



COMENTARIOS DE LA AEDC AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

La Asociación Española de Defensa de la Competencia (“AEDC”) agradece a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) que haya sometido a consulta pública un borrador de Reglamento de Arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (el “**Reglamento**”).

Los siguientes apartados contienen los comentarios elaborados por un grupo de trabajo compuesto por miembros de la AEDC.¹ Los mismos no representan necesariamente la opinión de todos los miembros de la asociación.

1. Introducción

La AEDC desea comenzar por felicitar a la CNMC por la iniciativa de impulsar el arbitraje mediante la redacción y eventual adopción de un Reglamento de arbitraje, en desarrollo de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (“LCCNMC”) y en el artículo 46.3 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“Estatuto Orgánico”), proyecto que presenta una gran oportunidad. Por ello, y más allá de los comentarios y sugerencias indicados a continuación, la AEDC queda a disposición de la CNMC para apoyar esta iniciativa de la forma que permita obtener el mejor resultado posible.

Con carácter general, la AEDC considera que el Reglamento debería orientarse partiendo de dos premisas básicas:

- De un lado, sería oportuno que el Reglamento clarificase la función o rol de la CNMC en relación con los eventuales procedimientos arbitrales de carácter privado. Desde la AEDC

¹ El grupo de trabajo ha estado compuesto por Ainhoa Veiga, Alberto Fernández Matía, Borja Chastang, Cristian Gual, Daniel Escoda, Edurne Navarro, Esther de Felix Parrondo, Isabel Martínez, Marcos Araujo y Natalia Gómez.

consideramos que el papel de la CNMC en estos procedimientos es del de entidad administradora, como contempla expresamente el citado artículo 46.3 del Estatuto Orgánico, habida cuenta el carácter institucional del arbitraje que se prevé. Esta función administradora contempla naturalmente la función de autoridad nominadora, cuando tal tarea le fuera solicitada o en defecto o imposibilidad de elección por las partes, pero diferenciada del tribunal arbitral constituido para cada caso.

- De otra parte, consideramos que el Reglamento, en su parte más propiamente procesal, debería revisarse a fin de reflejar en su articulado los mejores estándares internacionales y nacionales en el ámbito del arbitraje que inspiran la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la “Ley de Arbitraje”), con el doble objetivo de que el arbitraje CNMC pueda ser una alternativa creíble a los tribunales de justicia y ofrezca una normativa predecible, flexible y razonable a disposición de los potenciales usuarios, incentivando el uso del arbitraje como mecanismo para la solución extrajudicial de controversias en beneficio de la libertad de empresa, el buen funcionamiento de los mercados y la competencia efectiva.

Estas dos premisas inspiran los comentarios y sugerencias al Reglamento que la AEDC realiza seguidamente y que desea someter a la consideración de la CNMC.

2. Papel de la CNMC en los procedimientos arbitrales

Procede recordar que la Ley de Arbitraje establece dos grandes modelos en cuanto a la organización de los procedimientos arbitrales organizativos. De un lado, se encuentran los denominados arbitrajes “ad hoc”, en los que las partes escogen a un árbitro que fija las reglas de procedimiento; de otro, se encuentran los arbitrajes institucionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, en los que hay una organización separada del órgano arbitral propiamente dicho que administra el procedimiento bajo unas reglas previamente definidas. Esa organización también tiene normalmente la función de nombramiento de árbitros en defecto de acuerdo entre las partes.

De una lectura del Reglamento no es evidente cuál de estos modelos es el que se tiene en mente, por cuanto el mismo contempla unas reglas y la posibilidad de nombrar a los árbitros, conforme al modelo institucional, pero a la vez el mismo parece situar a la propia CNMC, y singularmente su



Consejo, como órgano arbitral escogido por las partes para dirimir sus controversias, como recoge el artículo 5.

La AEDC considera que el Reglamento debería establecer con mayor claridad el papel que la CNMC adoptará como institución arbitral y su relación con los eventuales árbitros. Esta cuestión tiene carácter esencial dado el carácter de organismo público de la CNMC y sus importantes funciones como regulador en España, así como el mensaje que se pretende dar al sector y a la sociedad civil en general.

