



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

Entre los meses de septiembre y octubre de 2023, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) sometió a consulta un primer borrador de reglamento de arbitraje. La Asociación Española de Defensa de la Competencia (“AEDC”) presentó observaciones al mismo el 23 de octubre de 2023.

El pasado 21 de febrero de 2024, la CNMC ha hecho público un nuevo proyecto de reglamento, que se somete a un segundo trámite de información pública, con un plazo para remitir observaciones hasta el 21 de marzo de 2024.

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

Procede comenzar agradeciendo a la CNMC por proceder a una segunda “ronda” de comentarios tras haber introducido numerosas modificaciones al proyecto, reveladoras de una atenta lectura de las alegaciones que le han sido sometidas. Es especialmente útil la información proporcionada en la nota explicativa sobre la práctica de la autoridad, que se añade a la recientemente publicada.²

Las observaciones presentadas por la AEDC el pasado mes de octubre destacaban dos grandes cuestiones. De una parte, que la función de la CNMC debería, como expresamente recoge su

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

² María Ángeles Rodríguez Paraja, “La propuesta de Reglamento arbitral de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, La Ley Mediación y Arbitraje, octubre-diciembre 2023.



Estatuto Orgánico, ser de administración de arbitrajes, antes que la de resolución de procedimientos arbitrales; de otra parte, que sería útil acomodar el proyecto a las mejores prácticas nacionales e internacionales en arbitraje y, especialmente, suprimir las rigideces procedimentales que, a juicio de la AEDC, contenía el borrador.

Constatamos con satisfacción que estas dos propuestas principales han sido en buena medida atendidas. Por lo que hace a la primera, el segundo borrador de reglamento arbitral (en adelante, el “**Reglamento**”) prevé de manera expresa que la CNMC pueda actuar como autoridad de administración del arbitraje y designadora de árbitros (artículo 29), sin perjuicio de que el texto también regula la modalidad en la que la CNMC actúa ella misma como órgano arbitral. De otra parte, el texto introduce mecanismos de flexibilidad procedimental, permitiendo que las partes acuerden reglas distintas a las contenidas en el Reglamento e, incluso cuando las acepten, modificando las mismas al comienzo de los procedimientos.

Dicho lo anterior, la AEDC considera que existe margen para mejorar el texto, especialmente en la segunda de las cuestiones planteadas, adoleciendo el Reglamento de rigideces no siempre necesarias ni convenientes para el éxito de esta fórmula.

Las observaciones que siguen se estructuran en tres apartados. El primero examina los cambios introducidos respecto al proyecto de octubre pasado. El segundo identifica posibles áreas de mejora. El apartado final resume los comentarios de los apartados anteriores a modo de conclusión.

2. Comentarios sobre los cambios introducidos en el proyecto de Reglamento

La AEDC valora positivamente los cambios introducidos por la CNMC en la segunda versión del Reglamento. En términos generales, la nueva versión genera mayor seguridad jurídica para el sector y todos los potenciales usuarios, resuelve muchas de las dudas iniciales que suscitó la primera versión del Reglamento (destacadamente, sobre el rol de la CNMC) y elimina aquellos aspectos del primer borrador que lo alejaban de los mejores estándares arbitrales nacionales e internacionales.

Concretamente, la AEDC considera que la CNMC, mediante la emisión de la nueva versión del Reglamento y de su correspondiente nota informativa: (i) aclara y delimita con mayor precisión

cuál será el papel de la CNMC en relación con el arbitraje, ya sea como órgano arbitral o como entidad administradora; (ii) reconoce el papel necesariamente primordial de las partes a la hora de configurar el procedimiento arbitral que mejor se adapte a sus necesidades, lo que se traduce en la introducción de una mayor flexibilidad procesal general que es imprescindible; y (iii) comparte y divulga cuál ha sido la experiencia de la CNMC con el arbitraje hasta el momento, lo cual también ayudará sin duda a fomentar su uso.

