

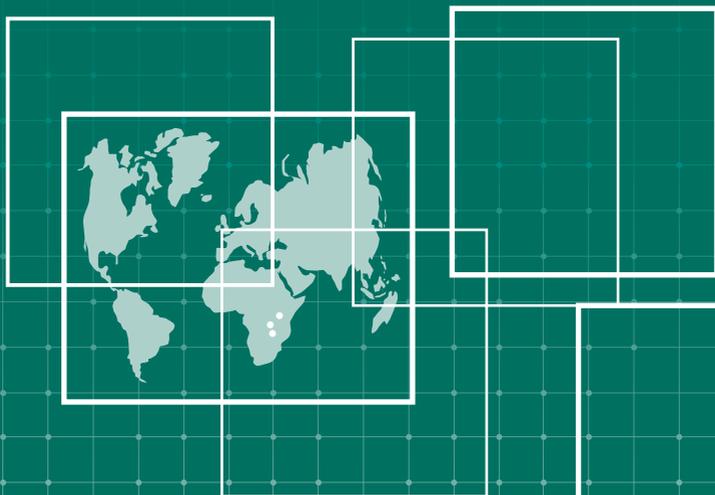


EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS DEL DERECHO
Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:

**INFORME TRIPARTITO SOBRE
LA REPÚBLICA UNIDA DE TANZANÍA,
ZAMBIA Y ZIMBABWE**

EVALUACIÓN COMPARATIVA

Panorama general





EXAMEN VOLUNTARIO ENTRE HOMÓLOGOS DEL DERECHO
Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:

**INFORME TRIPARTITO SOBRE LA REPÚBLICA UNIDA DE
TANZANÍA, ZAMBIA Y ZIMBABWE**

EVALUACIÓN COMPARATIVA

Panorama general



NOTA

Las opiniones expresadas en el presente informe son las del autor y no reflejan necesariamente las de la Secretaría de las Naciones Unidas. Las denominaciones empleadas y la forma en que aparecen presentados los datos no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites, ni tampoco sobre su sistema económico o nivel de desarrollo.

UNCTAD/DITC/CLP/2012/1 (OVERVIEW)
EVALUACIÓN COMPARATIVA

AGRADECIMIENTOS

Los exámenes voluntarios entre homólogos del derecho y las políticas de la competencia organizados por la UNCTAD se llevan a cabo en las reuniones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia o en las conferencias que organizan cada cinco años las Naciones Unidas para examinar su Conjunto de Principios y Normas. La preparación sustantiva corre a cargo de la Subdivisión del Derecho de la Competencia y Políticas de Protección del Consumidor (SDCPPC), bajo la dirección del Sr. Hassan Qaqaya, Jefe de la Subdivisión.

El presente informe fue preparado para la UNCTAD por Alberto Heimler, Director General de Investigaciones y Asuntos Internacionales de la Autoridad de la Competencia de Italia. Se basa en los tres informes nacionales de evaluación para el examen voluntario tripartito entre homólogos del derecho y la política de la competencia de la República Unida de Tanzania, Zambia y Zimbabwe preparados por Thulasoni Kaira, Director Ejecutivo y Secretario de la Comisión de la Competencia de Botswana, Alex Kububa, Director de la Comisión de Competencia y Aranceles de Zimbabwe, y Allan Mlulla, Director de Investigaciones, Fusiones y Promoción de la Comisión de Competencia Leal de la República Unida de Tanzania. El apoyo sustantivo y la revisión del informe corrieron a cargo de Elizabeth Gachuiiri. Geoffrey Mariki, Director General de la Comisión de Competencia Leal de la República Unida de Tanzania, Alex Kububa, Chilufya Sampa, Director Ejecutivo de la Comisión de la Competencia y Protección de los Consumidores de Zambia y Ulla Schwager aportaron sus valiosos comentarios.

ÍNDICE

PREFACIO.....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. ANÁLISIS COMPARATIVO	2
1. ¿Es posible una interpretación común de la parte sustantiva de la legislación?	2
2. Facultades de investigación de las autoridades de la competencia.....	4
3. Sanciones	5
4. Revisión judicial	7
5. Control de las fusiones	8
6. Recursos públicos destinados a la aplicación de la legislación antitrust	10
7. Historial en materia de aplicación de la legislación.....	13
III. ACUERDOS REGIONALES	15
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	17
1. Recomendaciones a nivel nacional.....	18
2. Recomendaciones a nivel regional.....	23

PREFACIO

1. La presente evaluación comparativa forma parte del examen voluntario tripartito entre homólogos del derecho y la política de la competencia de la República Unida de Tanzania, Zambia y Zimbabwe. El examen tripartito entre homólogos tiene por objeto evaluar el marco jurídico y las experiencias de cada una de las jurisdicciones en la aplicación de ese marco; extraer lecciones y las mejores prácticas de cada jurisdicción; y examinar el valor añadido de la armonización del derecho de la competencia y su aplicación en la subregión, así como del aumento de la cooperación. Los informes nacionales, en que se examinan los regímenes de la competencia de cada uno de los países citados, sirven de base para la presente evaluación comparativa, en que se abordan cuestiones pertinentes desde una perspectiva subregional.

I. INTRODUCCIÓN

2. La República Unida de Tanzania, Zambia y Zimbabwe introdujeron su legislación sobre la competencia a mediados de los años noventa a raíz del proceso de privatización y liberalización iniciado a finales de los años ochenta. Tras años de experimentación con una economía de planificación centralizada, la apertura de los mercados se consideró la solución para las grandes deficiencias y el lento crecimiento económico. El proceso de liberalización no ha concluido aún y sigue habiendo importantes restricciones reguladoras, heredadas de la época colonial y la tradición socialista¹.

3. Por tanto, la introducción del derecho de la competencia en los tres países tenía la siguiente finalidad:

- Acompañar el establecimiento de mecanismos de mercado, velando por que las empresas dominantes existentes, a menudo amparadas por decenios de proteccionismo, no abusaran de su posición bloqueando o retrasando la entrada de competidores;
- Velar por que no se cartelizaran los mercados y por que las fusiones anticompetitivas no dieran lugar a una considerable reducción de la competencia;
- Promover los principios de la competencia en las reformas de la regulación.

¹ Stiglitz, J. (2000) "Keynote address", *Primer curso de derecho y política de la competencia, Banco Mundial, Washington, D.C. (cita del autor)*.

II. ANÁLISIS COMPARATIVO

4. Los informes de los países contienen sugerencias de ajustes muy útiles con respecto a los aspectos sustantivos de la legislación. Indudablemente, una mejora importante sería que las tres jurisdicciones convergieran al menos en la forma de interpretar las disposiciones jurídicas, algo que reforzaría la cooperación y el aprendizaje recíproco. Por ello, el informe se centrará sobre todo en el proceso de convergencia entre las tres jurisdicciones y solo sugerirá modificaciones de la legislación cuando sea estrictamente necesario.

5. Se compararán principalmente los siguientes aspectos de las tres jurisdicciones objeto de examen:

- Las disposiciones sustantivas de la legislación sobre la competencia;
- Las diferentes facultades de investigación de las autoridades;
- Las sanciones previstas en caso de infracciones de procedimiento o sustantivas;
- La función del poder judicial;
- La eficacia del control de las fusiones;
- Los recursos asignados a esas autoridades para desempeñar sus funciones;
- El historial de las autoridades de la competencia en materia de aplicación de la legislación; y
- La contribución de los acuerdos regionales² a la promoción de un entorno que permita una aplicación más eficaz de la legislación antitrust.

