

Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia

César Ochoa Cardich

Abogado. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. CONSIDERACIONES GENERALES: MARCO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.

Como cuestión previa debemos precisar que el Derecho de la Competencia y la protección del consumidor deben interpretarse dentro del marco constitucional económico y del respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Nuestro enfoque asume una posición liberal dentro de un Estado de Derecho de una sociedad democrática.

Siguiendo al pensamiento liberal una sociedad democrática está conformada por los siguientes elementos:

- Una Constitución democrática. Siguiendo esta línea de pensamiento, consideramos que desde la formulación primigenia de los constituyentes de Filadelfia de «*checks and balances*» los regímenes democráticos se caracterizan por la distribución, separación y equilibrio de poderes a diferencia de los regímenes autoritarios que se caracterizan por una alta concentración de poder y que niegan el control sobre el Poder Ejecutivo.

- El reconocimiento de una declaración de derechos fundamentales de la persona o derechos humanos que no pueden ser desconocidos por el Estado. Como señala Ariño⁽¹⁾:

«Frente a la afirmación de los derechos fundamentales 'en el marco de la ley', hoy se proclama 'la ley en el marco de los derechos fundamentales'».

- Existencia de tribunales independientes. Para que los derechos fundamentales puedan ser efectivos

debe operar un Poder Judicial independiente que garantice el control de la legalidad de los actos emanados de la Administración. Asimismo, se requiere la vigencia de una jurisdicción constitucional que controle la constitucionalidad de las leyes.

- La vigencia de una economía de mercado, abierta y competitiva. No hay Constitución ni sociedad democrática si no hay base económica liberal. Esta economía de mercado debe asegurar la libertad de empresa, sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia, y la libertad de transacciones económicas.

Debemos subrayar que dentro de nuestra concepción liberal la economía y sus valores deben encuadrarse en el marco de la Constitución, y no la Constitución en el marco de la economía. No existe sociedad democrática en la cual el valor «competencia» se constituya en un valor absoluto ante el cual deben ceder los derechos fundamentales de la persona.

El objetivo del Derecho de la Competencia es la preservación de un sistema competitivo de economía de mercado que protege no sólo los intereses de los empresarios sino también los intereses de los consumidores. El principio de la defensa del interés de los consumidores y usuarios (artículo 65 de la Constitución) configura un límite a la libertad de iniciativa privada y materializa el evanescente componente «social» de la economía de mercado. Es una manifestación de la función social o interés social que, si bien no está explícitamente previsto como tal en el texto fundamental de 1993, se infiere al derivarse como una exigencia que la Carta encomienda al Estado satisfacer o defender.

Cabe anotar que la protección jurídica de los

(1) ARIÑO, Gaspar. Economía y Estado. Crisis y reforma del poder público. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 97.

consumidores no se desarrolla en la Constitución Económica bajo una técnica de derechos subjetivos que tengan amparo directamente en la Constitución. La protección jurídica del Estado es un principio general del régimen económico que informará al legislador, a la práctica judicial y a la actuación de la Administración Pública, pero sólo podrán ser alegados de acuerdo con las leyes que los desarrollen. En consecuencia, su fuerza normativa no va a ser igual a la de los derechos fundamentales de la persona en sentido propio⁽²⁾.

En consecuencia, el respeto de los derechos fundamentales dentro de una sociedad democrática y un Estado de Derecho deben prevalecer en caso de conflicto sobre los valores de la eficacia y eficiencia de la acción de la Administración Pública, particularmente en el ámbito del régimen sancionador administrativo. A este respecto cabe citar a Parejo⁽³⁾:

«El problema de la eficacia administrativa no consiste en optar entre los elementos de la disyuntiva: Derecho o eficacia, sino en determinar las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, sea también efectiva, idónea para la satisfacción de intereses generales. Consecuentemente el Estado de Derecho no facilita soporte alguno a un ambiente hostil a la eficacia, demanda tan sólo la precisión jurídica de este principio».

Del marco constitucional económico debemos pasar al Derecho Administrativo Económico que es el conjunto de normas y medidas de las distintas instituciones públicas y la actividad de los órganos y autoridades administrativas en sus formas de actividad de seguridad, planeamiento, vigilancia, dirección y fomento de la economía y las relaciones entre los sujetos que actúan en la vida económica y la Administración Pública⁽⁴⁾.

