

COMENTARIOS SOBRE EL BORRADOR DE PLAN ESTRATÉGICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

*Francisco Marcos*¹

Los presentes comentarios son de carácter personal y se hacen con el único propósito de mejorar el texto del Borrador sometido a consulta pública lo que a la postre ha de redundar en un mejor funcionamiento de la nueva organización institucional de defensa de la competencia y regulación. Su autor agradece a la CNMC la oportunidad que brinda a los interesados de participar en el proceso.

Introducción. El nuevo sistema de organización institucional para la defensa de la competencia y la regulación de los mercados acentúa el carácter de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) como “organismo delegado” del Parlamento. La delegación parlamentaria estaba ya presente en alguna forma en la CNC, pero es plena en la CNMC, y ello tiene consecuencias relevantes en el estatuto jurídico de la nueva institución, su transparencia e independencia (no en vano, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2013 habla expresamente del refuerzo “*de la legitimidad democrática de la Comisión*”).²

Una de las principales claves del régimen de la CNMC como agencia delegada del Parlamento consiste en el envío a éste de su plan anual de actuaciones (“*incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes*”), que la Ley 3/2013 obliga a hacer públicos (art. 37.1.g). Adicionalmente, y como cierre del sistema de rendición de cuentas, se establece la evaluación ex post cada trienio “*de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar su impacto en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas*” (art. 37.3).

El documento que bajo el título de [*Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Competencia, Supervisión de mercados y Regulación económica eficiente*](#) se somete a consulta pública el 8 de abril de 2013 no constituye un plan de actuación de los anteriormente referidos, sino que tiene vocación de trazar las estrategias y las líneas maestras de la CNMC, a la vista del reto que para su funcionamiento supone la reforma institucional

¹ *Professor of Law*, IE Law School, francisco.marcos@ie.edu

² Para el nombramiento de sus miembros [art. 15.1 de Ley 3/2013, de 4 de Junio, de creación de la CNMC], y en la presentación de sus planes, informes y rendición de cuentas [arts. 19.1.n); 37.1.d), e), g); 37.3, 39.1 y 39.3 del mismo cuerpo legal].

de los organismos de defensa de la competencia y regulación sectorial en España.³

La lectura del mencionado borrador sugiere al que suscribe los siguientes comentarios en su mayoría de carácter general y críticos sobre el contenido del borrador que se presenta, basados en reflexiones y opiniones personales, ocasionalmente ilustradas a la luz de la experiencia comparada y de la literatura especializada en la materia. Al final se contienen también algunas observaciones menores o sugerencias de corrección puntual. Aunque los comentarios y observaciones que siguen ponen de relieve la necesidad de una modificación sustancial del Borrador, pero en modo alguno son exhaustivos (es más, son meramente ejemplificativos en su análisis crítico de algunas de las acciones propuestas).

La redacción de un Plan Estratégico por la CNMC constituye un elemento indispensable para la acción de la nueva institución, que construya -sobre su marco legal y reglamentario- su misión y las claves de sus líneas de actuación futura.⁴ La experiencia sobre el particular de uno de los organismos que ha integrado la CNMC no debería desdeñarse, pues la singladura de la CNC (mediante la integración del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia) se acompañó de un *Plan de Lanzamiento* en el que se preveían líneas estratégicas y acciones concretas en cada una de las áreas de su competencia.⁵

Por tanto, la necesidad y conveniencia de un *Plan Estratégico* es, si cabe, mayor en la nueva CNMC, ya que resulta imprescindible para consolidar su carácter de organismo único.

Sin embargo, de cara a la redacción final del Borrador que se somete a consulta pública, conviene puntualizar que el *Plan Estratégico* no decide la “integración” de los distintos organismos, y tampoco parece especialmente oportuno que en él valore la oportunidad o no de la misma (pues todo ello es una decisión legislativa sobre la que las “opiniones” de la CNMC no ayudan en nada a la necesaria integración⁶), sino que más bien, lo que el Plan debería

³ Sección ¿Por qué un Plan Estratégico?, *Borrador Plan Estratégico de la CNMC- Consulta Pública*, pág. 3.

⁴ Especialmente afortunado es que, de manera análoga a lo previsto para los planes anuales en la Ley 3/2013, el Borrador prevea como una de sus acciones (acción propuesta nº 15), una evaluación *ex post* anual de su grado de cumplimiento y/o su eventual reforma o adaptación.

⁵ CNC, *Plan de Lanzamiento 2007-2009* (disponible en <http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/PlanLanzamiento.pdf>). Después, en su *Memoria de Actividades 2007-2009*, la CNC dio cuenta de algunas de las medidas propuestas (http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=33203&Command=Core_Download&Method=attachment).

