



**Conferencia de las Naciones Unidas
sobre Comercio y Desarrollo**

Distr. general
2 de mayo de 2018
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos
en Derecho y Política de la Competencia
17º período de sesiones
Ginebra, 11 a 13 de julio de 2018
Tema 3 b) del programa provisional

**Examen voluntario entre homólogos del derecho
y la política de la competencia: Botswana**

Panorama general*

* Los resultados, interpretaciones y conclusiones expresados en este documento son los del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de las Naciones Unidas, sus funcionarios o los Estados Miembros. El presente documento se publica sin haber sido objeto de revisión editorial oficial.



Índice

	<i>Página</i>
Prefacio	3
I. Fundamentos e historia de la política de la competencia en Botswana	4
A. Introducción	4
B. Contexto histórico, social, político y económico	4
C. Evolución del derecho y la política de la competencia de Botswana.....	5
D. Marco de la política de la competencia.....	5
E. Marco jurídico en materia de derecho de la competencia	5
II. Marco institucional para la aplicación de la política y el derecho de la competencia	6
A. El Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana	6
B. La Comisión de Defensa de la Competencia de Botswana	6
C. Dispositivo institucional establecido en Botswana en virtud del Proyecto de Ley de Competencia (Proyecto de Ley núm. 22 de 2017).....	6
D. Procedimiento para el tratamiento de las fusiones notificadas en comparación con otras prácticas restrictivas.....	6
E. El Tribunal	7
F. Sanciones	8
III. Aplicación del derecho de la competencia	8
A. Fusiones	8
B. Prácticas comerciales restrictivas	10
C. Abuso de posición dominante.....	11
IV. Cuestiones de competencia no relacionadas con la aplicación de la ley	13
Estudios de mercado.....	13
V. Promoción de la competencia.....	13
A. El Ministerio	13
B. Los círculos académicos	13
C. Los círculos empresariales.....	14
VI. Otras leyes importantes para la aplicación del derecho de la competencia	14
A. Reguladores sectoriales.....	14
B. Propiedad intelectual	15
C. Protección del consumidor.....	15
VII. Estructura orgánica del Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana	16
A. La Comisión/Junta de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor	16
B. La secretaría.....	16
VIII. Recursos del Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana	16
IX. El Poder Judicial	17
X. Consideraciones generales y recomendaciones de política	17
A. Recomendaciones dirigidas al Gobierno	18
B. Recomendaciones para el Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana	18
C. Recomendaciones dirigidas al Poder Judicial.....	18

Prefacio

El presente panorama general forma parte del informe titulado *Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Botswana*¹ (Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Botswana). El propósito del examen es evaluar el marco de derecho de la competencia y la forma en que se aplica en Botswana, recopilar las enseñanzas extraídas y formular recomendaciones destinadas a mejorar el sistema, de conformidad con las mejores prácticas internacionales.

En el presente panorama general se examina el estado actual del derecho y la política de la competencia en Botswana, sobre la base del examen minucioso de una abundante documentación y una visita a Gaborone que tenía por objetivo recopilar información sobre la experiencia del Organismo de Defensa de la Competencia y los representantes de las partes interesadas, como los ministerios del gobierno, los reguladores sectoriales, el sector privado y los círculos académicos, entre otras. Entre los documentos examinados figuran el *Economic Mapping Report* (Informe de diagnóstico económico), de 2002, el *Legislative Inventory Report* (Informe sobre el inventario legislativo), de 2002, la Política de la Competencia, de 2005, la Ley de Competencia, de 2009, el Proyecto de Ley de Competencia, de 2017, diferentes leyes reglamentarias sectoriales, el discurso sobre el estado de la nación del Teniente General y Doctor Seretse Khama Ian Khama, Presidente de Botswana, de octubre de 2017, el programa *Botswana Vision 2036* y el Undécimo Plan Nacional de Desarrollo.

Del 6 al 11 de noviembre de 2017, se realizó una visita de recopilación de datos a Botswana. Durante la visita, se entrevistó a representantes de diversas instituciones, ministerios, organismos de regulación sectorial, representantes del sector privado, demandantes y demandados, miembros de los círculos académicos y otras entidades interesadas en asuntos relacionados con la competencia.

¹ UNCTAD, 2018 (de próxima publicación). El informe completo sobre el examen voluntario entre homólogos de Botswana contiene más información detallada relativa a la aplicación del derecho de la competencia, e incluye una relación de las entrevistas realizadas por la UNCTAD durante la visita de recopilación de datos a Gaborone.

I. Fundamentos e historia de la política de la competencia en Botswana

A. Introducción

1. El presente informe se basa en información recopilada durante una visita a Botswana realizada en octubre de 2017 y datos procedentes de diversas fuentes, entre otras los sitios web de varios ministerios. Los cambios legislativos habidos después de que se recopilara la información se tuvieron en cuenta al finalizar el informe.

B. Contexto histórico, social, político y económico

1. Contexto histórico y social

2. Botswana, antes conocida como Bechuanalandia, es un país sin litoral de África meridional, que limita con Zambia al norte, Zimbabwe al noreste, Namibia al oeste y Sudáfrica al sur y sureste. Su principal vía de acceso a puertos marítimos pasa por Sudáfrica. Botswana tiene una superficie de 582.000 km², una gran extensión con una población relativamente pequeña, estimada en 2.230.905 habitantes en 2016. A pesar de que el país no está muy poblado, el Gobierno de Botswana ha dedicado recursos a la protección y preservación de zonas del territorio que figuran entre los espacios naturales más extensos de África.

2. Contexto político

3. Botswana se destaca por su estabilidad política y su buena gobernanza. El país es la democracia pluripartidista más antigua de África, tiene un buen historial en materia de derechos humanos y ha permanecido estable desde su independencia. Botswana, república pluripartidista, celebra elecciones cada cinco años. El Parlamento tiene dos cámaras: la Asamblea Nacional y la Cámara de Jefes. Nombrado por el Parlamento, el Presidente es Jefe del Estado y del Gobierno, por un período máximo de dos mandatos de cinco años². Desde el 1 de abril de 2018, el Presidente es Mokgweetsi Eric Keabetswe Masisi.

3. Contexto económico

4. Desde que se independizó del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en 1966, Botswana ha registrado un crecimiento notable. El país tiene ahora una de las economías más dinámicas del mundo, con una tasa media de crecimiento del 5% anual en el último decenio. Los resultados económicos obtenidos gracias a una buena gestión de los ingresos procedentes de los minerales, principalmente los diamantes, y a la buena gobernanza, han permitido que Botswana se clasifique entre los países de ingresos medianos altos.

5. El programa *Vision 2036* es la hoja de ruta empleada por el Gobierno de Botswana para alcanzar los objetivos que ha fijado para el siglo XXI. El programa consta de cuatro componentes y se basa en el principio de que en Botswana las principales cuestiones económicas, sociales, ambientales y de gobernanza están interconectadas. El país tiene una tasa de inflación relativamente baja, que entre 2014 y 2017 se cifró en promedio en un 3,5% anual y que, según las previsiones, se mantendrá cerca del límite inferior de la franja comprendida entre el 3% y el 6%, objetivo a mediano plazo del Banco de Botswana.