1. ¿Es posible una interpretación común de la parte sustantiva de la legislación?

6. La legislación de las tres jurisdicciones se refiere a los acuerdos anticompetitivos y los abusos de la posición dominante, así como al control de las fusiones. La legislación regula todas las actividades económicas, con limitadas excepciones. Sin embargo, mientras que las legislaciones de Tanzania y Zambia casi se ajustan plenamente a las mejores prácticas internacionales, la Ley de la competencia de Zimbabwe requiere una revisión sustancial. Su principal deficiencia es que establece una distinción muy artificial entre prácticas comerciales desleales, que pueden ser sancionadas, y las prácticas empresariales

² La República Unida de Tanzania es miembro de la Comunidad del África Oriental (CAO) y la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC), mientras que Zambia y Zimbabwe son ambos miembros del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) y la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC).

desleales, que solo pueden declararse nulas y sin efecto. Si bien es evidente que esta situación obedece a una falta de coordinación en la redacción de la revisión de la ley realizada en 2001, esta deficiencia no se puede subsanar mediante una interpretación. En su versión actual, la ley carece de efecto disuasivo.

7. Además de reformular las disposiciones relativas a las sanciones, es necesario introducir otras mejoras en la legislación de Zimbabwe. Véanse los detalles en las recomendaciones al poder legislativo que figuran en el informe nacional de evaluación.

8. Como muestran los informes nacionales, gracias a los cambios introducidos recientemente, las legislaciones de la República Unida de Tanzania y Zambia ya se ajustan a las mejores prácticas internacionales. Contienen una prohibición general de los acuerdos restrictivos y del abuso de posición dominante. La principal diferencia entre ambas jurisdicciones es que la Ley de la competencia de Zambia introduce un sistema de notificación y exención individual para los acuerdos horizontales y verticales por encima de un determinado umbral de cuota de mercado. En la República Unida de Tanzania no hay umbral de cuota de mercado y las partes pueden notificar voluntariamente cualquier acuerdo que consideren que merece una exención. La norma aplicable a las exenciones es muy similar en ambas jurisdicciones y requiere que el aumento de la eficiencia supere los efectos negativos asociados a la restricción de la competencia.

9. Los sistemas de notificación no son muy eficaces para promover el cumplimiento de la legislación antitrust, puesto que las restricciones más severas de la competencia nunca se notificarán. Como demuestra la experiencia de la Unión Europea (que abandonó el sistema de notificaciones en 2004), las empresas sujetas a un sistema de autorizaciones solo notifican los acuerdos que consideran que pueden estar exentos. Las infracciones graves se mantienen en secreto. En consecuencia, las notificaciones simplemente imponen trámites excesivos a las autoridades de la competencia y no mejoran el entorno competitivo. Por ello, si aumentara excesivamente el número de notificaciones, las autoridades de Zambia y la República Unida de Tanzania tal vez necesitarían establecer exenciones por categorías que redujeran considerablemente ese número, como ocurrió en la Unión Europea antes de 2004.

10. En los informes nacionales sobre la República Unida de Tanzania y Zambia no se recomienda modificar las disposiciones sustantivas de la legislación sobre la competencia. No obstante, se sugiere revisar determinados aspectos de procedimiento. Si ello no puede lograrse mediante reformas legislativas, podría hacerse mediante el desarrollo de la jurisprudencia y la adopción de directrices.

11. Las agrupaciones regionales a que pertenecen las tres jurisdicciones podrían ayudar en la formulación de esas directrices aportando documentación de referencia.

12. Además, es muy importante que las decisiones de las autoridades estén fundamentadas y que se publiquen en el sitio web de las autoridades a fin de educar a los empresarios y crear seguridad jurídica. También podrían publicarse las resoluciones judiciales de los casos relativos a la competencia.

2. Facultades de investigación de las autoridades de la competencia

13. Un problema importante de los casos antitrust es la dificultad de obtener pruebas de que ha habido una infracción. No serviría de nada pedir a los posibles infractores que aportaran pruebas de manera voluntaria. Las empresas solo facilitan información voluntariamente cuando ello redundaría en su propio interés. Por consiguiente, aparte de controlar las fusiones³, las autoridades de la competencia necesitan importantes facultades de investigación para recabar las pruebas necesarias.

14. En las tres jurisdicciones la autoridad puede abrir una investigación de oficio, actuar a instancia de un denunciante y pedir a una persona que facilite información, presente un documento o comparezca personalmente.

15. Además, cuando tiene motivos para creer que una persona tiene en su posesión o bajo su control documentos que pueden ser de interés para una investigación, la autoridad puede, previa autorización de un tribunal, entrar en locales para realizar un registro y hacer copias o tomar extractos de los documentos que encuentre. De las tres jurisdicciones, únicamente Zambia tiene cierta experiencia en inspecciones sin previo aviso, al haber realizado dos en los últimos años. Las autoridades de los tres países necesitarían formación especializada para realizar registros eficaces.

16. En Zimbabue, la autoridad solo puede hacer pleno uso de sus facultades de investigación tras la publicación, en el *Boletín Oficial* y los diarios nacionales que se distribuyen en la zona abarcada por la investigación, de un anuncio en que se informe sobre la naturaleza de la investigación propuesta. Si bien esa publicación puede ser necesaria para invitar a las partes interesadas a presentar pruebas sobre el caso, no se debe exigir para el ejercicio de las facultades de investigación. En especial, es muy importante que las inspecciones sorprendan

³ En los controles de fusiones, las empresas tienen interés en facilitar la información necesaria para que la autoridad emita rápidamente una decisión.

a las empresas involucradas. Si se adelanta demasiada información, las inspecciones podrían resultar inútiles, ya que las empresas podrían destruir anticipadamente toda información pertinente. Por lo tanto, la publicación debe tener lugar el día en que se realice la inspección.

17. En lo que respecta al procedimiento de investigación, en las tres jurisdicciones las partes interesadas comparecen ante la autoridad al concluir la investigación. En principio debe enviarse con antelación una declaración a las partes notificándoles los cargos formulados en su contra para que puedan defenderse debidamente. Si bien es importante garantizar la transparencia de esas audiencias, ello no debe ir hasta el punto de permitir la presencia de la prensa durante las mismas, como ocurre en Zimbabwe. De otro modo, las empresas podrían abstenerse de divulgar información confidencial, lo que impediría en gran medida a la autoridad conocer todas las circunstancias del caso.

18. En cuanto a la carga de la prueba, toda vulneración de la ley debe ser demostrada por la autoridad, mientras que las partes deben aportar las pruebas necesarias en caso de que soliciten una exención. En general, la estructura de la legislación en las tres jurisdicciones sigue esa pauta. No obstante, la exigencia de que la vulneración de la ley sea intencional establecida en Tanzania hace que todo el sistema sea mucho más débil y más difícil de aplicar. Esta clase de apreciaciones subjetivas no debe formar parte de un sistema de observancia administrativa de aplicación y deben ser eliminadas. De no ser posible, la exigencia de intencionalidad debe interpretarse de manera muy estricta. Por ejemplo, puede entenderse en el sentido de que solo puede imponerse una multa cuando de la jurisprudencia o las directrices de la autoridad se desprenda claramente que determinadas prácticas están en efecto prohibidas o cuando se haya ampliado el alcance de la ley a nuevas situaciones.

19. Por último, en las tres jurisdicciones la autoridad está facultada para adoptar medidas provisionales a fin de impedir que una conducta potencialmente anticompetitiva produzca daños graves o irreparables.