⁶ Un botón de muestra es “La CNMC *nace convencida* de las potencialidades que supone la integración de varias instituciones que comparten fines muy comunes, con instrumentos, en general, complementarios. También *es muy consciente* de los riesgos y de la responsabilidad

articular y concretar son los mecanismos de integración y coordinación para consolidar la “fusión” de los organismos preexistentes. La implementación práctica y consolidación del diseño establecido por el legislador supone que el modelo adoptado por el legislador español no descansa en una mera yuxtaposición de organismos varios bajo un único techo. Por ello, parecen especialmente poco plausibles, las referencias de ese tipo que se hacen en el Borrador (“*todas las instituciones que forman la CNMC*”).⁷

Fuera de las previsiones legales y reglamentarias vigentes, sobre las que necesariamente se ha de construir el Plan Estratégico de la CNMC, es necesario concretar las medidas de integración y consolidación de recursos y actividades⁸, para lo que no sirven de mucho las declaraciones de buena voluntad o genéricas, si no se acompañan de medidas específicas. El Plan Estratégico de la CNMC debería, por ejemplo, especificar cómo se pretenden aprovechar las sinergias derivadas de la estructura integrada, ¿que implicaciones tiene ello en aquéllas materias que no están ya dispuestas en el texto legal o reglamentario?, ¿en los recursos materiales y humanos? ¿en su política de comunicación? ¿en su acción internacional?

Algunas de las acciones propuestas dicen que la CNMC realizará esa concreción en el futuro, pero no se entiende el sentido de retrasar el ejercicio más. Es más, en algún caso, parece llamativo que transcurrido ya más de medio año no lo haya hecho, o al menos se lo haya planteado, y en tal caso que lo haga público (v. gr., objetivo 3 y acción propuesta nº 5).

En particular, todas las medidas destinadas a la integración de los distintos organismos preexistentes en la nueva CNMC son de suma relevancia porque de ellas depende mayormente la construcción de una imagen, marca o reputación propia de la CNMC. La construcción y proyección de esa credibilidad del nuevo organismo es crucial para el cumplimiento de las funciones que le ha encomendado el legislador⁹. La relevancia de ese proceso es vital tanto *ad extra* -frente a las empresas y el resto de los implicados en las

que su nueva configuración exige”, *Borrador Plan Estratégico de la CNMC- Consulta Pública*, págs.4-5 (subrayado añadido). Otro tanto cabe decir, por ejemplo, de la valoración que se realiza en el párrafo que sigue al Objetivo nº 3 (id. pág. 6).

⁷*Borrador Plan Estratégico de la CNMC- Consulta Pública*, pág.4.

⁸ Como dicen D A Hyman & W E Kovacic, ‘Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?’ (2013) *Concurrences* 1: 9-36, 20 (“*the coordination of functions and responsibilities will not happen merely because previously separate bureaus are combined into a single department*”).

⁹ De nuevo, Hyman & Kovacic cit. N8 (2013) *Concurrences* 1: 16 y W E Kovacic, H M Hollman & P Grant ‘How does your competition agency measure up’, (2014) *European Competition Journal* 7/1: 28-29. La construcción de esa marca clara y la coherencia en los objetivos son especialmente relevantes en las autoridades integradas, D A Hyman & W E Kovacic, ‘Competition Agency Design: What’s on the menú?’ (2012) *European Competition Journal* 8/3: 533.

actuaciones de la CNMC (*stakeholders*)- como *ad intra* –frente al propio personal de la CNMC-. Sólo si la CNMC consigue construir una marca de acción, que sea coherente con su misión y objetivos, y que sea única en los distintos sectores en el ámbito de sus competencias, el proceso de integración de los distintos organismos preexistentes podrá considerarse exitoso. De igual modo, la consolidación de unas señas de identidad unívocas es clave para motivar e incentivar al personal en el desafío que la integración supone.

Por tanto, la piedra angular sobre la que han de pivotar todas las actuaciones de la CNMC y su objetivo último no puede ser otro, por imperativo constitucional y legal, que la eficiencia económica en un sistema de economía de mercado que aumente el bienestar de los consumidores¹⁰. Por esta razón, parece inoportuna e incorrecta la referencia al interés de las empresas como misión de la CNMC (“**La CNMC promueve y defiende el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los ciudadanos y las empresas**”)¹¹.