A continuación, se exponen y valoran cuáles son los cambios más reseñables que la CNMC ha introducido al Reglamento:

- Se introduce un nuevo artículo 4.7 del Reglamento que señala que, del mismo modo que los plazos del Reglamento pueden ser modificados por la CNMC atendiendo a las circunstancias del caso, las partes también podrán modificarlos (mediante su prórroga, reducción o suspensión) de mutuo acuerdo en el Acuerdo de inicio previsto en el artículo 11 del Reglamento, con el visto bueno de la CNMC. Esta modificación es importante porque reconoce la importancia del protagonismo de las partes a la hora de configurar el procedimiento arbitral —como es regla común en arbitraje— e introduce una flexibilidad procesal que es bienvenida, ya que los plazos del Reglamento para aquellos supuestos en los que la CNMC actúe como órgano arbitral siguen siendo muy cortos (o pueden llegar a serlo). Por otro lado, esta modificación resalta también la relevancia que tiene el Acuerdo del arbitraje configurado por el Reglamento, que viene a realizar funciones similares al acta de misión y/o a la primera orden procesal en arbitraje comercial³.
- Se modifica el redactado del artículo 5 para especificar los supuestos concretos en que la CNMC actuará como órgano arbitral, señalando expresamente que en tales casos la tramitación del procedimiento corresponderá a la Asesoría Jurídica de la CNMC. Por tanto, la nueva versión del Reglamento otorga mayor claridad y permite distinguir los supuestos en que la CNMC actuará como árbitro y aquellos

³ *Vid.* página 7 del documento de la AEDC titulado “Comentarios de la AEDC al borrador de Reglamento de Arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, disponible en: https://www.aedc.es/wp-content/uploads/2023/11/AEDC_Reglamento_Arbitraje_23-10-23.pdf

otros en que la CNMC actuará simplemente como entidad administradora (*vid.* el nuevo artículo 29, que reseñamos más abajo). Asimismo, el precepto señala que el lugar (o sede) del arbitraje serán las oficinas de la CNMC (i.e., Madrid) y se especifica también que el idioma del arbitraje será el castellano, lo que da mayor certidumbre a las partes. Todas estas modificaciones aportan claramente mayor seguridad jurídica para los potenciales usuarios.

- Se modifica el artículo 9.1 para ampliar el plazo de respuesta a la solicitud de arbitraje, que pasa de diez a quince días naturales (haciéndose lo propio en el artículo 10.3 con el plazo de la demandante reconvenida respecto de la respuesta al anuncio de reconvenición). Esta extensión de plazos se valora positivamente, ya que diez días podía ser un plazo excesivamente corto. También se introduce un nuevo apartado en el actual artículo 9.4 que establece que la falta de respuesta a la solicitud de arbitraje no impedirá la regular prosecución del arbitraje, lo cual es también positivo para despejar cualquier duda al respecto y nuevamente alinea la propuesta con la práctica habitual en otros ámbitos.
- Se introduce en el nuevo artículo 11.2 una modificación que señala que, cuando la CNMC actúe como órgano arbitral, el Acuerdo de inicio del arbitraje se dictará previa consulta con las partes por un plazo improrrogable de cinco días. Esta modificación también es positiva, ya que bajo la anterior versión del Reglamento la CNMC podía dictar dicho acuerdo obviando por completo las consideraciones que las partes pudieran realizar. Quizá en este punto sería deseable que el precepto estableciese la celebración obligatoria de una reunión previa organizativa del arbitraje entre las partes y la CNMC, que es recomendable realizar con carácter previo al dictado del Acuerdo, como es habitual en arbitraje⁴. Por otro lado, se introducen como novedades una serie de contenidos mínimos que debe reunir el Acuerdo de inicio (i.e., medios de comunicación, lugar del arbitraje, referencia sucinta a hechos controvertidos y normas aplicables, calendario de actuaciones y decisión de tramitar en su caso el arbitraje por el procedimiento abreviado). Todo

⁴ *Op. cit.*, páginas 7 y 8.

ello, en resumen, aporta mayor seguridad jurídica y equipara el Acuerdo de inicio del arbitraje con un acta de misión o una orden procesal n.º 1, como ya hemos indicado.