6. De conformidad con *Vision 2036*, proyecto a largo plazo para Botswana, el Gobierno ha emprendido una iniciativa de desarrollo centrada en determinadas esferas para fomentar la diversificación económica en cinco sectores prioritarios, a saber, la ganadería

² Todas las referencias bibliográficas citadas en el presente panorama general se encuentran en UNCTAD, 2018, *Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Botswana*, de próxima publicación (publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra).

vacuna, el beneficio de diamantes, los servicios financieros, la minería y el turismo. Se está formulando un plan de acción para el fomento de la capacidad en cada una de esas esferas.

C. Evolución del derecho y la política de la competencia de Botswana

7. Botswana tiene una economía abierta desde que se independizó en 1966 y ha procurado sistemáticamente reforzar el funcionamiento de los mercados.

8. A partir de 1999, Botswana empezó a examinar el entorno empresarial y a estudiar cómo aplicar medidas regulatorias para lograr que las empresas pudieran operar en igualdad de condiciones. En 2002 se finalizaron dos informes (un diagnóstico económico y un inventario legislativo) sobre la estructura, las conductas y las leyes relativas al mercado, con el fin de evitar las disposiciones legislativas que pudieran considerarse anticompetitivas y perjudiciales para los consumidores. Ese esfuerzo consistió en un proceso de consultas dirigido por la UNCTAD y financiado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo por conducto de su programa de desarrollo del sector privado para Botswana.

9. Dichos informes se tuvieron en cuenta al formular la política de la competencia, aprobada en 2005, y la Ley de Competencia, que fue aprobada en 2009 y adquirió fuerza de ley en 2010. De conformidad con lo previsto en la Ley, se estableció la Comisión de Defensa de la Competencia y el Organismo de Defensa de la Competencia, que entraron en funcionamiento en 2011 y se ocupan de asuntos relacionados con la competencia en el marco del control de fusiones, el abuso de posición dominante y otras prácticas anticompetitivas.

10. En diciembre de 2017 se aprobó el Proyecto de Ley de Competencia (Proyecto de Ley núm. 22), con arreglo al cual el Organismo de Defensa de la Competencia pasó a denominarse Organismo de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor. En el momento en que se elaboró el presente informe, el Proyecto de Ley estaba pendiente de la sanción del Presidente.

D. Marco de la política de la competencia

11. La Política Nacional de la Competencia de Botswana, adoptada en 2005, corresponde a la voluntad del Gobierno de sacar el máximo provecho de la liberalización del comercio y la inversión, la desregulación y la privatización y salvaguardar los beneficios que podrían verse erosionados por prácticas anticompetitivas en un entorno desregulado. Dicha Política tiene también por objeto hacer frente a los problemas relacionados con la globalización de los cárteles, el abuso de posiciones dominantes en el mercado y la monopolización de sectores clave, a raíz de la apertura de los mercados y el consiguiente aumento del comercio transfronterizo y las cuestiones conexas, así como de los flujos de inversión.

E. Marco jurídico en materia de derecho de la competencia

12. Está vigente la Ley de Competencia (Ley núm. 17 de 2010); también cabe mencionar el Reglamento sobre la Competencia de 2011 y el Reglamento de la Comisión de Defensa de la Competencia (el Tribunal), de 2012. En diciembre de 2017, el Parlamento de Botswana aprobó el Proyecto de Ley de Competencia, que está pendiente de sanción por el Presidente, tras lo cual será promulgado por el Ministro. En el presente informe se examinan sobre todo las disposiciones del Proyecto de Ley de Competencia, aunque se hace referencia en algunos casos a la Ley de Competencia todavía vigente.

II. Marco institucional para la aplicación de la política y el derecho de la competencia

A. El Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana

13. De conformidad con el artículo 4 de la Ley de Competencia actualmente en vigor, el Organismo de Defensa de la Competencia es una entidad con personalidad jurídica, facultada para demandar y ser demandada, con sujeción a lo dispuesto en la Ley antes mencionada.

Atribuciones del Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana

14. En la Política de la Competencia solo se alude al establecimiento del Organismo de Defensa de la Competencia y se indica que, en el marco de su mandato de aplicar la Política y la legislación correspondiente, el Organismo está facultado para hacer cumplir la Ley de Competencia, realizando investigaciones, persiguiendo las infracciones a la Ley y resolviendo controversias, mientras que las partes que se consideren agraviadas por una decisión del Organismo tienen derecho a interponer recurso ante el Tribunal Superior.

B. La Comisión de Defensa de la Competencia de Botswana

15. El artículo 9 de la Ley de Competencia prevé el establecimiento de la Comisión de Defensa de la Competencia, que es el órgano rector del Organismo de Defensa de la Competencia y se ocupa de dirigir los asuntos del Organismo. La Comisión se pronuncia sobre las cuestiones que el Organismo somete a su consideración en virtud de la Ley de Competencia y brinda orientaciones normativas generales al Organismo.

16. Habida cuenta de las funciones del Organismo de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor (ODCC), la designación de los miembros, así como la facultad de presentar quejas y hacer cumplir el Proyecto de Ley de Competencia; en calidad de organismo regulador, el ODCC puede investigar acerca de los obstáculos a la competencia.

C. Dispositivo institucional establecido en Botswana en virtud del Proyecto de Ley de Competencia (Proyecto de Ley núm. 22 de 2017)

17. El artículo 6 del Proyecto de Ley de Competencia prevé el establecimiento de la Junta de la Competencia y del Consumidor, que será el órgano rector del Organismo de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor y se ocupará de dirigir los asuntos del Organismo y darle orientaciones normativas generales.

18. Según el texto de la Ley de Competencia actualmente vigente, el Organismo y la Comisión son dos órganos distintos, pero hay muchos otros factores y elementos que indican que la Comisión es la constitución del Organismo, lo cual implica que son una única y misma entidad. Aunque el Proyecto de Ley de Competencia tenía por objeto subsanar esta deficiencia, la formulación antes mencionada sigue planteando el riesgo de que se interprete en el sentido de que el Organismo de Defensa de la Competencia y el ODCC son entidades distintas.

D. Procedimiento para el tratamiento de las fusiones notificadas en comparación con otras prácticas restrictivas

1. Procedimiento para el tratamiento de las fusiones notificadas

19. El procedimiento para el tratamiento de las fusiones notificadas está previsto en los artículos 51, párrafos 2 y 3. Una parte que se considere agraviada tiene la oportunidad de apelar ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 57 del Proyecto de Ley de Competencia.