Es verdad que el Documento de Estrategia de la Autoridad holandesa para los Consumidores y los Mercados de septiembre de 2013 contiene una expresión muy similar (“**ACM promotes opportunities and options for businesses and consumers**”), pero no es idéntica y no tiene el mismo significado; además, aparece rodeada de innumerables menciones de que la misión de la ACM es la maximización del bienestar de los consumidores¹². Ciertamente, la necesaria interacción de la CNMC con los agentes empresariales, ora en el marco de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, ora en el marco de la regulación sectorial, es elemento imprescindible de cualquier sistema de defensa de la competencia y regulación, pero no es posible entender –como el Borrador expresamente dice (y salvo que lo haga en términos coloquiales, lo cual no parecería apropiado de un documento de esta índole)- que la CNMC intervenga en los mercados para “**el mejor servicio de [...] las empresas**”. De hecho, la referencia al bienestar del consumidor como brújula de las actuaciones de la CNMC se recoge, después, en lo que el Borrador -de manera original- denomina “Visión” al aludir a la “*mejor calidad de vida*”.¹³

De otro lado, los que se describen en el Borrador como los 3 objetivos de la CNMC se limitan a reiterar las funciones y obligaciones previstas en la legislación, sin cubrir las aspiraciones que debería tener un Plan Estratégico. No hay ni medidas, ni instrumentos de acción previstos para el futuro. Resulta

¹⁰ De hecho, aparece en el frontispicio de las funciones de la CNMC en el art. 5.1 (“*en beneficio de los consumidores y usuarios*”).

¹¹ Borrador Plan Estratégico de la CNMC- Consulta Pública, pág.4.

¹² Véase Netherlands Authority for the Consumers and Markets, *Documento de Estrategia*, 20 septiembre 2013, pág. 2 (disponible <https://www.acm.nl/en/download/publication/?id=11993>)

¹³ Borrador Plan Estratégico de la CNMC- Consulta Pública, pág.5.

innecesario que el Plan Estratégico se limite a reiterar el régimen legal¹⁴ (lo mismo cabe decir si se remita a planes ulteriores más específicos¹⁵). Lo que cabe esperar del Plan Estratégico es que especifique de alguna manera las medidas y acciones concretas que se propone realizar en el futuro dentro de ese marco legal. Sin ir más lejos, el documento de *Visión, Valores y Estrategia para la Competition & Markets Authority (CMA)* del Reino Unido¹⁶ puede ser, por ejemplo, un modelo del grado de concreción al que debería aspirarse.

Igualmente, en el Plan Estratégico resultan ociosas manifestaciones genéricas de buenas intenciones, si no se concretan después de manera específica. Esto ocurre con la mayoría de las acciones propuestas. Así por ejemplo, en materia internacional las acciones propuestas nº 13 y nº 14¹⁷: ¿Cuáles son esas prácticas, autoridades, reguladores, organismos multinacionales, foros a los que alude (al margen claro de los dispuestos ya en el art. 4.2 de la Ley 3/2013)? En atención a que la CNMC es el resultado de la integración de numerosos organismos preexistentes, ¿Se mantendrán las actividades de todos ellos o se dará prioridad sólo a algunos? ¿Se hará de manera centralizada o por cada unidad interna con responsabilidades en la materia?

Otro tanto cabe decir de las acciones propuestas nº 4 y nº 5, vital para la nueva CNMC como organismo con competencias de diversa naturaleza, que integra recursos procedentes de las ocho autoridades preexistentes y que para el desempeño de sus funciones necesariamente requerirá de análisis interdisciplinares y la coordinación de personal con distintas “culturas”: ¿cómo se organizarán los equipos multidisciplinarios previstos (en particular, a la vista de las dificultades de integración que con carácter general suele suscitar la integración de economistas en los organismos de defensa de la competencia¹⁸

¹⁴ Véanse, por ejemplo, las acciones propuestas nº 1, 2, 3, 4 (primera frase) y 10.

¹⁵ El Borrador habla de un *plan de prioridades de actuación en persecución de prácticas dañinas para la competencia* (acción propuesta nº 1) y de un *programa de estudios e informes de aquellos mercados que considere prioritario centrar su análisis* (acción propuesta nº 6). Tanto la CMA británica como la ACM holandesa presentaron (y eventualmente en algún caso sometieron también a consulta pública) estos planes simultánea o inmediatamente después de sus respectivos Planes Estratégicos (que, adicionalmente, gozan de un grado de concreción en las medidas e instrumentos previstos que no tiene el Borrador del Plan Estratégico de la CNMC).

¹⁶ Véase CMA, *Vision, Values, and Strategy for the CMA*, CM13, Enero de 2014 (disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/274059/CMA13_Vision_and_Values_Strategy_document.pdf)

¹⁷ “La CNMC usará las mejores prácticas internacionales y académicas para actualizar sus procedimientos y guiar sus decisiones, para lo que estrechará la cooperación con el resto de autoridades y reguladores internacionales, así como con los organismos multinacionales, potenciando su presencia e iniciativas en los mismos” y “La CNMC, a través de una participación activa en los foros y organismos internacionales, contribuirá con sus conocimientos y experiencia a la mejora continuada del entorno regulatorio y competitivo internacional, en especial, del comunitario”.