- Se introduce en el nuevo artículo 12 una ampliación de los plazos de presentación de la demanda, de la contestación a la demanda y de la reconvenición, que pasan de diez días naturales a veinte días naturales. El nuevo artículo 21 también amplía de diez a quince días naturales el plazo para que las partes presenten sus respectivos escritos de conclusiones. Nuevamente, todas estas modificaciones procesales se valoran positivamente, puesto que estos plazos se ajustan más con la práctica arbitral habitual. Lo cierto es que siguen *a priori* resultando quizá excesivamente breves para las partes, pero en principio la mayor apertura a la flexibilidad debería permitir una necesaria adaptación a las circunstancias propias de cada caso.
- Se introduce en el nuevo artículo 20 una previsión de que la audiencia de prueba podrá ser presencial o telemática en función de las circunstancias, lo que también es positivo por introducir mayor flexibilidad y corresponderse con las mejores prácticas arbitrales nacionales e internacionales.
- Se introduce un artículo 29 del Reglamento de redacción completamente nueva. Este artículo prevé expresamente que las partes acuerden que, para ciertas disputas, en función de la materia, la CNMC se encargue solamente de administrar el arbitraje y designar a los potenciales árbitros. Este cambio es muy positivo porque sistematiza el papel de la CNMC y resuelve en gran parte las dudas que generó la versión inicial del Reglamento (lo que viene indicado también por el hecho de que el nuevo artículo 29 es el precepto único de un capítulo III separado del resto del Reglamento y que se titula “Administración del arbitraje y designación de árbitros”; mismo título, por cierto, del artículo que estamos reseñando). El nuevo precepto también regula cómo operará la CNMC cuando actúe solamente como entidad administradora del arbitraje en lo referido a cuestiones como nombramiento de árbitros y determinación de honorarios.

Por tanto, se entiende que el Reglamento puede ser norma aplicable para dos clases de procedimientos: (i) aquellos arbitrajes en que la CNMC actúe como órgano arbitral, que se regirán por los arts. 1 a 28 del Reglamento, capítulos I y II; y (ii) aquellos arbitrajes en que la CNMC se limitará a actuar como entidad administradora del arbitraje, que se regirán por el artículo 29 del Reglamento, capítulo III. Esta modificación es positiva porque introduce mucha más seguridad jurídica.

Asimismo, el artículo 29 del Reglamento es una modificación muy importante y significativa porque señala expresamente que las partes tienen la libertad de determinar el procedimiento arbitral (aplicando, en caso de que no haya acuerdo, lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Arbitraje como norma supletoria). De este modo, el Reglamento CNMC ahora sí que se engarza y se ancla claramente con las disposiciones generales de la Ley de Arbitraje y permite que las partes se puedan beneficiar expresamente de la flexibilidad procesal que es característica de cualquier procedimiento arbitral, lo que resultará crucial para el éxito del Reglamento. Esto significa que un “arbitraje CNMC”, del tipo que sea, sí puede llegar a ser asimilable con los mejores estándares nacionales e internacionales en la materia.

Por último, no deja de ser también reseñable que, bajo la actual redacción del artículo 29.4, se establece que, dentro de la libertad de las partes para determinar el procedimiento arbitral que se acuerde que resulte de aplicación, el precepto dice también “*pudiendo preverse que los árbitros designados tramiten el procedimiento previsto en el presente Reglamento*”. En otras palabras, las partes pueden prever que los árbitros no apliquen el Reglamento, a pesar de que la CNMC actúe como entidad administradora y nombre al tribunal arbitral. Por tanto, podría darse la situación en la que las partes decidan regirse por normas procesales distintas del propio Reglamento, lo que abre el abanico a una amplia libertad procesal (así como a escenarios hipotéticos de “tensiones” entre las disposiciones del Reglamento

CNMC —u otras normas imperativas que regulen el funcionamiento de la CNMC— y las normas voluntariamente elegidas por las partes).