2. Procedimiento para el tratamiento de otras prácticas restrictivas

20. De conformidad con el artículo 36 del Proyecto de Ley de Competencia, antes de iniciar una investigación, el ODCC puede, de oficio o al recibir una información o una denuncia de la persona que sea, investigar una práctica a título preliminar, si es que tiene motivos razonables para pensar que la práctica en cuestión puede constituir una infracción.

21. En virtud del artículo 39 del Proyecto de Ley de Competencia, el ODCC puede encomendar a un inspector la elaboración de un informe sobre una presunta infracción y, en un plazo de 12 meses tras la conclusión de las investigaciones, remitir el asunto al Tribunal, si el ODCC determina que se trata de una práctica prohibida o, de lo contrario, emitir una notificación de no remisión.

E. El Tribunal

22. El artículo 62 del Proyecto de Ley de Competencia prevé el establecimiento del Tribunal y el artículo 63 define el ámbito de competencia del Tribunal. El Tribunal se ha establecido con dos tipos de facultades decisorias y puede actuar en primera instancia o en apelación.

1. Competencia del Tribunal en primera instancia

23. El Tribunal se pronuncia sobre cualquier asunto que le plantee el Organismo o un demandante con respecto a la infracción de cualquiera de las disposiciones del Proyecto de Ley.

2. Competencia del Tribunal como órgano de apelación

24. El Tribunal se pronuncia sobre todo recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el Proyecto de Ley.

25. El artículo 73 se interpreta en el sentido de que todo lo que sea objeto de investigación en virtud del artículo 39 ha de remitirse, en un plazo de 12 meses a partir de la conclusión de la investigación, al Tribunal, el cual se pronunciará sobre el asunto, actuando el ODCC como parte demandante ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 5, párrafo 2, apartados o) y p), del Proyecto de Ley de Competencia.

26. Según lo dispuesto en el artículo 67, párrafo 3, de la Ley de Competencia de 2009, se puede recurrir un fallo del Tribunal Superior ante el Tribunal de Apelación, pero solo en relación con una cuestión de derecho planteada por dicho fallo o por cualquier decisión del Tribunal sobre la cuantía de una multa. El Proyecto de Ley de Competencia se aparta de esta posición y en sus artículos 83 y 84 solo hace referencia a los recursos de apelación y revisión judicial ante el Tribunal Superior.

27. Se ha observado que el Organismo de Defensa de la Competencia ha perdido todas las causas en la Comisión de Defensa de la Competencia, el Tribunal Superior y el Tribunal de Apelación por tecnicismos procesales y que no ha habido ninguna causa en que el Tribunal Supremo o el Tribunal de Apelación se hayan pronunciado sobre cuestiones de competencia en los seis años transcurridos desde que se empezó a aplicar el derecho de la competencia en Botswana.

28. También se ha observado que el Tribunal Superior de Botswana no tiene mucha experiencia en materia de defensa de la competencia, pues la cultura de la competencia y la aplicación del derecho en esa materia son recientes en Botswana y están todavía en una fase incipiente.

29. Dadas las ventajas que presenta un órgano de apelación especializado en materia de competencia y, como el Tribunal puede actuar como órgano de primera instancia y órgano de apelación, debería haber suficiente margen de maniobra para que todos los asuntos de competencia sean atendidos en primera instancia por el ODCC, luego recurridos ante el Tribunal y, posteriormente, puedan ser objeto de un ulterior recurso ante el Tribunal Superior.

30. En sus artículos 94 y 95, el Proyecto de Ley de Competencia se refiere tanto a las normas como a las facultades normativas en relación con las actividades del ODCC. Habida cuenta de lo que antecede, en general el ODCC no puede excederse de las atribuciones que le confiere su base legislativa (principio de *ultra vires*). Es poco probable que el Proyecto de Ley de Competencia plantee cuestiones relacionadas con alguna violación de la justicia natural, puesto que hay separación de poderes; de hecho, el ODCC tiene presente el principio de justicia natural.

F. Sanciones

31. Las sanciones previstas suelen ser de carácter penal. De conformidad con el Proyecto de Ley de Competencia, “todo funcionario o director de empresa que contravenga el artículo 25 comete una infracción punible con una multa de hasta 100.000 pula o una pena de hasta cinco años de cárcel o ambas cosas”.

32. El Proyecto de Ley de Competencia no prevé expresamente el procedimiento que ha de seguirse cuando una persona debe ser encarcelada.

33. En su artículo 76, párrafos 1, 2 y 3, el Proyecto de Ley de Competencia prevé la imposición, discrecional, eso sí, de sanciones financieras a las empresas que incurran en acuerdos horizontales o acuerdos verticales (artículo 25). De acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo, el Tribunal puede, además de dictar una orden contra la empresa infractora, o en lugar de ello, imponer una sanción financiera (que no exceda del 10% del volumen de negocios de la empresa en el momento del incumplimiento de la prohibición, por un período de hasta tres años).

34. En su artículo 58, párrafo 3, apartado b), el Proyecto de Ley de Competencia castiga las fusiones no notificadas con una multa de hasta el 10% del costo de la operación o del volumen de negocios combinado de las partes involucradas en la fusión, según cuál sea mayor. Esa franja comprendida entre el 0% y el 10% del volumen de negocios puede considerarse demasiado amplia y puede plantear dificultades si no se dispone de orientaciones específicas para determinar una sanción financiera proporcionada.

35. El Proyecto de Ley de Competencia no sanciona directamente los acuerdos no notificados prohibidos con arreglo al criterio del carácter razonable en virtud del artículo 28, leído conjuntamente con el artículo 33, ni el abuso de posición dominante en el mercado descrito en el artículo 31. De conformidad con el artículo 77, una vez que se haya determinado que una empresa ha incurrido en tales infracciones, el Tribunal dictará contra la o las empresas de que se trate las órdenes que considere necesarias, razonables o aplicables, con inclusión de algunas medidas estructurales mencionadas en el artículo 77, párrafo 3 c).

36. Existe la posibilidad de un desajuste entre la gravedad de los delitos y las penas impuestas por delitos que tienen efectos de magnitud similar en la economía y los mercados causados por empresas condenadas, por igual pero en forma equívoca, por el Tribunal.

37. Lo ideal sería desvincular únicamente el aspecto personal de la criminología, tal como lo hace el Proyecto de Ley de Competencia, y vincular todos los delitos contra la empresa contemplados en los artículos 25, 27, 28, 31 y 59, párrafo 2, del Proyecto de Ley de Competencia, de modo que los delitos de igual gravedad se castiguen con sanciones proporcionadas y similares.

III. Aplicación del derecho de la competencia

A. Fusiones

38. El artículo 45, párrafo 1, del Proyecto de Ley de Competencia da una definición de fusión. En el párrafo 2 del mismo artículo se establece la forma en que pueden realizarse las adquisiciones.

39. El término “fusión”, tal como lo define el Proyecto de Ley de Competencia, no engloba las operaciones conjuntas que desembocan en la creación de empresas totalmente nuevas y la disposición general del apartado b) del párrafo 2 del artículo 45 no puede justificar la omisión de una disposición específica relativa a ese tipo de fusiones. Esto se basa en el principio de que ese tipo de operaciones conjuntas y alianzas estratégicas tienen el mismo efecto que las fusiones puras y por lo tanto deben ser objeto de examen para determinar si tienen efectos anticompetitivos.

