aunque no siempre explicitado ni percibido, también la causalidad de todo ello radica en el tejido de intereses próximos, dependencias, *filias* y *fobias* locales, que hacen difícil percibir¹¹ a personas del entorno y por ende a la propia institución arbitral como verdaderamente *independientes e imparciales* frustrando así *in genere* la posibilidad de desarrollar arbitrajes, porque, para los miembros de su comunidad o mercado natural, “el arbitraje” por antonomasia es, precisamente, ésa institución o corte. Hay ya quienes, en privado, expresan dudas de haber sido capaces de hacerse reconocer en *sus mercados* como verdaderas instituciones especializadas en arbitraje, sin embargo la inacción es la norma.

Lo más negativo de todo ello es que viene *de facto* a operar como bloqueante de otras posibilidades arbitrales. Se oyen otros argumentos, ya de difícil entendimiento y reveladores de otras carencias, como el de que “*cómo voy a permitir que un compañero (de mi ciudad) me diga si tengo o no razón*”. Ahí la circulación *extraterritorial* de potenciales árbitros pueda ser un camino a recorrer, si bien no el único porque, insistimos, lo crucial es la generación de confianza percible a través de la estructura, de la profesionalidad y de la operativa de la entidad.

Sociológicamente la realidad, guste o no, es la que es. Hemos llegado donde estamos por unas causas determinadas donde lo sensato es identificarlas plenamente, afrontarlas y removerlas si queremos hacer crecer en nuestro país el arbitraje que, no me cabe duda ninguna, va a estar lleno de oportunidades en los próximos años. El arbitraje necesita de ése oportuno empuje en el mercado y asumir los partícipes que, si seguimos haciendo lo mismo, los resultados ya los tenemos anticipados.

El mercado, especialmente el mundo empresarial, va a necesitar más que nunca a muy corto plazo alternativas a los tribunales de justicia estatales. España tiene ya un recorrido de casi sesenta años provechosos en el instituto del arbitraje. Los tribunales de justicia españoles, aún con sus más¹² y sus menos¹³, han hecho posible que España

¹¹ No tanto que lo sean, que es de incuestionable importancia, sino que sean *percibidas* como tales por los potenciales usuarios que es también de caudal importancia.

¹² No puede olvidarse el hito de progreso que representó en 18 de abril de 1998 para el arbitraje la sentencia del TS en ponencia del Magistrado Xavier O’Callaghan, que abrió un cerrado, o al menos oscuro, mundo de oportunidades arbitrales: el de la impugnación de acuerdos sociales. *Vid.* los comentarios al respecto de I. Rodríguez Roblero, en “Co-

pueda jactarse de ser un país “*arbitration friendly*”¹⁴. El arbitraje ha merecido frecuentemente la atención del legislador con aciertos unas veces y otras no tanto pero ha existido una preocupación y una ocupación en mejorarlo¹⁵ y ello denota una preocupación y un interés. El mercado español ofrece también árbitros profesionalizados, juristas expertos en transacciones internacionales, capaces de leer y entender varios idiomas. Estamos, pues, ante una reconocible posición de ventaja y lo adecuado es aprovecharla pero, para ello, el mercado debe reordenarse, sin renunciar a la competencia por eficiencia. No puede desconocerse que esa imagen estructural del arbitraje interno no es enteramente inocua en lo internacional que es el escenario en que España y sus operadores del arbitraje debe estar.

La Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje (LA), con mayores o menores aciertos, ha representado, justo es decirlo, una *renovada oportunidad* para el arbitraje¹⁶ especialmente en dos vertientes: una, la incorporación de la clase “juristas” como árbitros y ahí tienen su natural cabida Notarios, Registradores, Jueces jubilados, Profesores de Universidad, Gestores, Asesores fiscales, etc. pero también otros profesionales como informáticos, arquitectos, etc. en arbitrajes donde la categoría de jurista no sea exigida, y otra, la de apoyarse la ley en las instituciones arbitrales para el desarrollo del arbitraje, acometiendo una insuficiente y tímida regulación en el nuevo redactado de los arts. 14.3^o¹⁷ y 21.1^o § 2 de la Ley de Arbitraje vigente.

mentario al auto de la AP de Madrid de 22 de marzo de 2010” en esta misma revista vol. IV, n^o 2, 2011, pp. 564 ss., e, *in extenso*, *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2010.