- La CNMC ha emitido una nota informativa junto con la nueva propuesta de Reglamento, donde, entre otras cuestiones, se facilitan una serie de datos sobre la práctica arbitral de la CNMC desde el año 2013. Reseñablemente, se comparte que desde entonces la CNMC ha tramitado once arbitrajes y que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado tres sentencias relacionadas que abordan cuestiones de relevancia sobre la función arbitral de la CNMC. Esto es muy positivo de por sí porque supone un ejercicio de transparencia muy bienvenido y da mayor previsibilidad a los potenciales usuarios del Reglamento sobre qué cabe esperar.

En resumen, la AEDC constata que la nueva versión responde en gran medida a no pocos de los comentarios y alegaciones que se formularon a la versión del Reglamento divulgada en septiembre de 2023 y agradece a la CNMC haberlos prestado adecuada atención para la elaboración de la nueva versión.

La AEDC considera que todos estos nuevos cambios contribuirán en la exitosa puesta en práctica del Reglamento, el cual, no obstante, todavía presentar áreas de mejora que pasamos a señalar a continuación.

3. Áreas de Mejora

Sin perjuicio de reconocer los muy útiles avances que el Reglamento contiene, la AEDC somete a consideración algunas observaciones que identifican posibles áreas de mejora, que presentan como elemento común un exceso de rigidez procedimental contraria a la soberanía de las partes y a su libertad de ordenar el ejercicio de la acción.

A este respecto, se advierte que la configuración actual dada al procedimiento y a las potestades reconocidas a la CNMC y su Asesoría Jurídica parece descansar más en los principios aplicables a la resolución de conflictos entre operadores conforme a la Ley de Creación de CNMC y legislación de procedimiento administrativo que a los mecanismos arbitrales tradicionales. Los párrafos que siguen recogen algunos ejemplos de ello, proponiendo determinadas correcciones:

- **Comentario general:** Substituir las referencias en el Reglamento a “Acuerdo de inicio” por los términos “Acta de Misión” o “Primera Orden Procesal”, empleando el vocabulario utilizado habitualmente en el arbitraje.

- **Competencias de los organismos de la CNMC**

Consideramos necesario incorporar al Reglamento es un artículo o una sección en su inicio que especifique qué organismos de la CNMC intervienen en el procedimiento arbitral y qué funciones le corresponden a cada uno de ellos de forma ordenada. En este sentido, hemos detectado tres puntos que nos han resultado especialmente confusos:

- El artículo 5.1 establece que el Consejo de la CNMC ejerce la función de órgano colegiado de decisión con relación a las funciones de arbitraje, con carácter general. Sin embargo, el artículo 5.2 precisa que esta función la desempeñarán la Sala de Competencia, la Sala de Supervisión Regulatoria o, en su caso, el Pleno, en función de la materia sobre la que verse la controversia. Por otro lado, en los artículos posteriores se atribuye al Consejo de la CNMC la realización del examen prima facie del arbitraje, la tramitación del "Acta de Misión" y la emisión del laudo, entre otras funciones. Creemos que esto debe modificarse para asignar estas competencias a las Salas correspondientes, cuando proceda, y evitar contradicciones o ambigüedades.
- El artículo 17.5 del Reglamento dispone que "tanto el Consejo de la CNMC como la Asesoría Jurídica podrán decidir de oficio la realización de las diligencias probatorias que estimen necesarias para la correcta resolución de la controversia dentro del plazo que se determine al efecto". Sin embargo, el artículo 5.3 ya había señalado que la Asesoría Jurídica se encargaba de la tramitación del procedimiento, lo cual parece ser una labor meramente administrativa. Si ese es el caso, creemos que no puede tener atribuida la facultad de poder decidir sobre la práctica de pruebas. Esta facultad debería recaer sobre el mismo órgano que tenga asignada la resolución del fondo del asunto (es decir, la emisión del laudo arbitral).
- Según el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, existen dos direcciones que tienen competencias relacionadas con el