3. Sanciones

20. Las sanciones son necesarias para garantizar el respeto de las disposiciones jurídicas. Las tres autoridades están facultadas para imponer sanciones por infracciones de procedimiento. En la República Unida de Tanzania y Zambia, las autoridades también pueden imponer sanciones por la violación de disposiciones antitrust: como se ha señalado, en Zimbabwe la ley no prevé

sanción alguna para los acuerdos empresariales anticompetitivos, aparte de declararlos nulos y sin efecto.

21. En caso de infracción del procedimiento, en la República Unida de Tanzania la sanción por no facilitar información o proporcionar información falsa es bastante leve, mientras que en Zambia y Zimbabwe es muy severa (penas de prisión por obstrucción o retraso de la investigación de la autoridad o por proporcionar información falsa o engañosa). Es evidente que, en tales casos, el encarcelamiento es una pena excesiva y, por tanto, no es disuasoria, ya que un juez difícilmente impondrá a la persona una pena de prisión por inducir a la autoridad a error. Pese a las pocas probabilidades de que se impongan, la existencia de sanciones penales para las infracciones de procedimiento puede no obstante repercutir negativamente en la inversión, al asustar a los inversores extranjeros y mantenerlos alejados del país. Por consiguiente, sería más eficaz imponer sanciones administrativas adecuadas, por ejemplo una multa de hasta un 1% de la cifra de negocios realizada en el ejercicio económico anterior.

22. En cuanto a la imposición de sanciones pecuniarias por la vulneración de las partes sustantivas de la ley, el nivel de las multas en Zambia, de hasta un 10% de la cifra de negocios anual de la empresa infractora, se ajusta a las mejores prácticas internacionales. Por otra parte, en Zimbabwe, dejando de lado el hecho de que las infracciones de la legislación antitrust no están sujetas a ninguna multa, el régimen de multas es claramente demasiado débil, siendo la multa más alta de 5.000 dólares, y, lo que resulta aún más problemático, la autoridad de la competencia no es quien decide la cuantía de las multas, sino otro órgano que no conoce con exactitud la gravedad de las infracciones de la legislación antitrust. En Zambia y Zimbabwe lo mejor sería modificar la ley y eliminar las penas de prisión por infracciones menores; o bien, la autoridad podría perfectamente publicar una declaración sobre los casos en que se impondrán sanciones penales, limitando estrictamente la posibilidad de encarcelamiento. En Zimbabwe, las multas administrativas deben consistir en un porcentaje de la cifra de negocios de todas las empresas involucradas, como en Zambia y la República Unida de Tanzania, del 0% al 10%.

23. Lo que en cualquier caso es muy importante para que la aplicación de la legislación antitrust sea eficaz es que las multas se paguen realmente. Eso quiere decir que las empresas no deben esperar a la resolución del recurso para pagar la multa. Solo cuando un juez (en respuesta a una solicitud de medidas provisionales) concluye que una decisión es errónea a primera vista, puede suspender la obligación de pagar la multa después de haber examinado el recurso. En todo caso, la administración pública debe cobrar las multas de manera eficiente.

24. Las multas no deben convertirse en una fuente de financiación para la autoridad como ocurre en Zambia, donde la ley permite a la autoridad retener un porcentaje de las multas pagadas, aunque la ley no se ha puesto en práctica, lo cual ha sido una decisión muy acertada de la autoridad. El sistema influye claramente en la motivación de la autoridad para multar a las empresas infractoras, por lo que debe ser abolido, como se sugiere en el informe sobre Zambia, ya que la autoridad podría no ser neutral en sus decisiones.

4. Revisión judicial

25. El estado de derecho exige que las decisiones de las autoridades de la competencia puedan recurrirse ante un juez, lo que en efecto está previsto en los tres países examinados.

26. En la revisión judicial de los casos relativos a la competencia hay cuatro aspectos muy pertinentes: a) la cuestión de saber si la decisión de la autoridad de la competencia es aplicable mientras se resuelve el recurso; b) el alcance de la revisión del juez (la norma en la que basa su decisión); c) el nivel de especialización del juez en materia de competencia, y d) los plazos de la revisión judicial.

27. En la República Unida de Tanzania, la revisión judicial de los casos relativos a la competencia corre a cargo de un tribunal especializado, el Tribunal de Competencia Leal. Pese a su especialización, las decisiones o fallos definitivos tardan demasiado debido a la falta del personal necesario para ayudar a los jueces a redactar las sentencias tras tomar una decisión. Esta deficiencia es muy grave, dado que en los casos antitrust la rapidez de los fallos es muy importante. Además, los jueces necesitan formación en la aplicación de la legislación antitrust, ya que la mayoría de ellos no recibió esa formación en la universidad ni en la preparación para la judicatura. En lo que respecta a los criterios de la revisión, los jueces deben basar sus resoluciones en la decisión de la autoridad, en las pruebas que la autoridad haya recabado (que deben ponerse a disposición del juez) y en las reclamaciones de los afectados por la decisión.

28. En Zambia, la nueva Ley de defensa de la competencia y protección del consumidor de 2010 prevé el establecimiento de un tribunal especializado de defensa de la competencia y protección del consumidor. La ley no aclara los criterios de la revisión que el tribunal deberá aplicar ni, lo que es más importante, si debe limitarse a las pruebas recabadas por la autoridad. Este aspecto debe quedar claramente establecido en la ley. El Tribunal, que fue establecido en 2011 pero que aún no ha comenzado a funcionar, no tiene facultades para examinar la imposición de sanciones penales por infracción de la legislación nacional sobre

competencia. El Ministro puede destituir a los miembros del Tribunal por motivos no especificados. Esta amenaza indeterminada puede reducir considerablemente la independencia del Tribunal. Los jueces solo deben ser destituidos por motivos muy específicos y graves establecidos en la ley en consonancia con las normas existentes en la República Unida de Tanzania.

29. En Zimbabwe hay una doble jurisdicción para la revisión judicial de los casos relativos a la competencia, que reside en el Tribunal Administrativo y el Tribunal Supremo, sin que exista una definición clara de la relación entre ambos órganos. Ello puede dar lugar a decisiones contradictorias. Además, no permite que los jueces que se ocupan de los casos relativos a la competencia adquieran conocimientos especializados en la materia. Por lo tanto, es necesario asignar a uno de los dos tribunales la jurisdicción exclusiva sobre los casos relativos a la competencia. A los efectos de la creación de capacidad, el tribunal escogido deberá entonces asegurarse de que sean siempre los mismos jueces los que se ocupen de los asuntos relativos a la competencia. Tal disposición (concentrar los casos en una sala de un tribunal más general) también sería preferible en la República Unida de Tanzania y Zambia (donde se han creado tribunales especializados), cuyos jueces, que no tienen ante sí muchos casos que les permitan mejorar sus conocimientos especializados, podrían seguir impartiendo justicia si se integraran en un tribunal más general.

30. Por último, los plazos que se fijan para la revisión judicial de los casos relativos a la competencia deben ser razonables para que no pierdan validez ni resulten perjudiciales para determinadas actividades económicas.

5. Control de las fusiones

31. Las tres jurisdicciones examinadas han establecido un muy útil sistema de notificación obligatoria para el control de las fusiones.

32. Para que dicho sistema funcione debidamente hace falta una definición clara e inequívoca de las transacciones sujetas a control. En consonancia con las mejores prácticas internacionales, en las tres jurisdicciones examinadas la toma de control de una empresa independiente da lugar a un control de la fusión.