A este respecto, la AEDC entiende que el artículo 46 del Estatuto Orgánico ha optado por un modelo de arbitraje institucional en el sentido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, reservando a la CNMC la función de administración del arbitraje, pero sin intervenir en la decisión concreta. En este sistema, la CNMC puede retener la función de nombramiento de árbitros si las partes no alcanzan un acuerdo, e incluso gestionar un listado de árbitros a disposición de las partes, pero no entrando ella misma en las cuestiones de libre disposición que serían resueltas exclusivamente por los árbitros designados por las mismas.

La configuración del papel de la CNMC como ente separado de las decisiones concretas que se adoptaran en los procedimientos arbitrales derivada del modelo institucional adoptado por el Estatuto Orgánico es, de otra parte, necesaria para evitar los claros conflictos de interés que provocaría su intervención directa. A este respecto entendemos que la referencia contenida en el artículo 5 del Reglamento a los artículos 14 y 20 de la LCCNMC, no prevén la intervención directa del Consejo como órgano arbitral, ya que dichas normas atribuyen al Consejo de la CNMC funciones de “promoción” del arbitraje que se pueden satisfacer plenamente a través de las funciones de administración del arbitraje.

Por ello, la AEDC considera que el Reglamento debe despejar cualquier duda sobre el rol de la CNMC, que deberá limitarse a la administración del arbitraje, comprendido en su caso el nombramiento del árbitro o árbitros, a petición de o en defecto de acuerdo previo por las partes.

Lo anterior exige modificar los artículos 5 y 6 del Reglamento sean modificados en el sentido de establecer que las partes designarán los árbitros libremente y que la CNMC solamente nominará al árbitro o árbitros que integren el tribunal arbitral en caso de que así lo soliciten las partes, de

conformidad con el sistema de arbitraje institucional por el que ha optado el Estatuto Orgánico. Entendemos asimismo que una modificación del Reglamento en este sentido es fundamental, ya que los eventuales usuarios del arbitraje CNMC deben tener certidumbre de que su acuerdo arbitral será cumplido al pie de la letra por un árbitro escogido por ellos, ya directamente, ya por remisión a las reglas que pudieran establecerse en el Reglamento en defecto de acuerdo.

3. Tipo de asuntos potencialmente sujetos a arbitraje CNMC

Junto al papel a desarrollar por la CNMC expuesto en el apartado anterior, la AEDC considera necesario que el Reglamento precise las materias que la CNMC puede/debe asumir en su función arbitral, como hacen otras instituciones arbitrales de carácter especializado. Esta definición proveería de la base para determinar la aceptación o rechazo de asuntos, cuestión diferente de la determinación sobre la competencia del árbitro (principio kompetenz-kompetenz), que solo corresponde al tribunal arbitral o al árbitro único.

A este respecto, el Reglamento recoge como criterio general que los asuntos a tratar sean, de una parte, de “de libre disposición” y “guarden relación con el derecho de la competencia o con los sectores sometidos a la regulación o supervisión por la CNMC”. Se trata sin duda de principios adecuados, pero quizá pudieran ser precisados. En efecto; al estar limitado el arbitraje a materias susceptibles de disposición entre las partes (artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje), no debería admitirse su empleo para constatar directa o indirectamente una infracción a las normas de competencia o un eventual cumplimiento o incumplimiento de compromisos.

De la misma forma, es dudoso si sería aceptable recurrir a un procedimiento arbitral para examinar la conformidad de una conducta proyectada con las reglas de defensa de la competencia. Si bien ello se ha planteado en alguna ocasión ante órganos arbitrales,² la presencia de la CNMC como administradora de estos procedimientos podría dar a estas declaraciones una indebida apariencia de oficialidad, lo que obliga a tratar esas situaciones con cautela.