arbitraje: (i) la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, que puede emitir informe en las actuaciones arbitrales previas al laudo arbitral, en las materias que le competen (art. 21.f) y (ii) la Dirección de Energía que puede intervenir en la tramitación de los procedimientos arbitrales en las materias que le competen (art. 23.e). En el caso de la Dirección de Energía es aún más relevante, porque el art. 23.e) establece que su función es: "[I]ntervenir en la tramitación de los procedimientos arbitrales en las materias previstas en por la Ley 54/1997, de 24 de noviembre y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad y gas natural, así como su normativa de desarrollo, en la forma que determine el Reglamento de Arbitraje del Consejo de la Comisión". Creemos que el Reglamento debe aclarar cuál es el papel de estas direcciones en un posible arbitraje relativo a telecomunicaciones o energía, y definir el alcance y los límites de su intervención.

- **Art. 5.4 Órgano arbitral y tramitación del procedimiento.** La determinación inescapable de las oficinas de la CNMC como sede del arbitraje ha hecho surgir dudas entre algunos miembros del grupo de trabajo, que entienden que esta imposición afecta a un elemento de gran relevancia, y podría contradecir el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, esos miembros entienden que las partes deben poder elegir libremente la sede del arbitraje, sin que le sea impuesta por la CNMC, sin perjuicio de que las actuaciones desarrolladas en su seno (reuniones, audiencias, etc.) tengan lugar en las oficinas de la CNMC u otro lugar que las partes establezcan, puesto que eso no supone una modificación de la sede del arbitraje.

Otros miembros de la Asociación consideran, sin embargo, que aunque esta regla imperativa no es habitual en otros reglamentos institucionales propios del ámbito del arbitraje comercial, la misma puede explicarse por razones de política legislativa que tienen en cuenta la peculiar naturaleza de la CNMC. Concretamente, entendemos esta opción (i) por motivos de cercanía geográfica, al estar la sede principal de la CNMC en la villa de Madrid; (ii) porque no tendría sentido que un laudo dictado por la CNMC —actuando como órgano arbitral— pudiera ser considerado por el ordenamiento jurídico español como un “laudo extranjero” a los efectos del artículo 46.1 de la Ley de Arbitraje, y respecto del cual sería preciso obtener el reconocimiento

o “exequatur” en España; (iii) para anclar firmemente el Reglamento en la Ley de Arbitraje española, que resulta aplicable por defecto si el lugar o la sede del arbitraje es Madrid (ya que, por ejemplo, si el lugar del arbitraje fuera París, en sede de anulación de laudos resultarían aplicables las normas de arbitraje francesas y serían competentes los tribunales franceses); y (iv) por motivos de experiencia judicial, ya que, siendo Madrid el lugar o sede del arbitraje, el tribunal competente de apoyo y control a los efectos del artículo 8 de la Ley de Arbitraje es el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (que, además, ha dictado tres sentencias desde el año 2016 pronunciándose sobre la función arbitral de la CNMC).

- **Art. 16 Acumulación e intervención de terceros como partes.** La posibilidad de que la CNMC ordene una acumulación sin aparentemente ser ello aceptado por ambas partes causa extrañeza. Inicialmente, la acumulación solo debería ser posible cuando hubiera identidad de partes y de relación jurídica, además de que así lo acuerden todas las partes.

También, sorprende que se admita que terceros ajenos a la controversia privada puedan participar en un procedimiento como partes del mismo, especialmente si, como parece prever el Reglamento, ello no requiere la unanimidad de las verdaderas partes en el procedimiento. Desde luego, nada de lo anterior no impide que tales terceros pudieran intervenir como testigos o peritos de la parte que solicita su intervención.