Así, en noviembre de 1992 se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI- por el Decreto Ley No. 25868 como organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, gozando

de «autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa». El artículo 1 del Reglamento de la Ley de organización y funciones del INDECOPI precisó que éste se crea como organismo público descentralizado del Sector de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Resulta necesario formular algunas precisiones sobre la naturaleza y función administrativa del INDECOPI. Es una persona jurídica de Derecho Público a quien la ley asigna funciones administrativas de servicio público. Empero no es estrictamente un organismo autónomo puesto que es una institución dependiente y adscrita al Sector Industria, Comercio, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. En nuestro ordenamiento administrativo el concepto autonomía ha sido objeto de un uso indiscriminado. La doctrina distingue entre dos conceptos diferentes: la autonomía y la autarquía. La autonomía consiste en la potestad del ente de autodeterminarse, dándose sus propias normas jurídicas, en tanto que la autarquía significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta⁽⁵⁾.

En consecuencia la asignación de autonomía corresponde a la norma constitucional, la cual establece qué instituciones u organismos son entes autónomos, con personería jurídica, patrimonio propio y competencia para producir normatividad jurídica que afecte a los ciudadanos.

Un aspecto relevante que debe ser precisado es el carácter de la función administrativa del INDECOPI. Anteriormente la acción de la Administración era intervencionista mediante controles de precios, normas y regulaciones técnicas obligatorias, licencias previas de producción, etc. En cambio, actualmente dentro del modelo de economía de mercado, la Administración utiliza un control *ex-post* que no condiciona la entrada de productos y servicios al mercado. Sólo controla, luego de su entrada, que se cumpla con las reglas del mercado y la libre competencia⁽⁶⁾.

(2) Análogamente a lo que sucede en el ordenamiento constitucional español. Cfr. SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo. «Defensa del consumidor y Derecho Constitucional Económico». En: Revista Española de Derecho Constitucional. No. 10, enero-abril 1994, pág. 93.

(3) PAREJO, Luciano. «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública». En: Documentación Administrativa. Nos. 218-219, abril-setiembre 1989, pág. 23.

(4) STOBER, Rolf. Derecho Administrativo Económico. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pág. 44.

(5) MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo-Perrot. Tomo I. Buenos Aires, 1966-1970, pág. 374.

(6) Exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 807 sobre facultades, normas y organización del INDECOPI. Diario Oficial «El Peruano», 18 de abril de 1996, separata especial, pág. 7.

Cabe precisar conceptualmente que la Administración ha pasado así de ser una **Administración de intervención** a una **Administración de supervisión** en la cual lo esencial es la adecuación del sector privado a los objetivos generales de defensa de la competencia que tienen un carácter de interés público. Simultáneamente se refuerza la potestad sancionadora sobre los agentes económicos, de forma que una caracterizada nota de la desregulación es el reforzamiento de la potestad sancionadora de la Administración⁽⁷⁾.

Asimismo, debemos referirnos a la naturaleza de la función de resolución de conflictos en la vía administrativa del INDECOPI. Siendo un organismo dentro de la órbita del Poder Ejecutivo no puede ejercer la función jurisdiccional, propia del Poder Judicial. Las resoluciones definitivas del Tribunal del INDECOPI son recurribles mediante la correspondiente acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial conforme al artículo 148 de la Constitución. En la medida que sus decisiones definitivas están sujetas al control judicial, se garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Carta de 1993. En consecuencia, estimamos que los tribunales administrativos son constitucionales.

Empero, lo deseable es que los miembros de los tribunales administrativos gocen de un cierto grado de independencia como consecuencia de su estabilidad en el cargo. Esta independencia está desprotegida en el caso del Tribunal del INDECOPI frente a las veleidades políticas, puesto que el artículo 15 del Decreto Ley No. 25868 establece que por ser un cargo de confianza los miembros del Tribunal del INDECOPI podrán ser removidos sin expresión de causa, siempre que se cuente con la opinión favorable del Directorio y el Consejo Consultivo del INDECOPI y del Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Por último, debemos referirnos dentro de estas consideraciones previas acerca de la calidad de «funcionarios públicos» del personal del INDECOPI. De acuerdo a la Carta de 1993, la función pública corresponde a un régimen estatutario de carrera administrativa regido por el Derecho Público. Así, el artículo 40 de la Carta de 1993 establece que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. La referida norma excluye de la función pública a los trabajado-

res de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, puesto que estos trabajadores laboran bajo el régimen de la actividad privada. En consecuencia, dentro de nuestro marco constitucional es dudoso considerar como funcionarios públicos a trabajadores de un régimen laboral privatizado -como el del INDECOPI- y que, por tanto, deben estar al margen de la responsabilidad administrativa regida por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo No. 276).