40. El artículo 45, párrafo 3, del Proyecto de Ley de Competencia establece el criterio para determinar la influencia decisiva, que se define como la capacidad de influir sustancialmente en la gestión de una empresa, en forma comparable a la persona que, en la práctica comercial ordinaria, puede ejercer un tipo de control previsto en la Ley de Sociedades, por ejemplo al ser un accionista mayoritario o al poseer el 50% o la mayoría de los votos en una empresa. Esto significa que toda operación de concentración que produzca un cambio en la influencia decisiva constituye una fusión, independientemente de la cantidad de acciones o derechos de voto que estén en juego.

41. El artículo 46 del Proyecto de Ley de Competencia retoma el artículo 53 de la Ley de Competencia, relativo a las exenciones al control de fusiones. Esta disposición faculta al ministro para elaborar reglamentos que eximen a determinadas empresas del control de fusiones según el sector comercial o industrial al que pertenezcan, la naturaleza de sus actividades o algunos aspectos del interés público general. Asimismo, el ministro puede disponer que se aplique un control de fusiones de otro tipo que él considere conveniente.

42. Hasta la fecha no se ha aplicado dicha disposición, pero conlleva un riesgo inherente de uso indebido e incompatibilidad con el espíritu de lo dispuesto en el artículo 3 del Proyecto de Ley de Competencia, que exige su aplicación a las actividades económicas dentro de Botswana o que tengan efectos dentro de Botswana, como norma general.

43. Por lo general, las excepciones a la aplicación de la legislación sobre competencia se refieren a reglamentos sectoriales específicos previstos en el artículo 86 del Proyecto de Ley de Competencia y a todos los aspectos de la competencia y no solo las fusiones.

44. De conformidad con el artículo 49 del Proyecto de Ley de Competencia, están sujetas al régimen de notificación previa las fusiones de un valor igual o superior a determinado umbral (actualmente fijado en 1.200.000 dólares, monto correspondiente al volumen de negocios anual combinado o los activos combinados en Botswana de las empresas partícipes en la fusión).

45. De conformidad con el artículo 63 de la Ley de Competencia actualmente en vigor en Botswana, las fusiones no notificadas solo pueden ser sancionadas con una orden destinada a subsanar la infracción. En cambio, de conformidad con el artículo 58, párrafo 3, del Proyecto de Ley de Competencia, la no notificación de una fusión notificable constituye una infracción que, en caso de condena, se castiga con una multa de hasta el 10% del costo de la operación o del volumen de negocios combinado de las partes que se fusionan, según cual sea mayor. Esta modificación es positiva y se ajusta a las mejores prácticas internacionales.

46. El procedimiento que ha de seguirse en caso de fusiones no notificadas está establecido en el artículo 58, párrafo 2, leído conjuntamente con el artículo 59, párrafo 1, del Proyecto de Ley de Competencia.

47. El procedimiento que se sigue en caso de fusión no notificada es contencioso, al igual que el proceso de revocación de una fusión aprobada y el rechazo de una fusión notificada. Normalmente, ante una semejanza de ese tipo, podría pensarse que para hacer frente a situaciones similares se utilizan medios similares. Sin embargo, el procedimiento de revocación de una fusión aprobada y de rechazo de una fusión notificada es diferente del que se sigue en caso de fusiones no notificadas.

48. La revocación de una fusión aprobada y el rechazo de una fusión notificada se tramitan en primera instancia en el ODCC, mientras que las fusiones no notificadas son objeto de un procedimiento ante el Tribunal en primera instancia. Esta deficiencia también debería examinarse para su posible rectificación a fin de mejorar la aplicación de las normas de competencia en materia de fusiones y adquisiciones en Botswana.

B. Prácticas comerciales restrictivas

1. Acuerdos prohibidos con arreglo al criterio de la ilegalidad intrínseca

49. Los acuerdos horizontales prohibidos con arreglo al criterio de la ilegalidad intrínseca se tratan en el artículo 25 del Proyecto de Ley de Competencia, que se refiere a las conductas relacionadas con la fijación de precios, el reparto de mercados y la manipulación de licitaciones. Sin embargo, no se indica en qué consisten esas conductas ilícitas. Habida cuenta de que las infracciones descritas en el artículo 25 del Proyecto de Ley de Competencia se consideran delitos y se castigan con las sanciones penales previstas en el artículo 26, sería prudente que en estas disposiciones se indicara expresamente los elementos que el ODCC tiene que establecer para determinar si se ha cometido una infracción penal.

50. El artículo 25 del Proyecto de Ley de Competencia no prevé los acuerdos horizontales entre competidores para limitar la producción ni el boicot colectivo organizado por competidores, prácticas frecuentes que en muchas jurisdicciones están prohibidas independientemente de sus efectos (criterio de la ilegalidad intrínseca).

51. El Proyecto de Ley de Competencia no ha establecido un procedimiento claro para la penalización de las infracciones previstas en el artículo 26. En el artículo 5, párrafo 2 r), se indica que el ODCC tiene la obligación de informar al Servicio de Policía de Botswana de toda investigación penal realizada en cumplimiento del Proyecto de Ley de Competencia. Este texto no es claro en cuanto a la función de la Policía, puesto que el ODCC también está encargado de investigar los hechos prohibidos por el Proyecto de Ley de Competencia. La obligación de informar a la Policía, que no es necesariamente experta en defensa de la competencia, puede constituir un gran obstáculo a la aplicación de la disposición.

52. Normalmente, una vez que el ODCC ha terminado su investigación, la siguiente etapa del procedimiento en el sistema de justicia penal podría ser que el Fiscal General remita el asunto ante el tribunal competente para pedir que este pronuncie una pena privativa de libertad. Cabe señalar además que en la Ley de Competencia no se especifica el tribunal competente para hacer cumplir el artículo 26.

53. Cabe señalar asimismo que, tras la remisión de un asunto por el ODCC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Proyecto de Ley de Competencia, el Tribunal resuelve en primera instancia sobre los asuntos relacionados con el artículo 25. No queda claro cómo puede evitarse que el proceso de remisión del asunto al Tribunal y la notificación al Servicio de Policía de Botswana entren en conflicto.

2. Acuerdos prohibidos en virtud del criterio del carácter razonable

54. El artículo 28 del Proyecto de Ley de Competencia se refiere a los acuerdos horizontales prohibidos con arreglo al criterio del carácter razonable. En los párrafos 1 y 2 del artículo 28 se prevé la notificación de ese tipo de acuerdos. A pesar de que los criterios de evaluación de los acuerdos para determinar si pueden ser objeto de una exención están previstos en el artículo 33 del Proyecto de Ley de Competencia, no se indica cómo deben proceder las partes en el acuerdo para hacer la notificación. La disposición debería haber previsto expresamente que las partes en el acuerdo soliciten una exención al ODCC.