- **Art. 17.5 Diligencias probatorias no propuestas por las partes.** La posibilidad de que tanto el Consejo como la Asesoría Jurídica de la CNMC puedan adoptar por su propia iniciativa “la realización de las diligencias probatorias que estimen necesarias” sorprende nuevamente desde la óptica del arbitraje, al reconocer al órgano arbitral una iniciativa difícilmente compatible con el principio de autonomía de la voluntad. Ciertamente, el referido órgano puede ordenar actuaciones o diligencias solicitadas por una parte y rechazadas por la otra, pero la redacción parece contemplar esta facultad incluso sin que tales actuaciones vengán apoyadas por ninguna de las partes. Por la misma razón debería suprimirse la referencia que a este respecto contiene el art 20.1 del Reglamento.

- **Art 19.3.b) Sanción procedimental por no coincidir con el estándar de confidencialidad de la Asesoría Jurídica de la CNMC.** Entendemos excesivamente rígida esta regla, que no permite soluciones como la revisión de las informaciones confidenciales de

manera reservada o la advertencia a la parte solicitante sobre la necesidad de entregar informaciones adicionales. Cabe sugerir una redacción más abierta, facultando al Consejo o a la Asesoría Jurídica de la CNMC a adoptar las decisiones adecuadas a fin de salvaguardar el equilibrio entre la confidencialidad y los derechos de defensa.

En todo caso, la facultad de devolver el documento a la parte que lo ha propuesto, no incorporándolo al procedimiento necesitaría una motivación previa a la lesión al principio de audiencia o contradicción y tras haberse invitado a la parte solicitante de confidencialidad a acceder a la información objeto de controversia a la otra parte.

- **Art. 28 Procedimiento abreviado.** El apartado 3c) del artículo prevé que el tribunal arbitral para el procedimiento abreviado estará formado por tres miembros de la Sala correspondiente, no permitiendo que se integre por un único árbitro, lo que en ocasiones podría ser conveniente y de hecho recoge el artículo 29 del Reglamento.
- **Art. 29 Administración del arbitraje y designación de árbitros.** Este artículo reconoce la posibilidad de que la CNMC desempeñe diferentes roles en función de lo establecido en el convenio arbitral. Por un lado, la CNMC podría desempeñar la única función de administrar el arbitraje y, por otro, actuar como tribunal arbitral. Asimismo, prevé la posibilidad de que cada una de las Salas de la CNMC designe árbitros y determine los honorarios.

Como ya se ha señalado, esta Asociación considera muy clarificadora esta disposición. Entendemos que, para el caso en que la CNMC administre el arbitraje, debería elaborarse una lista de personas de reconocido prestigio vinculadas con el Derecho de la competencia y los sectores regulados para que puedan ser designados como árbitros si las partes no alcanzan un acuerdo, como es habitual en las instituciones administradoras de arbitraje.

- **Otras cuestiones no recogidas en el Reglamento.** Echamos en falta lo siguiente:
 - Un artículo que contemple la posibilidad de recusar a los árbitros designados por la CNMC. Si bien cuando la CNMC y sus Salas actúan como autoridad nominadora el Reglamento se remite a la Ley de Arbitraje, lo que cubre este caso, falta lo mismo para el supuesto de que sea el Consejo y/o sus Salas las que actúen como árbitros. De conformidad con lo previsto en la Ley de Arbitraje, creemos que debe haber un artículo



- que regule la posibilidad de recusar a un miembro de los órganos de la CNMC, estableciendo el procedimiento para ello y el órgano decisor.
- Por último, el Reglamento debería aclarar qué tipo de acciones pueden ejercitar las partes frente al laudo emitido por la CNMC. Si bien cabe entender que caben las acciones previstas por la Ley de Arbitraje, la Ley de Creación de la CNMC prevé que los “actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa”. Por ello sería muy útil aclarar que, según entendemos, las acciones previstas contra el laudo emitido por la CNMC (Consejo, Salas y/o Pleno) son aquellas previstas en los artículos 39 a 43 de la Ley de Arbitraje.

* * *

La AEDC desea nuevamente agradecer a la CNMC la oportunidad de ofrecer sus sugerencias al proyecto de reglamento de referencia, y queda a disposición de esta autoridad para cualquier aclaración o complemento.