El preámbulo del Reglamento hace referencia a la práctica arbitral en el seno de la CNMC desde el año 2013. La AEDC entiende que dicha práctica se ha construido a partir de la resolución de

² A modo de ejemplo veáse el laudo dictado en el asunto [CAS 2023/O/9370 Professional Football Agents Association \(PROFAA\) v. FIFA](#), que declaraba la conformidad con las reglas de competencia europeas de ese Reglamento.

conflictos entre operadores, siendo posible que algunos de ellos tengan hoy un marco legal diferenciado en el artículo 12 de la LCCNMC y los de procedimientos de vigilancia. Se trata en todo caso de material no accesible, lo que impide examinar esta cuestión en detalle. En todo caso, la AEDC considera que sería útil ampliar esa mención recogiendo esa experiencia, así como los principales aprendizajes que han llevado a proponer la adopción del Reglamento, sin menoscabo alguno de la debida confidencialidad y la improcedencia de dar detalles sobre los casos resueltos.

De otra parte, la AEDC considera que sería útil incluir en el preámbulo del Reglamento una mención a las ventajas generales que presenta el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas, frente a la opción ordinaria de acudir a los tribunales de justicia, por cuanto las mismas ayudarían a precisar los asuntos en que se podría acceder a este mecanismo. En concreto, cabría hacer referencia a que el arbitraje tiene una mayor flexibilidad procedimental inherente que, bien gestionado, permite solventar muchos de los problemas que la mayor rigidez del procedimiento civil termina provocando. En no menor medida, los procedimientos arbitrales ofrecen a las partes la posibilidad de elegir árbitros especializados en la materia objeto de disputa, pudiendo configurar un tribunal arbitral que se adapte mejor a las particularidades del caso. En este sentido, no sobra recordar que ello implica que, por ejemplo, un tribunal arbitral puede perfectamente integrar profesionales de diversa procedencia (notablemente, juristas y economistas), lo que parece poco menos que obviamente prometedor en disputas relacionadas con el Derecho de la competencia. Estas menciones podrían servir para enmarcar el tipo de situaciones para las que sería adecuado recurrir a este mecanismo.

En la misma línea, la AEDC invita a incluir expresamente en el preámbulo al enorme potencial que el arbitraje presenta para las reclamaciones de daños derivadas de la infracción de normas sobre competencia (acciones “follow-on”). Si bien en esta materia se han producido importantes desarrollos y mejoras, es claro que los tribunales no son la única, y en ocasiones tampoco la más adecuada vía procesal. Nuevamente, la CNMC puede jugar un papel dinamizador que ofrezca tanto a los infractores como a los perjudicados un marco predecible, racional y flexible en beneficio de soluciones más rápidas y eficientes.

4. Comentarios a las normas de procedimiento

Las normas de procedimiento que contiene el Reglamento parecen inusualmente prescriptivas para lo que los operadores esperarán de un procedimiento arbitral, caracterizado por la libertad de las partes no solo para resolver la controversia, sino especialmente para decidir la forma y modo en que se desarrolle el procedimiento. Frente a ello, el Reglamento ofrece un modelo de reglamentación detallado y de carácter imperativo, alejado de las mejores prácticas arbitrales nacionales/internacionales ni con los estándares normativos de instituciones arbitrales de referencia, como la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”), la Corte de Arbitraje de Londres (la “LCIA”) o la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid (el “CIAM”). Los párrafos que siguen recogen, de manera no exhaustiva, algunos ejemplos ello:

- Los plazos de tramitación del arbitraje del Reglamento son considerablemente más breves que los seguidos en la práctica de resolución de conflictos por vía arbitral. Así, el Reglamento prevé con carácter general un plazo diez días naturales para algunos de los hitos procesales más importantes del arbitraje (i.e., para la respuesta a la solicitud de arbitraje, para la respuesta al anuncio de reconvención, para la presentación de la demanda, para la contestación a la demanda, para la contestación a la reconvención, para la presentación del escrito de proposición de prueba, para convocar a las partes a la celebración de la audiencia de prueba y para la presentación del escrito de conclusiones), plazos muy alejados de la práctica arbitral habitual y, especialmente, de la flexibilidad característica de un procedimiento arbitral. Debe a este respecto resaltarse que el Reglamento no prevé en sus artículos 4.6 y 12.3 la posibilidad de que las partes configuren una tramitación o unos plazos alternativos, lo que la aleja del principio de libertad que recoge a este respecto el artículo 25 de la Ley de Arbitraje.
- El artículo 12 del Reglamento, que regula el denominado “*acuerdo de inicio del procedimiento de arbitraje*”, no prevé la posibilidad de que el tribunal arbitral convoque a las partes a una reunión previa en la que las mismas acuerden los detalles del procedimiento y otra serie de cuestiones de fondo y forma de gran relevancia para su eficiente tramitación. Sería altamente recomendable habilitar expresamente un tal trámite o, en todo caso, al menos dar pie a que las partes pudieran establecerlo conjuntamente con el árbitro o tribunal.

- En línea con lo anterior, la propuesta de Reglamento debería ser explícita en dar a las partes el suficiente protagonismo a la hora de configurar libremente el procedimiento a seguir. El artículo 21.3 del Reglamento, por ejemplo, da a entender que es posible que la CNMC “imponga” a las partes las reglas y formato que regirán la celebración de la audiencia de prueba, sin darles un trámite de previa audiencia. Una previsión de este tenor está claramente alejada de la realidad de la práctica arbitral y de las expectativas que los operadores tendrían al respecto, corriendo el riesgo de generar un muy fuerte desincentivo para el recurso a la institución.
- La normativa del Reglamento en sede de prueba es muy detallista y está excesivamente inspirada en la normativa del procedimiento civil español (ello se ve claramente, por ejemplo, en el artículo 18 del Reglamento), donde rige un principio de preclusión estricto que es extraño al arbitraje. Sería necesario introducir mayor laxitud y flexibilidad en sede probatoria, en línea con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Arbitraje.
- En este sentido, por lo que resulte de utilidad, procede señalar que, como ponen de manifiesto entre otros los reglamentos arbitrales CCI, LCIA o CIAM, en arbitraje nacional e internacional un procedimiento arbitral estándar o “tipo” se caracteriza por los siguientes hitos, en orden cronológico:
 - a) Fase inicial y de alegaciones escritas:
 - Solicitud de arbitraje.
 - Contestación a la solicitud y anuncio de reconvencción.
 - Contestación a la reconvencción.
 - Constitución del tribunal arbitral (o designación del árbitro único).
 - Dictado del acta de misión y/o de la primera Orden Procesal.

En este hito, entre otras cuestiones, se fijan las pretensiones de las partes, se excluye aquello no sometido a convenio arbitral, se fijan los hechos controvertidos, se concretan las normas del procedimiento y se suele establecer el calendario procesal. Para ello, es práctica habitual que el tribunal arbitral

convoque a las partes a una reunión previa, para determinar, entre otros, cuáles serán las fases de alegaciones, el calendario procesal, las reglas de cómputo de los plazos, las cuestiones formales para presentación de los escritos, las reglas sobre práctica de la prueba y cuestiones diversas sobre la celebración de las vistas.

Las decisiones del tribunal arbitral que afecten al procedimiento se suelen adoptar bajo la forma de órdenes procesales, que pueden contener decisiones que afecten al procedimiento o modificar cuestiones decididas previamente.

Asimismo, procede señalar que también es posible que, en virtud de las particularidades del caso, el tribunal arbitral dicte un laudo parcial o previo sobre cuestiones jurisdiccionales que se le hayan planteado (v.gr., existencia y alcance de convenio arbitral, competencia para conocer de determinadas disputas, posible exclusión de las partes, ley aplicable, etc.), y que por ello sea necesario para poder continuar con el procedimiento.