33. Dado que solo las fusiones potencialmente anticompetitivas deben ser sometidas a control, la existencia de un sistema de notificación basado en umbrales de cifras de negocios ayuda a determinar el tipo de fusiones que deben examinarse. En la República Unida de Tanzania es la propia autoridad la que fija los umbrales de cifras de negocios, lo que permite ir ajustando el sistema.

34. Sin embargo, un punto débil del sistema de control de las fusiones de Tanzania es la concesión de inmunidad a la persona que contravenga de manera involuntaria las disposiciones relativas a la notificación de las fusiones, algo difícil de demostrar y que probablemente hace que muchas fusiones no se notifiquen. Así pues, esa disposición debe suprimirse de la ley o bien interpretarse de manera tan rigurosa que difícilmente se aplique.

35. En la República Unida de Tanzania, se puede autorizar una fusión restrictiva cuando hay un interés público superior. Los intereses públicos que la ley enumera cabrían dentro de las consideraciones normales relativas a la competencia que prevén la mayoría de las jurisdicciones, como las excepciones para los casos de empresas en crisis o de mejora de la eficiencia. La única cuestión que parece ser exclusivamente de interés público es la protección del medio ambiente. Por lo tanto, diríase que los objetivos de interés público que deben tenerse en cuenta en la República Unida de Tanzania solo requieren una evaluación del tipo de competencia.

36. También en Zambia y en Zimbabwe existe la obligación de notificar las fusiones por encima de un determinado umbral. Los umbrales de ambos países siguen la misma estructura y se basan únicamente en la cifra de negocios o los activos combinados de los países que se fusionan en el mercado nacional. Esta medida coloca en situación de desventaja a las empresas más grandes que sobrepasan por sí solas el umbral de notificación, por lo que deben notificar hasta las transacciones y adquisiciones más pequeñas cuando la influencia de dichas transacciones en la economía nacional es insignificante.

37. A fin de remediar esta situación, la obligación de notificar debe basarse en la combinación de dos criterios: a) que la cifra de negocios o los activos combinados de las partes que se fusionen superen un nivel fijo; y b) que al menos dos partes tengan individualmente una cifra de negocios o activos superiores a un nivel mínimo fijo en la jurisdicción. Esa es la orientación que deben adoptar las tres jurisdicciones.

38. Zambia y Zimbabwe prevén diferentes plazos para llevar a cabo el control de las fusiones. La legislación de Zambia establece un plazo de 90 días, prorrogable otros 30 días. Sin embargo, la autorización de las transacciones sencillas debe ser mucho más rápida. Si no se modifica la ley con arreglo a lo sugerido en el informe sobre el país (procedimiento en dos etapas), la autoridad podría decidir agilizar la autorización de las transacciones sencillas por su propia iniciativa.

39. En Zimbabwe, la ley no establece plazos obligatorios para la evaluación de las fusiones, lo que puede ocasionar grandes demoras en la toma de decisiones. Si bien sería conveniente modificar la ley para hacer frente a este problema, la

autoridad puede anunciar que respetará un plazo razonable de tres a cuatro meses por propia iniciativa.

40. En cuanto a la norma para el control de las fusiones, también Zambia y Zimbabwe deben demostrar la existencia de un interés público. En Zimbabwe, cuando la autoridad concluye que una fusión reduce considerablemente la competencia, debe determinar si existe un aumento de la eficiencia tecnológica o cualquier otro beneficio favorable a la competencia que compensaría la reducción de la competencia. Al igual que en la República Unida de Tanzania, en Zimbabwe el criterio del interés público es esencialmente una excepción para los casos de mejora de la eficiencia y se sitúa claramente entre las mejores prácticas de control de las fusiones.

41. En Zambia la definición de interés público es mucho más amplia: además de tener acertadamente en cuenta las excepciones para los casos de empresas en crisis o de mejora de la eficiencia, la ley prevé la autorización de fusiones que de otro modo serían anticompetitivas por varios motivos muy generales, entre ellos factores socioeconómicos, según sea apropiado, y cualquier otro factor que influya en el interés público.

42. Esa amplia formulación de las consideraciones de interés público debilita considerablemente el enfoque técnico de la autoridad en la evaluación de las fusiones. Si bien las autoridades disponen de los recursos necesarios para evaluar los efectos de una fusión en la competencia en los mercados afectados, una norma del interés público que introduzca un enfoque multidimensional debe establecer un equilibrio entre los diferentes objetivos de las políticas, algo para lo que la autoridad de la competencia no dispone de medios. El mejor enfoque sería limitar el criterio del interés público en Zambia a las excepciones para los casos de empresas en crisis o de mejora de la eficiencia, en consonancia con la legislación de Tanzania y Zimbabwe.

43. De no modificarse la ley, la autoridad de Zambia debe interpretar esas disposiciones sobre el interés público de manera muy estricta y autorizar una fusión anticompetitiva únicamente cuando existan pruebas convincentes e incuestionables de que es beneficiosa.

6. Recursos públicos destinados a la aplicación de la legislación antitrust

44. En las tres jurisdicciones la autoridad antitrust es relativamente pequeña y, además de aplicar la legislación antitrust, se ocupa de la protección del consumidor, el comercio justo, y la falsificación de mercancías (República Unida

de Tanzania), la reubicación de plantas y equipos (Zambia) o las cuestiones arancelarias (Zimbabwe). Ello reduce los recursos destinados a la aplicación del derecho y la política de la competencia.

45. En Zimbabwe, la autoridad cuenta con una plantilla de 29 personas: 16 constituyen personal técnico y 13 personal de apoyo. Su gestión está a cargo del Director y Secretario de la Comisión, quien tiene más experiencia en materia de competencia y lleva en la Comisión desde 1999. Ningún miembro del personal operacional ha recibido formación universitaria en materia de competencia y la amplia formación dada al personal a nivel interno no ha sido suficiente⁴. En esta esfera, la autoridad debe considerar la posibilidad de movilizar recursos y organizar cursos de formación adaptados para subsanar las carencias de conocimientos y competencias de los comisionados y del personal.

46. Los sueldos del personal de la autoridad son similares a los de los funcionarios públicos, siete veces más bajos que los de los trabajadores de los organismos de regulación del sector o del Banco Central⁵. En consecuencia, la autoridad no atrae a personal bien capacitado y esa remuneración no motiva debidamente a las personas con buena capacitación en la aplicación de la legislación antitrust. Es necesario aumentar considerablemente los recursos dedicados a la defensa de la competencia a fin de subir los salarios, contratar a más personal y mejorar la calidad de toda la organización. De otro modo, es poco probable que la economía de Zimbabwe pueda beneficiarse plenamente de un entorno competitivo.

47. La autoridad de la República Unida de Tanzania cuenta con más recursos. En ella trabajan 58 personas, 24 de las cuales se dedican a la aplicación de la legislación antitrust y la defensa de la competencia. A diferencia de Zimbabwe, los salarios del personal son muy superiores a los salarios medios de los funcionarios públicos y resultan competitivos respecto de los del sector privado.

48. En Zambia, la autoridad tiene una plantilla de 29 personas, 17 de las cuales se dedican directamente a cuestiones relativas a la defensa de la competencia y la protección del consumidor y solo la mitad a la aplicación de la legislación antitrust. Los salarios del personal son bastante buenos y competitivos a nivel nacional y regional. No obstante, la actual dotación de personal es muy insuficiente y este se ve sometido a una presión excesiva para tramitar un número de casos cada vez mayor. La autoridad nombró recientemente a 10 inspectores a tiempo

⁴ Véase el Examen voluntario entre homólogos de la política de la competencia de Zimbabwe, Parte 3.8 'Agency Resources, Caseload, Priorities and Management'.