“Debemos subrayar que dentro de nuestra concepción liberal la economía y sus valores deben encuadrarse en el marco de la Constitución, y no la Constitución en el marco de la economía”

Al margen del postulado constitucional de la carrera administrativa como sistema laboral de la función pública, asistimos a una «huída del Derecho Administrativo» dentro del régimen laboral de las diversas entidades de la Administración. El Estado está privatizando el régimen laboral de sus servidores mientras que refuerza las prerrogativas, privilegios y poderes de determinados organismos de la Administración. Este fenómeno jurídico ha generado críticas en la doctrina que afirma que se configura un desequilibrio entre privilegios y garantías de la Administración⁽⁸⁾.

La cuestión no sólo es un ejercicio teórico puesto que se podría cuestionar la constitucionalidad de que trabajadores sujetos al régimen laboral privado puedan ejercer funciones públicas de autoridad como las que les asigna al personal del INDECOPI el Decreto Legislativo No. 807 sobre facultades, normas y organización de esa entidad.

(7) SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Desregulación, privatización y Derecho Administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1993, pág. 11.

(8) Ibidem, pág. 8.

Para salvar esta situación, el Decreto Legislativo No. 807 asume una ficción jurídica: sus funcionarios -que pertenecen al régimen laboral privado- son funcionarios públicos a los que se les somete a un régimen de prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidad propios de la carrera administrativa (artículos 44-46 del Decreto Legislativo No. 807). Así, son recusables por las causales previstas en el artículo 17 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y les son aplicables los supuestos de responsabilidad previstos en el artículo 28 de la misma Ley y las sanciones previstas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en lo que sea pertinente.

En resumen, los funcionarios del INDECOPI perciben remuneraciones de nivel privado, gestionan con todas las potestades y privilegios de la Administración Pública y están sujetos a un régimen disciplinario de servidores de la carrera administrativa en lo que sea pertinente. Con lo cual se configura una relación jurídica *sui generis* que cuestiona la propia existencia de la Administración Pública tal como la conocíamos.

2. GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO EN LA FASE DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA DEL INDECOPI.

El Decreto Legislativo No. 807 refuerza las potestades de inspección e investigación del INDECOPI generando un desequilibrio en perjuicio de las garantías del administrado como pasaremos a demostrar. Nuestro enfoque asume como premisa que las garantías del debido proceso no son sólo extensibles y aplicables en la fase del procedimiento administrativo del Derecho de la Competencia, sino también a la fase previa: la actividad inspectora de la Administración, verdadera «antesala del procedimiento administrativo sancionador»⁽⁹⁾.

En primer lugar debemos dejar sentado que en los países en los cuales la experiencia de sanciones administrativas está más desarrollada (Alemania, Italia, Portugal, España) los principios garantistas del proceso penal son aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Ésta es la tónica general del Derecho Europeo, desde el caso *Otzürk* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽¹⁰⁾.

Analizando la normatividad inspectora del

INDECOPI encontramos que el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 807 establece exigencias indiscriminadas del deber de colaboración con la Administración (con acceso a todo tipo de documentos e incluso al propio domicilio) que vulneran derechos fundamentales de la persona.

En ese sentido, el literal a) del artículo 2 faculta a las Comisiones y Oficinas del INDECOPI a exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, la correspondencia comercial y los registros magnéticos, incluyendo en este caso los programas que fueran necesarios para su lectura, así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

A este respecto, es inconstitucional la exigencia de exhibición de todo tipo de documentos cuando el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución establece, al declarar la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, que sólo los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la entidad competente, de conformidad con la ley. En consecuencia, la exigencia de exhibición de todo tipo de documentos excede manifiestamente el marco constitucional del deber de colaboración del ciudadano con la actividad fiscalizadora de la Administración pudiendo vulnerar el derecho fundamental a la intimidad garantizado en la Constitución.

Una segunda cuestión constitucional que debe analizarse es que si el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados es un derecho fundamental del cual pueden ser titulares las personas jurídicas. En nuestro concepto, si bien es cierto que en nuestro texto constitucional de 1993 no hay un precepto similar al del artículo 3 de la Constitución de 1979, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, consideramos que el derecho del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados es extensible y aplicable igualmente a las personas jurídicas. La interpretación extensiva es viable cuando el texto constitucional admite hasta la protección de nuevos derechos fundamentales de naturaleza análoga (artículo 3 de la Constitución).