55. No se indica un plazo específico para el examen del acuerdo, por lo que el plazo por defecto para la investigación es el que está previsto en el artículo 73, párrafo 1, del Proyecto de Ley de Competencia, a saber, que el ODCC ha de remitir el asunto al Tribunal en un plazo de un año tras haber concluido la investigación. Esta disposición, tal como está, sirve para los acuerdos no notificados, de la misma manera que las fusiones sin notificar están sujetas al procedimiento de investigación previsto en el artículo 39 del Proyecto de Ley de Competencia. En el caso de los acuerdos notificados, se deberían haber establecido plazos específicos y razonables para el proceso de examen, como los que se establecen en el artículo 49 del Proyecto de Ley para las fusiones notificadas.

56. Las prohibiciones estipuladas en el artículo 28, párrafo 1 b), c) y d) se aplican, respectivamente, a los acuerdos que restringen la producción o las ventas, incluida la

restricción mediante la fijación de cupos (apartado b)); son el resultado de una práctica concertada (apartado c)); o equivalen a una denegación colectiva a una empresa de la inclusión en un acuerdo o una asociación esencial para la competencia (apartado d)). En los apartados b) y d) se mezclan las prohibiciones, ya que al parecer se refieren a la limitación de la producción y el boicot colectivo por competidores, cuestiones comprendidas en los acuerdos prohibidos con arreglo al criterio de la ilegalidad intrínseca. Por otra parte, el apartado c) trata de las prácticas concertadas, que no se han definido y en general se refieren a acuerdos en el ámbito de la competencia y no a prácticas unilaterales, las cuales quedan fuera de la legislación.

57. En cuanto a las prohibiciones mencionadas en el artículo 28, párrafo 2 a), b) y c), se puede interpretar que el apartado a) se refiere a la restricción de la producción, cuestión que también está sujeta al criterio de la ilegalidad intrínseca. Se puede interpretar que los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 28 se refieren a la discriminación de precios y a la práctica de vinculación y agrupación, cuestiones tratadas en relación con el abuso de posición dominante como conductas explotadoras prohibidas.

58. Sobre la base de lo que antecede, resulta evidente que esa confusión que se acaba de exponer ha distorsionado el concepto de criterio del carácter razonable. También convendría subsanar las deficiencias indicadas para luchar mejor contra los acuerdos anticompetitivos prohibidos en virtud del criterio del carácter razonable.

C. Abuso de posición dominante

59. Las disposiciones relativas a la prohibición del abuso de posición dominante suelen redactarse para aplicarse a la conducta adoptada por una empresa, ya sea unilateralmente o en combinación con otras empresas (“dominio combinado”). Normalmente la conducta que se prohíbe es aquella que “ha tenido, tiene o puede tener el efecto de obstaculizar o reducir sustancialmente la competencia en un mercado”.

60. El Proyecto de Ley de Competencia contiene una prohibición expresa y general del abuso de posición dominante en el artículo 31, párrafo 1. El párrafo 2 del mismo artículo da cabida a las consideraciones de interés público, que se tendrán en cuenta para establecer si hay o no una posición dominante. El concepto de posición dominante se define en el artículo 32.

61. Se contemplan los casos de posición dominante, conducta unilateral y dominio conjunto, con arreglo a las mejores prácticas en materia de legislación moderna de la competencia. Ahora bien, si se examinan las dos disposiciones con atención, se observa que en los apartados a) y b) del artículo 32 se indica que, a partir de determinado umbral (cuota de mercado), se ha de considerar que una o varias empresas tienen una posición dominante, pero no se indica el porcentaje correspondiente a dicho umbral, lo cual queda sujeto a interpretación y puede dar lugar a largas controversias.

62. Se observa que en los apartados a) y b) del artículo 32 falta la condición previa esencial de prohibir las conductas de una empresa dominante solo cuando “hayan tenido, tengan o puedan tener el efecto de impedir o reducir sustancialmente la competencia en un mercado”.

63. Cuando se proporciona un umbral numérico específico y se fija una condición precedente, es más fácil cumplir las normas que cuando se opta por enfoques más flexibles que requieren una profunda comprensión de los asuntos relacionados con la competencia, algo que es poco habitual en el mundo en desarrollo en general y en Botswana en particular.

64. El artículo 31, párrafo 2, prevé que se tengan en cuenta, de manera discrecional, las consideraciones de interés público enumeradas en los apartados a) a e) en el curso de las investigaciones de casos de abuso de posición dominante. Si el ODCC decide no tener en cuenta las cuestiones de interés público en su evaluación, este párrafo se vuelve inaplicable e irrelevante.

65. El problema se plantea cuando el ODCC invoca el párrafo 2 del artículo 31 del Proyecto de Ley de Competencia; la cuestión es si el ODCC puede negarse a prohibir una

conducta de abuso de posición dominante en virtud de los apartados a) a e) del párrafo 1 del artículo 31, si se trata de una conducta que afecta a un mercado de Botswana y está descrita en el párrafo 1 del artículo 31. El Proyecto de Ley de Competencia no se pronuncia sobre los efectos de la aplicación del artículo 31, párrafo 2, relativo a la prohibición por el ODCC de una conducta que constituya un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 31, párrafo 1, del Proyecto de Ley de Competencia.

66. En su párrafo 2, el artículo 31 se refiere a la aprobación de una actividad en atención a consideraciones de interés público al evaluar si hay abuso de posición dominante. Esto es incorrecto desde el punto de vista taxonómico, puesto que los acuerdos, sean estos verticales u horizontales, constituyen una categoría distinta de prácticas prohibidas que se tratan en los artículos 25, 27 y 28 y son diferentes del abuso de posición dominante. Se ha señalado anteriormente que ciertas cuestiones de abuso de posición dominante se tratan junto con los acuerdos prohibidos con arreglo al criterio del carácter razonable, contemplados en el artículo 28 del Proyecto de Ley de Competencia. Convendría subsanar estos dos problemas para evitar confusión en los usuarios de la ley.

67. La lista de conductas abusivas de los apartados a) a e) del párrafo 1 del artículo 31 se ha redactado de forma exhaustiva, por lo tanto legal, lo que impide tener en cuenta conductas que no figuren en la lista. Habitualmente ese tipo de lista se deja abierta (no exhaustiva) para dar cabida a todas las demás teorías sobre los perjuicios resultantes del abuso de posición dominante que puedan surgir en el curso del desarrollo del derecho de la competencia y a las conductas que se hayan omitido por inadvertencia, como los descuentos o bonificaciones por fidelidad.