⁵ *Ibid.*

parcial y se ha previsto la contratación de un total de 60 inspectores en las nueve provincias. Los inspectores necesitan formación especializada.

49. El principal problema de la autoridad de Zambia es la financiación. Es preciso aumentar sustancialmente la financiación pública respecto de su nivel actual (alrededor de un 36% del total). Los ingresos de la Comisión proceden principalmente de las tasas y las multas, sobre todo de las multas impuestas por falta de notificación de una fusión. Se prevé que las nuevas tasas que se establezcan en breve por la exención de acuerdos anticompetitivos aumentarán significativamente el total (es posible que no sea así porque las tasas podrían reducir considerablemente la motivación para notificar).

50. No es aconsejable que las instituciones públicas se financien con tasas cobradas por el desempeño de sus funciones. El principal problema es que, cuando existen esas tasas, la financiación puede ser la principal consideración en la toma de decisiones importantes por parte de la autoridad. En otras palabras, la financiación de la autoridad puede convertirse en una excusa para no realizar reformas significativas (por ejemplo, la eliminación del procedimiento de exención o la modificación de los umbrales para la notificación de las fusiones si ello reduce los fondos que la autoridad percibe).

51. Debe evitarse la financiación directa de la autoridad mediante multas. Las multas impuestas por la vulneración de la legislación sobre la competencia deben pagarse a Hacienda a fin de evitar la posibilidad de que la autoridad resuelva casos en función de sus necesidades presupuestarias. Ello afecta a la independencia de la autoridad.

52. Si se necesita financiación externa, las tasas por la notificación de las fusiones son menos problemáticas, ya que su estructura podría concebirse en función de la complejidad del análisis. Dicho de otro modo, la tasa podría aumentar en proporción con la cifra de negocios de la empresa adquirida, y no solo de la cifra de negocios de la parte que notifica.

53. Las tres jurisdicciones prevén tasas por la notificación de fusiones, y en todas ellas se basan principalmente en la cifra de negocios de la empresa que notifica. Esa preferencia debe eliminarse. En Zambia se plantea además el problema de que las tasas son excesivamente elevadas, pudiendo ascender a 3.000 millones de kwacha (alrededor de 600.000 dólares de los Estados Unidos). Como se señala acertadamente en el informe sobre Zambia, las tasas sumamente elevadas que se perciben por la notificación de fusiones aumentan los costos de transacción de las fusiones e imponen una pesada carga financiera a las partes en la fusión, que en la mayoría de los casos se fusionan por razones económicas y de viabilidad. En segundo lugar, no sería prudente que la Comisión

dependiera excesivamente de las tasas percibidas por la notificación de fusiones para financiar sus actividades, ya que esas tasas no son una fuente de ingresos estable.

54. La mejor forma de financiar a las autoridades de la competencia es con fondos públicos, siempre que se logre mantener la independencia. Toda financiación relacionada con una actuación de la autoridad puede influir en el resultado de esa actuación. Otra ventaja de la financiación pública es que la autoridad rinde cuentas por el uso de sus recursos y está obligada a informar sobre dicho uso al Parlamento. Puede seguirse el ejemplo de los Estados Unidos o el Reino Unido, cuyos Gobiernos evalúan periódicamente la actuación de las autoridades antitrust y les exigen que justifiquen un uso óptimo de los recursos.

55. La financiación pública tiene algunas desventajas, ya que puede poner en duda la independencia de la autoridad al presionarla para que tome en consideración intereses especiales en sus decisiones. En tales circunstancias, quizá sea conveniente prever la financiación directa de la autoridad con algún tipo de impuesto de sociedades, como ha ocurrido, por ejemplo, en Turquía (cuya autoridad se financia con un impuesto sobre los aumentos de capital de todas las sociedades anónimas o limitadas) y, más recientemente, en Italia (cuya autoridad se financia con un impuesto sobre la cifra de negocios).

7. Historial en materia de aplicación de la legislación

56. Los informes nacionales sobre las tres jurisdicciones indican los resultados de las autoridades en cuanto al número de casos relativos a la competencia del que se han ocupado desde su creación: un período de entre 10 y 11 años en el caso de Zambia y Zimbabwe y de 3 años en el caso de la República Unida de Tanzania.

57. La autoridad de Zambia se ocupó entre 1998 y 2010 de 386 casos de prácticas comerciales restrictivas y de 331 notificaciones de fusiones y adquisiciones. Únicamente en el período 2008-2010, se tramitaron 103 casos, 13 de los cuales dieron lugar a órdenes de “cesar y desistir” y otros 55 fueron cerrados. Esto significa que un número sustancial de casos sigue abierto. La introducción de un sistema de notificaciones en virtud de la ley de 2010 ha dado lugar a un importante aumento del número de casos. Es probable que el sistema de notificaciones consuma considerables recursos que podrían emplearse mejor en detectar y enjuiciar infracciones graves, como la creación de cárteles. En ese mismo período se examinaron 93 notificaciones de fusiones, 49 de las cuales fueron resueltas por la Comisión.

58. La autoridad de Zimbabwe se ocupó entre 1999 y 2010 de 220 casos de prácticas restrictivas y de 222 notificaciones de fusiones. Una información más detallada indica que la autoridad de la competencia de Zimbabwe toma anualmente un promedio de aproximadamente ocho decisiones sobre prácticas empresariales restrictivas, un 18% de las cuales en el sentido de abrir una investigación completa y un 7% en el sentido de remitir el caso a la Fiscalía General. Al no existir sanciones en caso de infracción, cabe suponer que la mejor decisión es la declaración de nulidad. En el ámbito del control de las fusiones, la autoridad de la competencia de Zimbabwe toma un promedio de diez decisiones al año. El 1% de las fusiones examinadas entre 1999 y 2011 fueron prohibidas, mientras que el 20% fueron autorizadas con condiciones. El 79% fueron autorizadas incondicionalmente o no fueron impugnadas.

59. La autoridad de Tanzania se ocupó entre 2008/09 y 2010/11 de 4 casos de acuerdos restrictivos, de 8 fusiones sin notificar y de 32 fusiones notificadas y examinadas. Hay varios casos pendientes ante la autoridad. El plan estratégico para 2011-2013 prevé centrar la aplicación de la legislación en las investigaciones de cárteles.

60. Esta reseña de los historiales de aplicación de la legislación sugiere algunas conclusiones. Aparte de Zimbabwe, las otras dos autoridades han resuelto sistemáticamente más casos no relacionados con la competencia. El examen de las infracciones de la legislación asociado a esas otras tareas es algo más sencillo y requiere menos recursos. Aparte de sanciones de procedimiento, salvo algunas excepciones notables, se han adoptado muy pocas decisiones de prohibición. Esas excepciones notables, como las que se dieron en el sector de las bebidas (*Serengeti Breweries c. Tanzanian Breweries*, o el caso relativo a *Zambian Breweries*) dan una idea de los resultados que pueden alcanzarse si se refuerza la aplicación. La sobrecarga ocasionada por las notificaciones de fusiones puede resolverse con el establecimiento de umbrales adecuados para la notificación de las fusiones y con la introducción de decisiones simplificadas.