(9) SUAY RINCÓN, Juan. «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador». En: Revista de Administración Pública, No. 123, Madrid, setiembre-diciembre 1990, pág. 178.

(10) Ibidem, pág. 163. Entre nosotros, el primer estudio pionero sobre el tema ha sido el de: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública». En: Ius et Veritas, No. 10, Lima, 1995, págs. 149-160.

Aunque hay que admitir que al ser la intimidad un bien jurídico propio de las personas físicas, la protección constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones ha de ser menos intensa tratándose de las personas jurídicas.

Asimismo, dentro de este potenciamiento de las potestades de investigación del INDECOPI cabe resaltar que el literal b) del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 807 faculta a las Comisiones y Oficinas a citar e interrogar a las personas materia de su investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores o terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video. Este inciso hay que concordarlo con la parte final del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 807 que establece que las respuestas a los cuestionarios deberán ser categóricas y claras. Asimismo, establece que si la persona citada se niega a declarar, la Comisión u Oficina apreciará este hecho al momento de resolver, sin perjuicio de la multa administrativa a que se refiere el artículo 5.

A este respecto caben formular las siguientes precisiones respecto de la inconstitucionalidad de esta norma:

- En primer lugar debemos subrayar que los principios del debido proceso penal son extensibles al procedimiento de fiscalización administrativa. Más aun cuando la propia normatividad de INDECOPI incorpora figuras peculiares del proceso penal como el beneficio del arrepentimiento a cambio de aportar pruebas (artículo 20 del Decreto Legislativo No. 701). En consecuencia, para garantizar un equilibrio entre potestades y garantías el deber de colaboración con la Administración debe tener como límite el derecho de defensa (inciso 14, artículo 139 de la Constitución) con dos de sus manifestaciones más importantes: el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

- En segundo lugar, tratándose de los asesores o profesionales que presten servicios en las empresas investigadas debe precisarse que pueden invocar al ser interrogados el derecho al secreto profesional previsto en el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución. Éste no es sólo un derecho sino un deber que debe preservarse también en la relación de los profesionales con la Admi-

nistración. La cuestión puede suscitarse si la Administración al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones penetrase en el ámbito de las relaciones entre el cliente y el profesional⁽¹¹⁾.

- En tercer lugar, estimamos que siendo en muchos casos la fase de inspección «la antesala del procedimiento administrativo sancionador» (Suay) la asistencia de letrado debe ser obligatoria en los interrogatorios en la fase de investigación para garantizar el derecho de defensa del administrado. De lo contrario, la declaración del particular no debe considerarse con valor probatorio dentro del procedimiento administrativo sancionador⁽¹²⁾.

Asimismo, debe cuestionarse la vulneración al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que se configura en el literal c) del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 807. Esta norma entre los poderes que atribuye al INDECOPI se refiere al poder de «inspección» o constatación mediante la investigación en el domicilio de la persona o establecimiento mercantil de la veracidad y exactitud de los datos que obran en poder de INDECOPI.

A este respecto, el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución establece el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar a él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

La declaración constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio es categórica, no dejando dudas sobre el particular. Empero, el literal c) del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 807 faculta a los órganos competentes de INDECOPI a realizar inspecciones, con o sin previa notificación en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para poder ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales cerrados será necesario contar con autorización judi-

(11) SAINZ MORENO, Fernando. «Secreto e información en el Derecho Público». En: La protección jurídica del ciudadano. Estudio en homenaje al profesor Jesús Gonzales Pérez. Tomo III, Civitas, Madrid, 1993, págs. 2877-2878.

(12) BALBÍN, Carlos F. «Las garantías de los particulares en el procedimiento sancionatorio administrativo». En: La protección jurídica del ciudadano. Estudio en homenaje al profesor Jesús Gonzales Pérez. Tomo III, Civitas, Madrid, 1993, pág. 2353.

cial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de veinticuatro horas.

Sobre el particular cabe formular las siguientes observaciones acerca de los alcances del literal c) del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 807:

- Es inconstitucional facultar a INDECOPI a realizar inspecciones sin la previa obtención de mandato judicial en los locales de personas naturales. En el caso de personas jurídicas consideramos que es viable sustentar una interpretación extensiva en la aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio como lo reconoció categóricamente el Tribunal Constitucional español en sentencia de 17 de octubre de 1985⁽¹³⁾.