¹³ En ese capítulo cabe citar la superada exigencia de la “*voluntad inequívoca*” de arbitrar cuando la mera opción por el arbitraje debe comportar ante todo el efecto automático y primero de exclusión de los tribunales de justicia del conocimiento del conflicto.

¹⁴ En este orden de ideas cabe citar la designa específica de un juzgado en Madrid (n^o 101) para apoyo del arbitraje en dicha ciudad. *Vid.* la noticia publicada en esta misma *Revista*, vol. IV, n^o 3, 2011, p. 933.

¹⁵ *Vid.* P. Perales Viscasillas, “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo) una muy elaborada visión crítica de la última reforma en esta misma revista vol. IV n^o 3, 2011, pp. 667 –704 compartiendo, sino la totalidad, la gran mayoría de sus conclusiones.

¹⁶ Desarrollado y justificado ampliamente en otro lugar: *Vid.*, *in extenso*, mis consideraciones en “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110, n^o 3, 2011/3, pp. 601 ss.

¹⁷ Este precepto debe dar lugar a un estudio más profundo de su alcance y consecuencias pues entendemos que es de derecho necesario e imbricado, directa o indirectamente pero con efectos en el plano del proceso arbitral y por tanto de potencial incidencia en la causa de anulación d) del art. 41.1^o LA.

¿Hace ello necesario que cada una de aquéllas “nuevas” profesiones jurídicas que pueden arbitrar en Derecho establezca “*su propia*” institución arbitral?. Distingamos ahí entre “árbitro” e “institución” y la respuesta surge sola. El árbitro ha de brillar con luz propia y sus ventajas competitivas deben poder ser conocidas por las partes que son las llamadas a definir, y es bueno que así lo hagan, al menos en lo relativo a la categoría o perfil del árbitro que desean para resolver sus conflictos. De ahí que el acceso de dichas “*nuevas profesiones*” a la elegibilidad arbitral va a venir de la decisión que hagan de las partes más que por la creación de un corte arbitral de la profesión cuya corporación profesional puede promover en el mercado la elección arbitral de la categoría.

No puede descartarse, por otro lado, en los casos de instituciones con lista cerradas, que haya quien se plantee si las restricciones a una categoría profesional del acceso a la elegibilidad de árbitros por una institución determinada, cumplen con la normativa de libertad de prestación de servicios *ex* Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

En otro orden de cosas y en relación con las recientes apariciones de instituciones arbitrales ligadas a corporaciones profesionales o sectores de negocio, cada vez más se inquires ¿qué “*independencia e imparcialidad*” puede esperarse de una institución arbitral corporativa, sea la que fuere, que administre arbitrajes en conflictos entre sus socios o asociados y terceros?. Podrá decirse que *ex lege* quien debe de ser “*independiente e imparcial*” es el árbitro, pero las instituciones arbitrales que lo nombran deben de ser *neutrales* a su vez pues, de una falta de neutralidad en sede de las instituciones, puede percibirse difícil esperar un fruto distinto¹⁸. El *primer deber* de las instituciones arbitrales es el de aplicarse a *generar confianza* mediante su apuesta por la neutralidad y la transparencia y, el segundo, es mantener la confianza con el desarrollo exquisitamente neutral y profesionalizado de su actividad¹⁹.

La misma duda puede albergar un ciudadano respecto de las instituciones arbitrales *carentes de estructuras profesionalizadas*, con

¹⁸ La metáfora del “*fruit of the poisonous tree*”, aunque sistematizada en el campo probatorio, parece aquí también cobrar sentido. Las instituciones arbitrales se conocen en la jerga del sector como “*neutral organizations*” pues la neutralidad de las mismas es la percepción que debe tener la sociedad de ellas.

