

DICIEMBRE 2023

Antitrust Litigation Insights

**Beatriz García**

Socia de Antitrust and Competition Litigation
bgarcia@perezllorca.com / T: +34 91 423 20 78

Beatriz García y Guillermo Cabrera

Finaliza el trámite de información pública sobre la propuesta de Reglamento de arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

El pasado 23 de octubre de 2023, finalizó el trámite de información pública sobre la propuesta de Reglamento de arbitraje (el “**Reglamento**”) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (la “**CNMC**”).

Mediante este Reglamento la CNMC pretende asumir las funciones arbitrales que le confiere la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (la “**Ley 3/2013**”) y, así, dirimir disputas entre operadores económicos sobre materias que sean de libre disposición y que, además, guarden relación con el derecho de la competencia o con los sectores sometidos a la regulación o supervisión de la CNMC.

Como es sabido, este tipo de disputas **se caracterizan no solo por su complejidad jurídica** sino también por su complejidad en otros campos, como por ejemplo el análisis económico, de mercados o el uso de las técnicas econométricas, cuyo conocimiento resulta necesario para entender la realidad que subyace al conflicto sobre el que se tiene que resolver.

De este modo, la CNMC, que cuenta con perfiles especializados en estos campos a través de las distintas salas que la componen, pretende participar en la resolución de aquellos conflictos que recaigan sobre las materias anteriormente citadas y que, además, sean sometidas

a su conocimiento de manera voluntaria por las partes. Por lo tanto, **el Reglamento se puede entender como una oportunidad** para aumentar la oferta de mecanismos de resolución de disputas en la jurisdicción española, ofreciendo la posibilidad de que perfiles especializados puedan participar en la resolución de disputas relacionadas con el derecho de la competencia, que puede redundar en la mejora del funcionamiento del mercado español.

Ahora bien, de la configuración actual del Reglamento llaman la atención algunas cuestiones que, tras haberse completado el trámite de información pública, puedan determinar la modificación del Reglamento en su redacción definitiva. Algunas de estas cuestiones serían las siguientes:

El Reglamento prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares (artículo 24), si bien de su redacción actual parece desprenderse que no resulta posible adoptarlas *inaudita parte*. Además, tampoco se prevé en el Reglamento la posibilidad de que se nombre un árbitro de emergencia. Todo ello **puede limitar las posibilidades de que las partes obtengan la tutela cautelar** antes del inicio del procedimiento arbitral.

Dado que uno de los principales valores añadidos para acudir al arbitraje previsto en el Reglamento radica en la posibilidad de contar con perfiles especializados en la materia objeto de disputa, llama la atención que a la hora de regular el proceso de nombramiento de los árbitros (artículo 6), el Reglamento **no prevea los requisitos de formación o experiencia que los árbitros deben reunir** para poder ser designados como parte del tribunal arbitral.

De la redacción actual del Reglamento se desprende que las vistas del procedimiento arbitral sólo se podrán celebrar en *las oficinas de la*

CNMC (artículo 6.3). Por el momento no se contempla la posibilidad de **celebrar las vistas del procedimiento de manera telemática**, lo que podría ayudar a agilizar los plazos de tramitación del procedimiento, así como a reducir los costes de este.

El Reglamento contempla **dos tipos de procedimientos (ordinario y abreviado)**, los cuales se aplicarán en función de la complejidad y cuantía del asunto (artículo 6.4 y 29). No obstante, a la hora de regular el contenido mínimo que debe tener la solicitud de arbitraje, no se exige al demandante que exprese la cuantía de sus pretensiones (artículo 9). De este modo, para facilitar la determinación del procedimiento aplicable, podría ser conveniente que, a la hora de regular el contenido de la solicitud de arbitraje, se exija al demandante que, siempre que sea posible, exprese la cuantía de las pretensiones que ejercita.

El Reglamento desdobra las funciones propias del procedimiento arbitral en dos órganos. *Por un lado*, confiere la función de decisión de la controversia al Consejo de la CNMC y, *por otro lado*, confiere a la Asesoría Jurídica de la CNMC la función de responsable en la tramitación del procedimiento (artículos 5 y 18). Desde esta perspectiva, se atribuye a la Asesoría Jurídica de la CNMC la facultad de decidir sobre la admisión y pertinencia de las pruebas propuestas, sin que el Consejo participe en esta decisión.

El Reglamento prevé en su artículo 18.5 la posibilidad de que, tanto el Consejo como la Asesoría Jurídica de la CNMC, puedan *decidir de oficio la realización de diligencias probatorias*. Sin embargo, el artículo 21 del Reglamento prevé que lo que podrá realizarse de oficio serán propuestas para la realización de diligencias probatorias. De este modo, **el Reglamento parece requerir un mayor grado de concreción** acerca de si el Consejo o la Asesoría Jurídica de la CNMC pueden, *o bien*, “acordar” la práctica de pruebas, *o bien*, solamente, “proponer” a las partes la práctica de estas, para que así, en última instancia, las partes puedan pronunciarse acerca de si consienten o no la práctica de las pruebas propuestas.

En algunos hitos fundamentales de la tramitación del procedimiento arbitral no se prevé el trámite de audiencia a las partes, para que estas puedan alegar lo que a su derecho convenga en relación a determinadas actuaciones, como por ejemplo para acordar la modificación de plazos para la realización de actos procesales (artículo 12.3), para acordar la celebración de audiencias de prueba (artículo 21.1), o para acordar si el arbitraje se sustanciará mediante un procedimiento ordinario o abreviado (artículo 29.2).

Aunque la naturaleza marcadamente técnica y compleja de la controversia provoque que, en muchas ocasiones, sea aconsejable la realización de conclusiones por escrito (como así se prevé en el artículo 22 del Reglamento), podría ser de utilidad que el Reglamento también previese la **posibilidad de practicar conclusiones de manera oral**, si las partes así lo solicitaran, y para preservar el principio de inmediatez. Esta posibilidad podría ser especialmente pertinente en el procedimiento abreviado.

El artículo 28.1 del Reglamento prevé que **los procedimientos arbitrales ante la CNMC serán de carácter gratuito**, sin perjuicio de los gastos externos en los que se haya tenido que incurrir en el procedimiento y de lo que se pueda acordar en materia de costas. Sin duda, el hecho de que el procedimiento arbitral ante la CNMC sea gratuito puede constituir un reclamo para que las partes consideren acudir a él. Ahora bien, si se aspira a que este mecanismo de resolución de conflictos pueda atender un número considerable de disputas, o que atienda disputas que, por su complejidad y cuantía, sean relevantes, la gratuidad del procedimiento podría comprometer su sostenibilidad en el medio y largo plazo.

Será importante analizar la redacción definitiva del Reglamento, para así valorar el potencial que este mecanismo de resolución de disputas puede tener para los operadores económicos.