- La facultad de tomar declaraciones a las personas que en esos locales se encuentren debe respetar el derecho de defensa, la asistencia de letrado, el derecho a la intimidad y el secreto profesional.

- Es inconstitucional que INDECOPI, sin previa orden judicial, cuente con apoyo de la fuerza pública para la realización de estas inspecciones y registros. En relación al pedido de autorización judicial para el descerraje de locales cerrados es claro que el juez podrá dictar la resolución solicitada o denegarla. En este último caso, para velar que no se produzcan entradas domiciliarias arbitrarias.

- La facultad de INDECOPI de tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias tiene como límite el secreto y la inviolabilidad de las comuni-

caciones y documentos privados. De acuerdo al inciso 10 del artículo 2 de la Constitución los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

En esa misma dirección, el artículo 11 del Decreto Legislativo No. 807 modifica el literal b del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 701 -Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia- para facultar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia para inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles, prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. Asimismo, se faculta a la Comisión a retirar los del local en que se encuentren, hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro.

Cabe anotar, además de las críticas ya vertidas, que esta última norma es inconstitucional puesto que faculta sin previo mandato judicial a la Comisión de Libre Competencia para que pueda disponer la inmovilización de documentos. Esta inmovilización es una modalidad de incautación, prohibida por la Constitución en el inciso 10 de su artículo 2, puesto que se priva al administrado de la posesión efectiva de sus propios documentos.

Consideramos que las facultades de inspección e investigación de INDECOPI para encuadrarse en el marco constitucional deben respetar las siguientes garantías:

- Para la inspección de locales de personas naturales o jurídicas no sólo se requerirá de mandato judicial o el consentimiento de los ocupantes sino también una autorización expresa de la Comisión u Oficina de INDECOPI en la que conste el objeto, el fin y el alcance de la investigación, la fecha de la actuación y los funcionarios habilitados para realizarla. En consecuencia, el deber de colaboración en la Administración ha de exigirse de forma proporcionada si es verdaderamente indispensable para los fines perseguidos y debe ir precedida de la correspondiente motivación⁽¹⁴⁾.

- El levantamiento de un Acta de la Inspección, que, en su caso, se entregará al Juez que haya dictado la correspondiente orden judicial para que pueda ejercerse el control sobre las actividades realizadas por INDECOPI.

(13) Citado por: NIETO, Alejandro en: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria». En: Revista de Administración Pública, No. 112, Madrid, enero-abril 1987, págs. 16-17.

(14) SUAY RINCÓN, José. Op. cit., pág. 183.

- Las Actas de Inspección carecen de presunción de veracidad o certeza puesto que esto supondría una inversión de la carga de la prueba a favor de la Administración y en contra del administrado. En aplicación del derecho fundamental de presunción de inocencia (literal e), inciso 20, artículo 20 de la Constitución) las actas tienen un valor o eficacia que ha de medirse a la luz del principio de libre valoración de la prueba. Siempre corresponde a la Administración demostrar que se ha producido la conducta descrita en el supuesto de hecho como ilícito administrativo⁽¹⁵⁾.

- Las transcripciones de las grabaciones o filmaciones de las declaraciones realizadas ante los funcionarios de INDECOPI, que constituyen documentos públicos (artículo 4 del Decreto Legislativo No. 807), sólo tienen valor probatorio sobre los hechos y datos objetivos comprobados, careciendo de éste los juicios de valor u opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias⁽¹⁶⁾.

3. GARANTÍA DEL SECRETO DE LA INFORMACIÓN.

El artículo 6 del Decreto Legislativo No. 807 establece como garantía para los administrados que la información recibida por los órganos de INDECOPI que constituyen un secreto industrial o comercial deberá ser declarada reservada por el órgano respectivo. Asimismo, se prevé que los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el artículo 6 serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública.

Empero, consideramos que los alcances del secreto de la información no debe restringirse sólo a las calificadas como reservadas por constituir secretos comerciales e industriales, sino a todos los hechos que los funcionarios hayan tenido conocimiento en la tramitación de los expedientes administrativos. Debe reconocerse expresamente el derecho del administrado de solicitar al INDECOPI que se mantenga en secreto todos aquellos datos o documentos que consideren confidenciales formando con ellos pieza separada.