¹⁹ También juzga que la neutralidad *debe* poder predicarse de las instituciones R. Verdara Server, *op. cit.*, p. 257.

escasa o nula dedicación de quienes las regentan, o *con escaso dominio de las técnicas jurídico–procesales* de importancia en el arbitraje, porque parece lógico pensar que nada de ello es capaz de generar la imprescindible confianza. De hecho no pueden descartarse efectos reconocibles como el que sus arbitrajes disminuyan hasta cotas insignificantes, su proyección en el mundo arbitral sea prácticamente nula con lo que la credibilidad de la institución va a poder verse comprometida entrando en el bucle destructivo de *poca actividad, poca dedicación* que a su vez genera menor actividad.

El arbitraje es la resolución de un conflicto a través de *un proceso* que tiene sus tecnicismos y pocas exigencias rituarías pero de gran trascendencia. Los principios consagrados por el art. 24 LA tienen muchas implicaciones, no siempre anticipables, y que, sin duda ninguna, un *jurista* tiene ventaja en poder reconocerlas y así solventar los problemas que al respecto se produzcan.

Hay que decirlo claramente: Con rigor, no cualquiera está capacitado para dirigir un proceso arbitral, especialmente en Derecho²⁰. Una mala gestión del proceso puede llevar a la anulación del laudo y con él de todo lo actuado, generando inutilidad de los costes de las partes, sin que puedan descartarse frustraciones, ni aún responsabilidades. Hoy en día ya se critican por árbitros internacionales que las discusiones en los procesos arbitrales se concentren en los hechos, relegándose muchas veces la exégesis del Derecho aplicable²¹.

Preguntado Adrian Winstanley, C.E.O. de la *London Court of International Arbitration*²² acerca de qué se requería para ser una institución arbitral *eficiente*, respondió sin dudarlo que “*buenos medios y amplia profesionalidad*” poniendo énfasis en una *gestión óptima de recursos (sic)* que es lo que debe caracterizar una institución arbitral. Ello parece difícilmente alcanzable en instituciones donde el amateu-

²⁰ El TAB fue muy activo en combatir la contradicción que se producía al exigir, tanto el anteproyecto como el proyecto de ley de reforma de la Ley de arbitraje de 2003, que el arbitraje por defecto de elección de las partes fuera “en derecho” pero, en cambio, cualquiera podía ser árbitro. Finalmente la categoría elegida, en una enmienda transaccional, para tales arbitrajes fue la de “*jurista*” por su omnicomprensividad de quienes hacen del derecho su profesión (pese a tener sus claroscuros).

²¹ Oído en el *I^{er} Congreso Internacional de Arbitraje de Barcelona* organizado por el Colegio de Abogados de dicha Ciudad los días 18 y 19 de Octubre de 2012.

²² *Vid.* la reseña de su conferencia dictada en Barcelona en 2010, en: http://tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=111:conferencia-how-to-be-an-excellent-arbitrator-at-the-dawn-of-the-21st-century&catid=8:actualidad-tab&Itemid=22 & lang=es. Asimismo en esta revista vol. IV, n^o 3, 2011, p. 937.

rismo o el voluntarismo prime por encima de la profesionalidad o donde el arbitraje sea considerada una actividad residual o colateral.

Las instituciones arbitrales cooperan decisivamente en la administración privada de la Justicia y sorprende que tan importante actividad no haya merecido una cierta protección por parte de la administración pública, estableciendo unos mínimos de la misma manera que regula los mínimos de las instituciones de inversión colectiva financiera con sus obligaciones de comunicación a la CNMV de transparencia y la supervisión por ésta. La estructura actual del mercado a punto de cumplirse los veinticinco años de la admisión de instituciones administradoras de arbitrajes, es la prueba evidente de que el mercado no ha sido capaz de auto-regularse. ¿Lo va a ser en adelante?. Ahí hay un reto permanente por ahora irresuelto en el que aún no pudiendo comprometerse cuanto pueda afectar al *principio de la autonomía de voluntad*, verdadera pieza clave del arbitraje, no parece razonable que puedan valer todos los potenciales operadores sin discriminación alguna.