61. Para que la aplicación de la legislación sobre la competencia beneficie a la economía y a los consumidores es esencial lograr unos resultados creíbles en materia de aplicación mediante la adopción de decisiones de prohibición. Ello también confiere credibilidad y respeto a la autoridad. La mayoría de las autoridades han introducido una combinación de programas de formación y fomento de la capacidad en detección de cárteles, métodos de investigación y evaluación de fusiones para el personal operacional, y de instrucción en gestión de casos y técnicas de evaluación para altos funcionarios. En las tres jurisdicciones que se examinan sería particularmente importante impartir formación sobre los aspectos prácticos de la realización de las investigaciones

(cómo llevar a cabo una inspección sin previo aviso, qué tipo de información se debe solicitar durante las investigaciones, cómo solicitar acceso a un expediente, cómo establecer las sanciones, cómo demostrar la existencia de un cártel, qué tipo de comportamiento cabe considerar como abuso, cómo establecer un plan de acción estratégico, etc.). Al investigar con mayor eficacia los casos pertinentes, las autoridades de las tres jurisdicciones pueden mejorar su prestigio. Deben investigarse primero los casos (pertinentes) y se deben adoptar decisiones de prohibición. Ello reforzará la credibilidad de la autoridad, así como su prestigio como institución pública de primera categoría.

III. ACUERDOS REGIONALES

62. Las tres jurisdicciones participan en algunos acuerdos regionales. La República Unida de Tanzania es miembro de la Comunidad del África Oriental (CAO) y la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC), mientras que Zambia y Zimbabwe son miembros del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) y la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC). La SADC es la organización regional a la que pertenecen las tres jurisdicciones.

63. Si bien en la economía globalizada es extremadamente necesario que las autoridades de la competencia cooperen a nivel internacional y regional en los casos de competencia transfronterizos, la principal deficiencia de algunos de esos acuerdos regionales es la complejidad de las tareas que se les encomiendan y la insuficiencia de los fondos que se les asignan para llevarlas a cabo.

64. El COMESA está evolucionando para convertirse en una unión aduanera. Las disposiciones del Tratado del COMESA se ocupan principalmente de la eliminación de los obstáculos al comercio, la aplicación de las normas antidumping y la creación de una zona de libre comercio. Recientemente se han adoptado medidas en el marco de una iniciativa encaminada a la creación progresiva de un mercado común. La aplicación de la legislación antitrust es una de esas medidas.

65. En 2006 se creó una Comisión de la Competencia integrada por nueve comisionados de los Estados miembros del COMESA. La Comisión está en pleno funcionamiento desde diciembre de 2009. La Comisión de la Competencia del COMESA se encarga de aplicar las normas contra el abuso de la posición dominante y la creación de cárteles y también tiene determinadas competencias con respecto al control de las fusiones.

66. La estructura institucional del COMESA, y en particular el hecho de que cuente con un tribunal de justicia, puede favorecer la rápida creación de un sistema

eficaz de aplicación de la legislación antitrust. Sin embargo, dado que muchos Estados miembros del COMESA son también miembros de otras agrupaciones regionales en las que coinciden diversos participantes, se plantean problemas de jurisdicción de gran envergadura, incluida una abundancia de litigios. En el caso de las tres jurisdicciones que se examinan, la Comisión de la Competencia del COMESA deberá primero, antes de decidir sobre cualquier caso, cumplir los trámites ante la CAO.

67. La experiencia europea sugiere que la adopción del principio del efecto útil puede ser una forma de reducir la problemática jurisdiccional a que se enfrentan agrupaciones regionales como el COMESA. De conformidad con ese principio, para determinar la jurisdicción lo importante es el fondo de la decisión. Los jueces o las autoridades antitrust nacionales pueden aplicar normas antitrust de la Unión Europea o nacionales, pero la decisión que tomen debe ajustarse a la jurisprudencia de la Unión Europea. En virtud de este principio, las legislaciones nacionales sobre competencia no se limitaron a complementar la legislación de la Unión Europea, sino que quedaron plenamente incorporadas en ella.

68. En el pasado la Comisión de la Competencia del COMESA carecía de suficiente financiación para garantizar el funcionamiento de la junta y la contratación del personal. Es esencial para toda organización contar con suficientes fondos. El COMESA ha comenzado recientemente a contratar nuevo personal, lo que constituye una buena señal para la eficacia de la organización. No obstante, como la República Unida de Tanzania no es miembro, el COMESA no resuelve por completo la situación de las tres jurisdicciones que se examinan. Con todo, Zambia y Zimbabwe pueden compartir con la República Unida de Tanzania sus experiencias de aplicación transfronteriza e intercambiar mejores prácticas con ella. También pueden impulsar la promoción de la coherencia y la aplicación de las políticas en ambas regiones.

69. La Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC), a la que pertenecen los tres países, tiene por objeto promover la cooperación y la integración socioeconómicas de sus 15 miembros. La SADC ha creado un marco de cooperación, y no es una estructura institucional supranacional como el COMESA. Su política de la competencia se rige por la Declaración sobre la cooperación regional en materia de políticas de competencia y protección del consumidor, destinada a facilitar la investigación de las prácticas anticompetitivas con efectos transfronterizos. La Declaración promueve la cooperación entre los Estados miembros de la SADC mediante el establecimiento de unos principios de cortesía entre ellos y la creación de una estructura institucional, el Comité de Derecho y Políticas de la Competencia y de Protección del Consumidor (CCOPOLC). El CCOPOLC fue establecido en 2008 como un foro en que las

autoridades de la competencia de los Estados miembros se reúnen una vez al año para intercambiar información y experiencias en materia de aplicación.

70. La estructura de la SADC no tiene facultades de aplicación. Además de fomentar la cooperación en la aplicación de las normas sobre competencia, la SADC también podría convertirse en un centro para la promoción de las mejores prácticas en materia de contenido, procedimiento y estructura institucional. Ello puede lograrse impartiendo una formación adecuada a los funcionarios de la secretaría y a sus Estados miembros.

71. Para cumplir su mandato de facilitación de la cooperación, la SADC debe elaborar un informe comparando los resultados de las autoridades de la competencia de los Estados miembros en materia de aplicación, comenzando por las tres jurisdicciones examinadas. Ello puede ser muy útil para el intercambio de prácticas en materia de aplicación, la adopción de mejores procedimientos y el fortalecimiento de las instituciones nacionales.

72. Existen iniciativas regionales para establecer una zona tripartita de libre comercio a fin de minimizar los efectos de pertenecer a la vez al COMESA, la SADC y la CAO. Se ha considerado prudente que las tres agrupaciones regionales cooperen y armonicen sus programas de integración regional en materia de comercio, infraestructura, y en ámbitos como el derecho y la política de la competencia. En lo que respecta a la competencia, se supone que las tres agrupaciones regionales deben cooperar e intercambiar información en la formulación y/o aplicación de las leyes y políticas de la competencia. En efecto, ello sería una medida adecuada para reducir la superposición de jurisdicciones en la aplicación y mejorar el seguimiento de las recomendaciones del presente informe en las tres jurisdicciones, tanto individual como colectivamente.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

73. La República Unida de Tanzania, Zambia y Zimbabwe tienen muchas cosas en común en el ámbito de la normativa antitrust. Sus leyes se introdujeron más o menos al mismo tiempo, a mediados de los años noventa, sus autoridades de la competencia tienen varios otros mandatos además de ocuparse de las cuestiones antitrust. En Zambia la deslocalización de plantas, en la República Unida de Tanzania la falsificación y en Zimbabwe los aranceles. Esto supone una presión sobre los recursos destinados a la aplicación de la legislación antitrust. Las autoridades necesitan más recursos y una mejor financiación para aumentar su eficacia. No es fácil convencer a los gobiernos para que asignen recursos. La mejor forma de convencer a los gobiernos para que destinen más recursos a la aplicación de la legislación antitrust es iniciando investigaciones

de gran repercusión, como las de los casos sobre las empresas de bebidas en la República Unida de Tanzania y Zambia. Esos casos pueden confirmar la importancia del derecho y la política de la competencia para el público y los gobiernos. Si bien la principal recomendación de la evaluación comparativa es que se mejoren los recursos y la financiación de las autoridades nacionales de la competencia, es preciso abordar otras cuestiones para mejorar la aplicación del derecho y la política de la competencia en los tres países y a nivel regional.