68. Durante el período que se examina se abrieron 73 causas relacionadas con prácticas de abuso de posición dominante, de las cuales 54 causas (el 74%) fueron archivadas porque se determinó que no había habido conductas anticompetitivas, y otras 9 (el 12,3%) por razones no señaladas. Así pues, 63 causas (el 86,3%) abiertas durante el período que se examina fueron archivadas porque se determinó que no se trataba de problemas de competencia o por otros motivos. Ninguna de las causas fue remitida a la Comisión de Defensa de la Competencia y 9 de ellas (el 12,3%) seguían pendientes ante la Comisión en el momento en que se llevó a cabo la visita de recopilación de información en el marco del examen entre homólogos.

69. En el período que se examina se iniciaron 38 causas relacionadas con acuerdos horizontales y verticales. En 21 de ellas (el 55,3%) se determinó que no había habido conductas anticompetitivas, mientras que otras 9 (el 23,6%) se cerraron por motivos no señalados. Así pues, un total de 30 causas (el 79%) iniciadas en relación con acuerdos horizontales y verticales durante el período que se examina fueron archivadas porque se determinó que no se trataba de problemas de competencia o por otros motivos. Fueron remitidas a la Comisión de Defensa de la Competencia 4 causas (el 10,5%) y otras 4 seguían pendientes ante la Comisión en el momento del examen entre homólogos.

70. Se iniciaron 6 causas relacionadas con casos de imposición de precios de reventa, de las que 1 fue archivada por no haber problemas de competencia, 4 fueron remitidas a la Comisión de Defensa de la Competencia y 1 sigue pendiente ante la Comisión.

71. De cara al futuro, habida cuenta de la estructura del Proyecto de Ley de Competencia con respecto a la naturaleza de las prohibiciones asociadas a las prácticas restrictivas anticompetitivas antes examinadas y sin perjuicio de la soberanía del Organismo de Defensa de la Competencia y las decisiones de la Comisión de Defensa de la Competencia, es lógico llegar a la conclusión de que es necesario un cambio de rumbo para que el Proyecto de Ley de Competencia pueda prever debidamente las prácticas restrictivas, tipificar los delitos asociados a esas prácticas y prohibirlos.

IV. Cuestiones de competencia no relacionadas con la aplicación de la ley

Estudios de mercado

72. En el artículo 5, párrafo 2 g), del Proyecto de Ley de Competencia se prevé la realización de estudios de mercado, con miras a dar orientaciones en materia de aplicación de la ley al Organismo de Defensa de la Competencia y a la vez fomentar sus actividades de promoción, con aportes sobre políticas, programas y otras intervenciones que distorsionan los mercados pero no están previstas en la ley.

73. El Organismo de Defensa de la Competencia ha realizado cinco estudios de mercado recientemente, en el sector de la aviación, los centros comerciales y el comercio minorista (marcas propias). No hay indicios de que los resultados de los estudios hayan contribuido a las actividades de aplicación de la ley o de promoción del Organismo.

74. Convendría reforzar y desarrollar el vínculo entre los estudios y las causas, para beneficio de la competencia en Botswana. Además, el número reducido de estudios es prueba de la necesidad de contratar a personal adicional que realice investigaciones y se ocupe de cuestiones jurídicas.

V. Promoción de la competencia

75. El Organismo de Defensa de la Competencia realiza actividades de promoción en virtud del artículo 5, párrafo 2, apartados d) y e) de la Ley de Competencia, cuyo contenido es el mismo que el del artículo 5, párrafo 2, apartados d) y e) del Proyecto de Ley de Competencia.

A. El Ministerio

76. En Botswana, el Organismo de Defensa de la Competencia y, una vez entrado en vigor el Proyecto de Ley de Competencia, el ODCC, dependen del Ministerio de Inversión, Comercio e Industria.

77. Además, se ha facultado al Ministro para pronunciarse con respecto a cuestiones técnicas en materia de competencia, como las contempladas en las disposiciones relativas a las fusiones, cuestiones que deberían dejarse en manos de los miembros de la Comisión, de conformidad con la Ley de Competencia, o los de la Junta, en virtud del Proyecto de Ley de Competencia; esto permite que el Ministro decida la suerte de una fusión, lo cual debería evitarse. El Ministro debería encargarse de la supervisión general y de los aspectos administrativos del funcionamiento del ODCC y las cuestiones técnicas deberían quedar a cargo de los miembros designados por el Ministro en función de sus conocimientos y competencias.

B. Los círculos académicos

78. La Facultad de Economía de la Universidad de Botswana está elaborando el plan de estudios de un curso de posgrado sobre los fundamentos económicos de la política y la regulación de la competencia, que podría durar por lo menos un año.

79. En el futuro, la Facultad de Economía desearía colaborar con el Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana en la esfera de los estudios e investigaciones de mercado, con arreglo a modalidades diversas, como la subcontratación.

80. La Facultad de Derecho ofrece cursos de verano sobre las leyes relativas a las ventas y los contratos de crédito y la protección del consumidor.

81. La Facultad de Derecho ha recomendado que se elabore un memorando de entendimiento entre el Organismo de Defensa de la Competencia y la Universidad de

Botswana para que cooperen en cuestiones de competencia y protección del consumidor. El Organismo de Defensa de la Competencia podría invitar a los profesores y los estudiantes que se interesen por las cuestiones de competencia y protección del consumidor a participar en las actividades de promoción y formación en materia de competencia que organice en el futuro.

C. Los círculos empresariales

82. De las entrevistas a profesionales del derecho se desprendió que había muy poca interacción entre el mundo empresarial y las instituciones de enseñanza pública; hasta la fecha no se había entablado ninguna relación. Por cuanto respecta a la práctica del derecho de la competencia, según la información obtenida, no hay ningún bufete especializado en la materia, pero se considera que los profesionales del derecho mercantil serían buenos candidatos para una especialización de ese tipo, puesto que se ocupan del mismo tipo de cuestiones. Se constató además que, en su mayoría, los bufetes de abogados no daban prioridad al derecho de la competencia, en parte porque no había demanda directa para ese tipo de servicios en el mercado y también porque el Organismo de Defensa de la Competencia no había utilizado el Colegio de Abogados de Botswana como foro para promover la práctica del derecho de la competencia.

83. La mayor parte de los entrevistados indicaron que el Organismo de Defensa de la Competencia era conocido sobre todo en la esfera del control de las fusiones, ámbito en el que se había realizado una labor considerable.

84. Se constató que no existía una relación establecida entre Business Botswana y el Organismo de Defensa de la Competencia y que tampoco había nada que indicara que el Organismo hubiera aprovechado las plataformas que ofrecía Business Botswana para darse a conocer.

85. Asimismo, se observó que el vínculo entre las funciones de investigación y promoción seguía siendo débil o inexistente, pues no había indicios de que la labor de investigación hubiera aportado nada a la labor de promoción del Organismo en los últimos seis años.