El establecimiento de la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil para las instituciones arbitrales por la Ley 11/2011, pendiente de regulación reglamentaria, es un primer paso pero insuficiente para elevar el listón de la calidad de la institución arbitral misma como es insuficiente la obligación de *velar por* la transparencia en la designa de árbitros pues la transparencia debe estar también en el *príus* del operativo de la propia institución, lo que no se ha impuesto como exigencia *sine qua non* por lo que puede haberse perdido, al menos momentáneamente, la oportunidad con la reforma de 2011.

Además de mejorar su actividad administradora, las instituciones vienen llamadas a *estirar verticalmente su oferta* en el mercado, mediante ofrecer, y, cuando no, combinar el arbitraje con otros métodos alternativos de resolución de conflictos que no deberían ser departamentos estancos y si no véanse las categorías mixtas como sucede con las soluciones resolutorias de conflictos “*two tier*”, “*med–arb*”²³ etc.

Quién la controla, cómo se financia y a qué finalidades sirve, y aún cuáles son los procesos de selección y de designación de árbitros, son *mínimos* que deberían ser de transparente general conocimiento y, cuando no, de control en una etapa de reestructuración del sector si queremos que el arbitraje prospere y abandonar la actual estructura de atomización, y opacidad ineficientes.

²³ Cf. otras modalidades citadas en el estudio “Arbitraje en el mundo y en España” dirigido por Ramón Mullerat, KPMG 2010 pag. 16 ss.

Cualquier observador prudente concluirá en que en España tenemos un exceso de oferta de instituciones arbitrales. Ya se ha dicho que la oferta excesiva es paralizante porque dificulta la elección y ello se erige como obstáculo que debemos superar. El reto que tiene España en este momento es reestructurar el sector, estableciendo unos mínimos razonables de profesionalidad, calidad, estructura para poder operar y mantenerse las instituciones en el sector del arbitraje privado. Aún quedan *green fields*²⁴ en el arbitraje en España y en ése sentido es aleccionador el desarrollo que el arbitraje ha conocido en la América latina, en algunos casos, superior al de España.²⁵ La actitud, muchas veces de recelo²⁶, de los Estados hacia el arbitraje se erige como factor clave de su desarrollo y de la estructura del mercado.

El arbitraje, con su cultura distinta y diferenciada de la resolución de conflictos ante los órganos jurisdicciones del Estado, presenta indudables oportunidades renovadas de aproximación por las partes al conflicto. Y ahí es dónde las instituciones deben mostrarse eficientes también en la oferta de métodos alternativos que no necesariamente habrán de ser incompatibles con, o excluyentes del arbitraje²⁷.

Dejar que el propio mercado expulse los ineficientes o fraudulentos, me temo que es un mal enfoque porque entraña un abandono negligente, es un proceso que lleva su tiempo²⁸ y mientras tanto toda la categoría padece y la institución del arbitraje se resiente gravemente comprometiéndose su desarrollo presente y futuro. No olvidemos que estamos en el ámbito de derechos con protección constitucional que merece estructuras muy profesionalizadas y transparentes. Es preciso que generemos ideas renovadoras, superadoras de la situación estructural actual de la que puede concluirse que llega a desincentivar el arbitraje.

²⁴ Lit “*campos verdes*”, paradigma del terreno por cultivar.

²⁵ Vid. las muchas veces aleccionadoras conclusiones que pueden extraerse de la consulta de las obras: J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008; y C. Conejero, A. Hierro, V. Macchia y C. Soto, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Madrid, La Ley– Cuatrecasas, 2009 y 2011.

²⁶ Como si la sociedad civil no fuera capaz de forma seria y organizada de solucionar sus propios conflictos.

²⁷ Hay instituciones arbitrales que ponen a disposición de las partes durante el proceso, convenientemente separadas, vías de conciliación (TAB) o mediación.

²⁸ Por otra parte hay que rendirse a la evidencia de que el saneamiento del mercado no se ha producido hoy por hoy, lo que justifica un cambio de estrategia. La inacción debería ser una no opción.

Ante el panorama descrito, lo último que necesita España son más instituciones arbitrales y sí un proceso de redefinición y revertebración del sector en el que no deberían descartarse fusiones.

Barcelona 30 de octubre de 2012