1. Recomendaciones a nivel nacional

a) Recomendaciones al poder legislativo

74. En lo que respecta a las reformas legislativas, es necesario revisar la Ley de la competencia de Zimbabwe con arreglo a lo indicado en el informe de evaluación nacional a fin de garantizar la imposición de multas por las infracciones de la legislación antitrust. De lo contrario, con la ley en su versión actual, no podrá lograrse un efecto disuasorio. Zambia y la República Unida de Tanzania no necesitan modificar partes importantes de su legislación. Sin embargo, esas jurisdicciones deben revisar y reinterpretar varias disposiciones específicas para ajustarse a las mejores prácticas.

Sanciones

75. Es preciso revisar o reinterpretar la legislación en las tres jurisdicciones para asegurar la imposición de sanciones adecuadas en caso de infracciones de procedimiento y sustantivas de la normativa sobre competencia.

76. Las autoridades de Zambia y de Zimbabwe deben velar por que no se castiguen las infracciones menores con sanciones penales. La falta de notificación de una fusión o la facilitación de información engañosa a la autoridad deben castigarse con una multa. No se recomienda la imposición de penas de prisión en tales casos. Esas penas innecesariamente severas pueden debilitar las corrientes de inversión extranjera directa hacia el país y resultar contraproducentes para el desarrollo económico. Desde un punto de vista práctico, es poco probable que un juez imponga a una persona una pena de prisión por esas infracciones menores. Sin embargo, la existencia de tales penas en la legislación sigue representando una amenaza para los extranjeros. En los casos en que no sea fácil modificar la legislación, la autoridad debe elaborar directrices mediante la promulgación de legislación subsidiaria que prevea circunstancias muy excepcionales para la aplicación de las disposiciones penales. Ello podría limitarse a los casos

de reincidencia o a cuando el comportamiento se inscribe claramente en un complejo plan de obstrucción de la justicia.

77. Aparte de la penalización de las infracciones menores, las disposiciones de Zambia sobre sanciones se ajustan a las mejores prácticas internacionales. En la República Unida de Tanzania hace falta introducir una pequeña modificación en la legislación, ya que la multa prevista (de entre un 5% y un 10% de la cifra de negocios anual) no permite compensar a las empresas que deciden cooperar con la autoridad. A este respecto, se propone que el cálculo de las sanciones comience a partir de cero. Sin embargo, esas reformas no son urgentes. Hace falta un programa de indulgencia eficaz para que las autoridades refuercen su credibilidad en materia de aplicación. La autoridad de Tanzania puede seguir creciendo con la legislación vigente. Hacen falta algunas mejoras importantes en Zimbabwe para imponer multas por la infracción de la legislación antitrust y modificar la actual estructura de las multas, que no disuade eficazmente de la comisión de infracciones. También en Zimbabwe es preciso fijar las multas como porcentaje de la cifra de negocios (entre el 0% y el 10%).

Control de las fusiones

78. En las tres jurisdicciones se deben notificar las fusiones que superen un determinado umbral. No obstante, en la República Unida de Tanzania la autoridad de la competencia puede modificar esos umbrales. Este es un aspecto muy importante que debe tenerse en cuenta para perfeccionar el sistema vigente en Zambia y Zimbabwe, que coloca a las grandes empresas en situación de desventaja. La legislación obliga a las grandes empresas a notificar incluso las transacciones en que la cifra de negocios nacional de la empresa adquirida es sumamente pequeña. Es necesario revisar esa legislación con objeto de dar a la autoridad cierta flexibilidad para determinar el umbral de cifra de negocios más apropiado. En Zimbabwe, cuya legislación está pendiente de revisión, la evaluación de una fusión puede depender de una decisión administrativa de la autoridad de revisar todas las fusiones sencillas en el plazo de un mes y las más complejas en el plazo de cuatro meses.

79. Las tres jurisdicciones prevén una excepción de interés público para fusiones que de otro modo serían anticompetitivas. Si bien el criterio es bastante adecuado en la República Unida de Tanzania y Zimbabwe, donde prácticamente se basa solo en excepciones para los casos de empresas en crisis o de aumento de la eficiencia, el criterio de interés público introducido en Zambia es muy amplio. En Zambia, además de las excepciones para los casos de empresas en crisis o de aumento de la eficiencia, la ley cita como elementos de interés público la promoción de las exportaciones, la competitividad y otros factores

socioeconómicos. De no revisarse la legislación, la autoridad debe interpretar esas disposiciones de manera muy estricta y conceder una excepción de interés público únicamente cuando ello redunde en un beneficio neto para el consumidor (es decir, interpretar esas excepciones como excepciones para los casos de aumento de la eficiencia ampliadas).

Revisión judicial

80. En la República Unida de Tanzania y Zambia, la revisión judicial compete a tribunales especiales de la competencia, lo que garantiza que los jueces encargados de la revisión de los casos de competencia tengan el alto nivel requerido de conocimientos especializados.

81. En general, no obstante, puede no ser necesario establecer un tribunal especializado, basta con velar por que la revisión judicial de las decisiones de la autoridad de la competencia la lleven a cabo siempre los mismos jueces de un tribunal más general, de manera que esos jueces puedan desarrollar los conocimientos especializados necesarios para examinar los casos relativos a la competencia. Es preciso abordar la cuestión de la doble jurisdicción de los Tribunales Administrativo y Supremo de Zimbabwe. Si bien la opción preferida es revisar la ley para atribuir la jurisdicción para la revisión judicial de los casos relativos a la competencia a un único órgano, puede haber otras soluciones prácticas, como por ejemplo la firma de un memorando de entendimiento entre ambos tribunales para la distribución de las tareas.

b) Recomendaciones al gobierno

82. En las tres jurisdicciones, la autoridad antitrust es una institución relativamente pequeña con una serie de competencias (protección del consumidor, comercio justo, falsificación de mercancías, reubicación de plantas y equipos, aranceles). Ello hace que los recursos destinados a la aplicación del derecho y la política de la competencia sean limitados. En lo que respecta a la remuneración, en Zambia los salarios del personal son buenos. En la República Unida de Tanzania las condiciones son mucho mejores que las de los funcionarios públicos y resultan competitivas respecto de las del sector privado. Los bajos salarios pagados en Zimbabwe hacen que sea muy difícil retener al personal.

83. La aplicación de la legislación antitrust es una actividad profesional y la calidad del personal de la autoridad es un activo con el que cada gobierno puede contar para el establecimiento de un entorno regulador más orientado a los mercados. Si las autoridades de la competencia adquirieran una reputación comparable a la de los bancos centrales, ofrecerían unos salarios suficientemente

altos para atraer a personal altamente capacitado. Sin esa capacitación, no puede garantizarse una calidad de la aplicación que permita a esas autoridades influir en sus jurisdicciones.