VI. Otras leyes importantes para la aplicación del derecho de la competencia

A. Reguladores sectoriales

86. Se considera que están fuera del ámbito de competencia del ODCC todos los sectores regulados (redes de servicios públicos) como los siguientes: la electricidad, el petróleo, el agua y el gas, colectivamente conocidos como energía; las comunicaciones; el transporte terrestre y marítimo y el sector de la aviación civil. Esto corresponde a lo previsto en la Política Nacional de Competencia y también a las mejores prácticas internacionales en lo relativo a los sectores que deben estar sujetos a la regulación económica. Ahora bien, tanto la Política Nacional de Competencia como el Proyecto de Ley de Competencia en su artículo 86, párrafo 5, prevén un mecanismo consultivo para el ODCC y los reguladores sectoriales específicos; la conclusión lógica es que debería haber competencia concurrente entre el ODCC y los reguladores sectoriales.

87. El Organismo de Defensa de la Competencia ha firmado memorandos de entendimiento con los reguladores de los sectores de telecomunicaciones y aviación civil. Sin perjuicio del contenido de dichos memorandos, la mejor práctica consistiría en que los estatutos del Organismo de Defensa de la Competencia y los de los organismos encargados de la regulación económica sectorial previeran expresamente la creación de un mecanismo para garantizar que se atiendan las cuestiones de competencia en los sectores comprendidos en sus respectivos ámbitos de actuación. Esto puede conseguirse elaborando instrumentos jurídicos distintos o instrumentos para remitir dichas cuestiones al ODCC. De la lectura de la legislación que habilita a los dos reguladores económicos visitados, junto con las

disposiciones pertinentes de la Ley de Competencia y el Proyecto de Ley de Competencia, no se desprende que se haya previsto ese tipo de estructura.

88. El artículo 20 de la Ley de Telecomunicaciones prevé la supervisión de la competencia en el sector de las telecomunicaciones; en cambio, la legislación relativa a la aviación civil no dice nada respecto de esos asuntos. Se acaba de crear un organismo regulador del sector de la energía, y todavía no se han establecido entidades reguladoras en los sectores del transporte terrestre y marítimo.

89. Los organismos encargados de la competencia y la regulación deberían estar adscritos a un ministerio central, para evitar conflictos y contradicciones entre los objetivos de sus respectivas políticas y la desconexión entre la competencia y la regulación en Botswana; de ese modo podrían subsanarse las deficiencias observadas.

B. Propiedad intelectual

90. En Botswana, el Organismo de Protección de las Empresas y la Propiedad Intelectual (OPEPI) se encarga de proteger la propiedad intelectual y hacer cumplir cuatro instrumentos legislativos. El OPEPI se ocupa además de registrar a las empresas y registrar y administrar las patentes. Actualmente es más un registro de empresas que un organismo regulador.

91. En el marco jurídico y normativo de la competencia, tanto la Política Nacional de Competencia como el Proyecto de Ley de Competencia aluden a los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, tanto la política como el derecho en Botswana excluyen la propiedad intelectual de su ámbito de aplicación.

92. A pesar de ello, el OPEPI y el Organismo de Defensa de la Competencia han firmado un memorando de entendimiento por tres años, gracias al cual se ha logrado coordinar a las dos entidades, habiendo incluido el OPEPI en su lista de control para la evaluación de concentraciones (fusiones y adquisiciones) el requisito de que las partes en la fusión presenten una carta de aprobación del Organismo de Defensa de la Competencia.

93. En una etapa posterior del desarrollo de las dos legislaciones el OPEPI y el ODCC deberían considerar la posibilidad de establecer un sistema de remisión a su base legislativa, lo cual permitiría evaluar los derechos de propiedad intelectual registrados.

C. Protección del consumidor

94. En Botswana las cuestiones de protección del consumidor se tratan de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Protección del Consumidor (Ley núm. 42-07 de 1998). La Oficina de Protección del Consumidor, del Ministerio de Inversión, Comercio e Industria, es la encargada de hacer cumplir dicha Ley. En diciembre de 2017, el Parlamento aprobó el Proyecto de Ley de Protección del Consumidor (Proyecto de Ley núm. 23 de 2017), que está ahora pendiente de la sanción del Presidente. Una vez sancionada la Ley, el nuevo Organismo de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor se encargará de hacer cumplir la legislación relativa a la competencia y a la protección del consumidor en Botswana.

95. Si bien hasta ahora no se ha tratado ningún asunto de protección al consumidor, el examen del Proyecto de Ley de Protección del Consumidor aprobado puede aportar algunos elementos al ODCC para facilitar su funcionamiento eficaz desde el principio.

VII. Estructura orgánica del Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana

A. La Comisión/Junta de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor

96. En el artículo 6 del Proyecto de Ley de Competencia se prevé el establecimiento de la Junta de la Competencia y del Consumidor, que reemplazará a la Comisión de Defensa de la Competencia, su equivalente con arreglo a la Ley de Competencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Proyecto de Ley de Competencia, el Ministro ha de nombrar a siete miembros y, con arreglo al párrafo 4 del citado artículo, elegir entre ellos a un Presidente. El Proyecto de Ley no prevé procedimiento alguno que el Ministro tenga que seguir en el ejercicio de esas facultades. En el artículo 8 se dispone que el mandato de los miembros no excederá de los cinco años, con la posibilidad de renovarlo por otros cinco años. Ese período máximo de diez años puede considerarse suficiente para que los miembros aporten una contribución significativa al ODCC.

97. Sin embargo, el Ministro puede, con arreglo a la ley, nombrar a los miembros por un período más corto que los cinco años estipulados, lo cual, si se aplica indebidamente, puede dar lugar a que ciertos miembros tengan mandatos demasiado cortos y a que ciertos puestos en la Junta o la Comisión queden vacantes, como ocurrió en 2015/16 en la República Unida de Tanzania. Esa disposición tiene por objeto garantizar la continuidad de la labor del ODCC en todo momento, especialmente cuando se aplica con prudencia y se escalonan los nombramientos para que todos los miembros cumplan mandatos por los cinco años previstos.

B. La secretaría

98. La secretaría está integrada por el Director General y el resto del personal. Así pues, hay un vínculo muy fuerte entre el Departamento de Investigaciones y el Departamento Jurídico y de Aplicación de la Ley, así como el Departamento de Fusiones y Monopolios.

99. De conformidad con el Proyecto de Ley de Competencia, el Ministerio responsable de la Comisión aprueba la estructura orgánica. Ahora bien, sería necesario hacer los ajustes necesarios para que la estructura propuesta pueda abarcar las cuestiones de protección del consumidor comprendidas en el mandato del ODCC. Esta es una limitación evitable y el ODCC debería poder modificar la estructura orgánica sin que intervenga el Ministerio, a fin de agilizar los procesos y lograr mayor eficiencia operacional.

100. Por cuanto respecta a las funciones relativas a la competencia, es importante que la estructura orgánica esté concebida de modo tal que cada departamento pueda realizar de principio a fin las tareas que le corresponden. Esto significa que la dirección que se ocupe de determinada práctica comercial restrictiva debería poder tramitar cada expediente en su totalidad.