- Alegaciones: demanda y contestación a la demanda, seguidas, en su caso, de rondas de alegaciones adicionales (réplica y/o dúplica). En caso de reconvencción, cabe realizar alegaciones simultáneas o sucesivas.
- b) Fase de práctica de la prueba:
- Audiencia de prueba. Es muy habitual que las partes o los tribunales arbitrales apliquen y/o acuerden el uso de normas de *soft law* que ofrecen guías claras para asegurar que la práctica de la prueba se realizará de manera eficiente, económica y equitativa. Este es el caso, por ejemplo, de normas como las denominadas Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*) o las denominadas Reglas de Praga (*Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*).
- c) Fase de conclusiones y fin del procedimiento:
- Conclusiones, que pueden ser orales o por escrito.

- Laudo. Algunas instituciones arbitrales ofrecen la posibilidad de realizar un escrutinio previo del laudo, como garantía para las partes.
 - En su caso, aclaración, complemento, rectificación o subsanación del laudo.
- En suma, la AEDC considera que el procedimiento actualmente redactado no termina de ser acorde con la práctica arbitral nacional e internacional ni con el estándar que establece el artículo 25 de la Ley de Arbitraje. A nuestro entender, en la sección relativa al procedimiento, el Reglamento debería revisarse a fin de integrar la autonomía de la voluntad de las partes que inspira un procedimiento arbitral. Nuevamente, nada obsta a que se pueda configurar una regulación procedimental completa en un reglamento de arbitraje institucional, pero su contenido debería ser dispositivo para las partes, operando esencialmente en defecto de acuerdo (lo que se conoce como una *default rule*).
- La AEDC sugiere que el artículo 12.4 del Reglamento especifique que la eventual decisión sobre no inicio del arbitraje adopte la forma de laudo y resuelva lo que corresponda respecto de las costas incurridas hasta dicho momento. El motivo es que lo que el Reglamento denomina en dicho precepto “acuerdo de no inicio del procedimiento del arbitraje” es el equivalente de lo que sería el laudo parcial o de jurisdicción, que, como hemos visto, suelen ser frecuentes en la práctica y en los cuales, asimismo, se suelen adoptar decisiones sobre los gastos incurridos hasta el momento. Por ello, es pertinente que el Reglamento prevea que la decisión al respecto adopte la forma de laudo, para darle ejecutividad.
- La AEDC considera que sería positivo profundizar y especificar más el régimen de confidencialidad que establece el Reglamento en los artículos 20 y 27, habida cuenta de la peculiar naturaleza de la CNMC en relación con otras instituciones arbitrales. Por ejemplo, se sugiere modificarlo en el sentido de dejar claro que la información, documentación o prueba que se practique en el seno de un arbitraje CNMC no podrá ser utilizada por la CNMC *a posteriori* en el ejercicio de sus funciones públicas como regulador.
- La AEDC considera que el régimen de costas previsto en el artículo 20 del Reglamento debería aclararse en el sentido de referirse, en su caso, a la labor de administración del



arbitraje, no extendiéndose a la eventual remuneración de los árbitros, sin perjuicio de la adopción de criterios de retribución, como contempla el propio Reglamento en su artículo 6.

- La AEDC considera positivo que el Reglamento prevea en el artículo 29 la posibilidad de tramitar procedimientos abreviados, en consonancia con las disposiciones de los mejores reglamentos arbitrales, lo que permite reducir tiempo y costes. La AEDC considera que todas las sugerencias y reflexiones expuestas con anterioridad son también aplicables a la tramitación de los procedimientos abreviados.

5. Resumen y conclusiones

De conformidad con lo expuesto en los apartados precedentes, la AEDC invita a la CNMC a definir claramente su papel como entidad administradora de los procedimientos arbitrales que contempla el Reglamento, precisar los conflictos para los que esta vía sería especialmente adecuada y revisar las reglas de procedimiento situando claramente en su centro el principio de autonomía de la voluntad de las partes que inspira la Ley de Arbitraje.

Nuevamente, la AEDC desea felicitar a la CNMC por la iniciativa planteada en la Consulta a que se refieren estas observaciones, y quedar a su disposición para contribuir en lo que esté en su mano a su exitosa puesta en práctica.

* * *