84. Debe mejorar la financiación de las autoridades de las tres jurisdicciones. Las autoridades de la competencia deben ser financiadas directamente por los gobiernos o bien por un impuesto de sociedades aplicable por encima de un determinado umbral, en consonancia con prácticas similares utilizadas en jurisdicciones como Italia o Turquía. Habría que modificar las disposiciones que prevén la imposición de tasas de notificación (como las existentes en las tres jurisdicciones) o que atribuyen a la autoridad un porcentaje de las multas percibidas (como prevé la legislación de Zambia), ya que no constituyen una fuente de financiación fiable y pueden influir en las decisiones que la autoridad adopte.

c) Recomendaciones a las autoridades de la competencia

Práctica en materia de aplicación de la legislación

85. La primera recomendación a las autoridades de la competencia de las tres jurisdicciones es que apliquen la legislación con mayor eficacia, procediendo primero a la investigación de algunos casos de gran notoriedad que se iniciarían con registros sin previo aviso y concluirían con la imposición de importantes sanciones. Ello aumentaría enormemente la reputación de las autoridades y facilitaría políticamente el fortalecimiento de la organización (incluido el necesario aumento de la financiación).

86. Los registros sin previo aviso son la forma más habitual de descubrir si una empresa ha infringido realmente las disposiciones antitrust, en especial si la infracción ha consistido en la creación de cárteles o en un abuso de posición dominante. Esos registros deben sorprender a la empresa; de lo contrario se corre el riesgo de que se destruyan las pruebas. En la República Unida de Tanzania y Zambia se prevé claramente la posibilidad de que la autoridad realice inspecciones, y en Zambia se han realizado dos registros sin previo aviso en los últimos años. Todas las jurisdicciones necesitan adquirir experiencia práctica para que las autoridades puedan realizar sus inspecciones con más eficacia. Sería particularmente útil contar con una formación especial.

87. En el caso de Zimbabwe, dada la existencia de una disposición que exige la publicación de los motivos de cada investigación, las inspecciones deben tener lugar el mismo día de la publicación.

88. La República Unida de Tanzania deberá velar por que la disposición que exige que la vulneración de la legislación sobre competencia sea intencionada se interprete de forma muy restrictiva. En este sentido, si la jurisprudencia amplía el alcance de la ley a nuevos ámbitos o nuevas prácticas, solo se podrá imponer una multa si es bien sabido que esas prácticas están en efecto prohibidas. De lo contrario, existe el riesgo de que una apreciación subjetiva de la intencionalidad ponga en peligro la aplicación efectiva de la legislación sobre competencia.

89. Para que tengan un efecto disuasorio, las multas tienen que pagarse realmente. El cobro de las multas no debe corresponder a la autoridad, pero las autoridades de las tres jurisdicciones deben recomendar al gobierno que se ocupe del cobro de las multas impuestas por infracción de la legislación antitrust.

90. Además, las autoridades de Tanzania y Zambia deben tramitar con mucha cautela las notificaciones de prácticas restrictivas presentadas en virtud de la nueva ley. Como bien demuestra la experiencia de la Unión Europea, es poco probable que esas notificaciones descubran las infracciones más graves de la legislación sobre competencia. De hecho, esa es la razón por la que la Unión Europea eliminó el sistema de notificaciones en 2003. De los más de 1.000 acuerdos notificados a la Comisión Europea a lo largo de más de 40 años, solo unos pocos fueron prohibidos.

Formación del personal

91. Para fortalecer la reputación de las instituciones de la competencia es necesario impartir una amplia formación a su personal y a los jueces encargados del examen judicial. El personal de las autoridades debe recibir capacitación en los aspectos sustantivos y de procedimiento de la aplicación de la ley: cómo llevar a cabo un registro sin previo aviso, qué información se debe incluir en un expediente, cómo solicitar acceso a un expediente, cómo redactar el pliego de cargos y la decisión final, cómo fijar la multa, qué tipo de medidas de reparación deben determinarse, cuándo se debe adoptar un procedimiento simplificado para una fusión, etc.

92. También haría falta impartir formación para la redacción de directrices y comunicaciones sobre la forma de interpretar las disposiciones sustantivas de las leyes. Este tipo de formación debe impartirse directamente a las tres jurisdicciones, así como a las agrupaciones regionales a las que pertenecen. Los tres países tienen problemas similares en cuanto a la aplicación de la legislación y se podrían elaborar informes comunes con la ayuda de las distintas autoridades, que cooperarían a nivel regional bajo los auspicios de organizaciones internacionales que podrían aportar conocimientos especializados específicos.

2. Recomendaciones a nivel regional

93. Para establecer economías de mercado que funcionen correctamente, los tres países se enfrentan en cierta medida a restricciones de la competencia similares. Además, al igual que en todo el mundo, en la región existen prácticas anticompetitivas transfronterizas. Recientemente se pusieron en marcha iniciativas regionales que permitirán hacer frente a estos problemas, como los marcos de competencia de la SADC, el COMESA y la CAO. Los tres países examinados deben aprovechar al máximo esas iniciativas regionales para reforzar sus medidas de aplicación de la legislación, llegando a una convergencia en la interpretación de las leyes, intercambiando experiencias y cooperando en la tramitación de los casos.

94. Las tres jurisdicciones son miembros de la SADC, que es una excepción entre las organizaciones regionales pertinentes (CAO, COMESA y SADC), ya que solo ofrece un marco para la cooperación y el intercambio de experiencias, pero no establece un régimen supranacional de la competencia para su aplicación por una autoridad regional de la competencia.

95. En consecuencia, la SADC puede ser un foro que permita a las tres jurisdicciones examinadas lograr una mayor convergencia y ajustarse a las mejores prácticas, por ejemplo para solucionar problemas sustantivos y de procedimiento de interés común.

96. Los dos países examinados que son miembros del COMESA (Zambia y Zimbabwe) tienen la oportunidad de beneficiarse de los procedimientos de aplicación previstos en su reglamentación sobre la competencia y de intercambiar las mejores prácticas dimanantes de la resolución de los casos transfronterizos. Se recomienda que compartan la experiencia adquirida en el COMESA con la República Unida de Tanzania, el tercer país examinado. Al mismo tiempo, como Zambia y Zimbabwe son miembros del COMESA y la SADC, están en una situación privilegiada para tratar de evitar los conflictos entre los dos regímenes regionales de la competencia.

97. A este respecto, es probable que la iniciativa para establecer una zona tripartita de libre comercio a fin de minimizar los efectos de pertenecer a la vez al COMESA, la SADC y la CAO, resulte beneficiosa. Se ha considerado prudente que las tres agrupaciones regionales cooperen y armonicen sus programas de integración regional en materia de comercio e infraestructura, entre otros ámbitos, incluido el del derecho y la política de la competencia. En lo que respecta a la competencia, se supone que las tres agrupaciones regionales deben cooperar e intercambiar información en la formulación y/o aplicación de las leyes y políticas de la competencia.

98. Además de mantener una cooperación oficial en el marco de las agrupaciones regionales de la competencia, las tres autoridades de la competencia examinadas deben seguir reforzando sus vínculos de manera oficiosa para intercambiar experiencias y posiblemente cooperar a nivel de la aplicación. Las actividades de formación conjuntas deben estar encaminadas a mejorar los conocimientos especializados en derecho de la competencia y al mismo tiempo fomentar el establecimiento de redes y de relaciones profesionales.



NACIONES UNIDAS