VIII. Recursos del Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana

101. El Organismo cuenta con una plantilla de 34 empleados, de los cuales 16 son personal técnico, mientras que los 18 de la Oficina del Director General y los Servicios Corporativos son en su mayoría personal de apoyo. En su mayoría, los empleados actuales trabajan desde hace más de cuatro años en el Organismo, por lo que son relativamente experimentados y conocen bien sus funciones. Solo unos cuantos son empleados nuevos.

102. Desde la creación del Organismo en 2011, se ha dedicado mucho tiempo y recursos a la capacitación y el readiestramiento del personal en materia de investigación, actuaciones judiciales y análisis económico, así como en esferas profesionales especializadas pertinentes para los servicios de apoyo. No se registran quejas graves de parte del personal

en relación con su remuneración, problema que se plantea en la mayor parte de los organismos encargados de la competencia de los demás países de la región. Se ha observado asimismo que hay relativamente poca rotación del personal.

103. El Organismo no cuenta con suficiente personal especializado en TIC, a pesar de que se justificaría contratar a un empleado más a tiempo completo, de preferencia un funcionario de nivel directivo, que se encargaría de los asuntos de TIC en el Organismo.

104. Por cuanto respecta a los recursos económicos, el Organismo no cuenta con suficientes fondos para cumplir el amplio mandato que se le ha conferido por ley. La única fuente estable de ingresos son las subvenciones del Estado, que deberían ser, idealmente, la única fuente de fondos para el ODCC. Se ha revelado que el Tesoro tiene la facultad discrecional de retener las tasas que cobra el Organismo por las fusiones, aunque hasta ahora ello no ha ocurrido.

105. Se ha observado, cuando coexisten la regulación de la competencia y la regulación económica, que los organismos de regulación económica suelen tener un superávit de ingresos obtenidos gracias a sus funciones reguladoras. En otras jurisdicciones (Turquía y la República Unida de Tanzania) se ha establecido en la legislación sobre competencia que dichos organismos recibirán fondos de las autoridades de los sectores regulados, en atención al principio de que todos sirven al mismo consumidor y que, por lo tanto, han de compartir recursos para evitar que las autoridades les impongan múltiples gravámenes.

IX. El Poder Judicial

106. Según lo dispuesto en el artículo 67, párrafo 3, de la Ley de Competencia de 2009, se puede recurrir un fallo del Tribunal Superior ante el Tribunal de Apelación pero solo en relación con una cuestión de derecho planteada por dicho fallo o por cualquier decisión del Tribunal sobre la cuantía de una multa. El Proyecto de Ley de Competencia se aparta de esta posición y en sus artículos 83 y 84 solo hace referencia a los recursos de apelación y revisión judicial ante el Tribunal Superior. En consultas con la Fiscalía General se confirmó que la disposición relativa al Tribunal de Apelación había sido suprimida por ser redundante. Todas las decisiones del Tribunal Superior pueden recurrirse ante el Tribunal de Apelación.

107. Esta confirmación de la Fiscalía General, debería ser examinada y adoptada por el Poder Judicial, de modo que las causas de competencia no queden excluidas del beneficio de una revisión por el Tribunal de Apelación y que las partes agraviadas tengan, de ese modo, una segunda o tercera oportunidad de apelar en el curso de los procedimientos relacionados con asuntos de la competencia en Botswana.

X. Consideraciones generales y recomendaciones de política

108. Es necesario que el sistema político asegure la protección de todos los inversores, nacionales y extranjeros, y garantice el acceso de estos a oportunidades de inversión, así como a los procesos e incentivos correspondientes, en condiciones de igualdad, transparencia y con rendición de cuentas.

109. En virtud del Proyecto de Ley de Competencia, el ODCC y el Tribunal van a funcionar como entidades jurídicas distintas; según la experiencia adquirida en otros lugares, ese dúo coexiste en un entorno de trabajo caracterizado por un ritmo acelerado y plazos de tiempo muy ajustados, en el que no se puede dar prioridad a las relaciones de trabajo personales.

110. Es importante que el ODCC y el Tribunal emprendan más actividades conjuntas encaminadas a fomentar el espíritu de equipo.

A. Recomendaciones dirigidas al Gobierno

111. Debería asignarse una cantidad suficiente de recursos financieros y humanos para subsanar las deficiencias observadas y asegurar la autosuficiencia del ODCC.

112. Debería permitirse que el ODCC ejerza su independencia para hacer cambios en sus instrumentos de trabajo, por ejemplo su estructura orgánica, sin necesidad de que el Ministerio los apruebe, de modo que pueda actuar con mayor flexibilidad y eficiencia.

113. Debería estudiarse la posibilidad de que los organismos de regulación económica sectorial y el organismo de defensa de la competencia estuvieran adscritos al mismo ministerio, a fin de promover en la medida de lo posible su coexistencia, independencia y eficiencia.

B. Recomendaciones para el Organismo de Defensa de la Competencia de Botswana

114. Convendría revisar la estructura y la práctica institucionales para la defensa de la competencia con miras a crear una estructura práctica y dinámica que garantice los derechos procesales básicos de las partes interesadas.

115. Debería dotarse a las diferentes dependencias de personal con los conocimientos y las competencias necesarias para que puedan realizar sus tareas de principio a fin, conforme a las expectativas, de modo que las dependencias puedan funcionar con mayor autonomía, en particular, todos los departamentos relacionados con la aplicación de la ley deberían contar con juristas.

116. Debería darse prioridad al fomento de la capacidad y la formación del personal, lo cual incluye una evaluación de las necesidades del personal para orientar la elaboración de los programas de capacitación.

117. Para cumplir el nuevo mandato en materia de protección del consumidor, es necesario elaborar una hoja de ruta sobre la fusión de esa función con la de defensa de la competencia y asignar competencias en esas dos esferas.

118. Deberían preverse la capacitación y formación correspondientes en materia de protección del consumidor, con una evaluación de las necesidades para orientar la elaboración de los programas de capacitación.

119. Se debería trabajar con las universidades para desarrollar un plan de estudios sobre competencia y protección del consumidor.

120. También sería necesario considerar la posibilidad de celebrar una conferencia anual sobre derecho de la competencia con el Colegio de Abogados de Botswana y demás partes interesadas, a semejanza de las reuniones antimonopolio organizadas por la American Bar Association que se celebran cada año en el segundo trimestre.

121. Deberían elaborarse programas de promoción a medida, dirigidos a grupos económicos específicos, como los círculos empresariales, las organizaciones de consumidores, los ministerios y departamentos del gobierno, el Poder Judicial y los abogados mercantilistas.

C. Recomendaciones dirigidas al Poder Judicial

122. Es necesario que haya más interacciones entre el ODCC y el Poder Judicial.

123. Los miembros del Poder Judicial podrían considerar la posibilidad de asistir a ciertos foros sobre aplicación del derecho de la competencia para interactuar con otros jueces que se ocupan de cuestiones relacionadas con la competencia y, de ese modo, ampliar y actualizar sus conocimientos y aptitudes.