¹⁸ Véase L M Froeb, P A Pautler, L-H Roller, ‘The Economics of Organizing Economists’ (2010) *Antitrust Law Journal* 76: 569-584.

(siendo quizás la experiencia de la CNC con su institución de economista jefe una experiencia a considerar)?¹⁹; ¿cuáles son las acciones de recursos humanos previstas para reorganización del personal en el marco legal y reglamentario, destinadas a conservar y atraer talento especializado/experto en las funciones a desempeñar por la CNMC?; ¿cuáles son los mecanismos técnicos u operativos a los que alude la acción propuesta nº 5?

Finalmente, el Plan Estratégico no debería incluir propuestas genéricas bienintencionadas pero de difícil cumplimiento o de supervisión. Por ejemplo, la acción propuesta nº 7 carece de contenido si no se concreta porque dice que la CNMC cumplirá la función que legalmente tiene encomendada, y que valorará *anualmente* el grado de efectividad de sus actuaciones *en todos* los sectores de su competencia, ¿cómo piensa hacerlo? En caso de que fuera posible, ¿tiene sentido hacer ese ejercicio en todos los sectores de su competencia? ¿todos los años?

En suma, es deseable una revisión del borrador que clarifique la misión institucional de la CNMC (maximizar el bienestar de los consumidores en un sistema de mercado), y que especifique las acciones e instrumentos concretos para la actuación de la CNMC, intentando en la medida de lo posible cuantificar su impacto en la realidad económica.²⁰ El insuficiente contenido del Borrador de Plan Estratégico abocaría a la institución a reaccionar a posteriori a los acontecimientos, sin margen de acción y sometida a innumerables presiones externas²¹.

Observaciones puntuales

- Es probablemente incorrecta la utilización de “*consistente*” en la pág. 1 del Borrador. La previa alusión a la integración de entidades de supervisión de distintos sectores, con principios de actuación similares, parece indicar que el

¹⁹ Véase un ejemplo en Netherlands Authority for the Consumers and Markets, Documento de Estrategia, 20 septiembre 2013, pág. 11.

²⁰ Con las dificultades que esto entraña, quizás mirando a actuaciones específicas y su impacto en sectores concretos, utilizando indicadores como los que emplea la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, la *Federal Trade Commission* o la *Office of Fair Trading*.

²¹ Como dicen Kovacic, Hollman & Grant ‘How does your competition agency measure up’ (2014) *European Competition Journal* 7/1: 32. “without an effective process to set strategy, a competition agency can become a purely reactive observer caught up in the unfolding of events and buffeted by demands for action by external bodies, especially the legislature”. En palabras análogas de otro ex-presidente de la FTC, “Without a general strategy and a positive agenda, an agency becomes a passive observer, swept along by external developments and temporary exigencies. An institution that merely reacts to circumstances and does not work from a coherent philosophy will ultimately fail to achieve lasting success” [T J Muris ‘Principles for a Successful Competition Agency’ (2005) *University of Chicago Law Review* 73: 165-187, 168]

Borrador quiere decir que se trata de “garantizar un enfoque *coherente*”. Como es sabido, ‘consistente’ y ‘coherente’ no son sinónimos. Podría ser que el Borrador haya caído aquí en un “falso amigo” procedente del término inglés ‘*consistent*’, que significa ‘coherente, congruente o consecuente’. ‘Consistente’ es el participio presente de ‘consistir’ y no tiene ese significado (según la R.A.E. se trata de algo sólido, duradero, estable, y normalmente se predica de un objeto físico).

- La acción propuesta nº 15 incluye en realidad dos acciones, la primera es muy acertada si la mayoría de las anteriores tuvieran un contenido más específico (en caso contrario resulta imposible evaluar el grado de cumplimiento del Plan y su adecuación a la situación de los mercados). La segunda acción debería de ser preferiblemente una acción independiente que no se entiende bien porque se mezcla aquí con lo anterior. Las acciones destinadas a la sensibilización de los consumidores sobre las funciones de la CNMC y su participación deberían constituir uno de los ejes de acción de la estrategia de la CNMC, adecuadamente instrumentados en el Plan Estratégico. De nuevo, parecería aconsejable que se indicarán o concretaran cuáles y de qué tipo serán esos canales y cómo y cuándo se pondrán en práctica.

Washington, D.C. a 29 de abril de 2014