Resulta particularmente grave que el Decreto

Legislativo No. 807 en cuanto se refiere a la obtención de información prevea la posibilidad que las Comisiones, Oficinas y el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI soliciten a otras instituciones públicas los datos que ellas tengan sobre los particulares investigados y que de la misma manera se faculte a estos órganos de INDECOPI a transferir información a otros organismos públicos, siempre que no tuviera el carácter de reservada por constituir secreto industrial o comercial (artículo 3).

La exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 807 considera que: «De esta manera se favorece la colaboración al interior de los organismos del Estado y se facilita el cruce de información, de forma que los datos obtenidos sean más precisos, en orden a lograr investigaciones de mayor nivel técnico»⁽¹⁷⁾.

Teniendo en cuenta que las facultades de fiscalización, investigación e inspección del INDECOPI han sido potenciadas pudiendo acceder a todo tipo de documentos, la acumulación de esa información en bases de datos accesibles a todos los organismos públicos puede constituir un peligro grave para la libertad, seguridad e intimidad de los ciudadanos. Cabe anotar que puede vulnerarse el derecho fundamental de la persona previsto en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución a que los servicios informáticos públicos no suministren informaciones que afecten la intimidad.

Debe reconocerse como garantía del administrado que los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para los fines de defensa de la competencia como establece la legislación española⁽¹⁸⁾.

La previsión del artículo 3, del cruce de información entre organismos de la Administración Pública, no sólo es peligrosa al derecho fundamental de la intimidad, sino que en sí misma es contraria al principio de buena fe y confianza que debe existir en la relación entre la Administración y los ciudadanos.

4. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Como punto de partida debemos resaltar que la potestad administrativa de imponer sanciones no es

(15) AGUADO I CUDOLA, Vicenc. La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador. Civitas, Madrid, 1994, págs. 174 y ss.

(16) Cfr. SUAY RINCÓN, José. Op.cit., pág. 180.

(17) Exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 807. Op.cit., pág. 9.

(18) MENÉNDEZ, Aurelio. «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la Competencia». En: La protección jurídica del ciudadano. Estudio en homenaje al profesor Jesús Gonzales Pérez. Tomo I. Civitas Madrid, 1993, pág. 376.

aceptada pacíficamente por la doctrina ni por la jurisprudencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ratificado esta línea -que compartimos- en el sentido que las sanciones administrativas son una subespecie del género «sanciones punitivas». En consecuencia, los principios del debido proceso penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador. Para el TEDH, la potestad sancionadora de la Administración debería ser un monopolio judicial del Estado, pero éste por motivos pragmáticos atribuye la represión de los ilícitos de menor relevancia a la Administración⁽¹⁹⁾.

En esta línea doctrinaria, afirmamos que no existe potestad sancionadora originaria alguna en el ámbito de la Administración. Tampoco puede afirmarse que existe una potestad autónoma puesto que la Constitución reconoce la legalidad de las penas (literal d), inciso 20, artículo 2 de la Constitución) como derecho fundamental de la persona, de manera que podemos interpretar el concepto «pena» en un sentido genérico que configure como pena a las sanciones administrativas como en el Derecho alemán.

Sentadas estas consideraciones generales, analicemos los principios de la potestad sancionadora de la Administración y su aplicación en la normatividad del INDECOPI.

4.1. Principio de legalidad.

No pueden imponerse sanciones administrativas por normas inferiores al rango de ley. Como señala el Tribunal Constitucional Español es necesaria la «cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de ley» (STC 101/1988, de 8 de junio). En esa dirección años atrás en la doctrina española L. Martín Retortillo sostuvo:

«Las multas que se amparan sólo en disposiciones administrativas deben ser consideradas, sin contemplaciones, como nulas de pleno derecho»⁽²⁰⁾.

En ese sentido, resulta violatorio al principio de legalidad el literal f) del artículo 5 y el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo No. 701 que permite tipificar por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, Justicia e Industria, «otros casos de efecto equivalente» de abuso de posición dominante en el mercado y de prácticas restrictivas de la libre competencia.

4.2. Principio de tipicidad.

Vinculado estrechamente al de seguridad jurídica. La tipicidad es la descripción de la infracción y del tipo de sanción, lo que supone la exclusión de tipos abiertos y de la analogía⁽²¹⁾. Como señala Lozano⁽²²⁾, lo importante para la efectividad de este principio es que los comportamientos infractores se hallen definidos con suficiente claridad en la norma que los configura como tales «debiendo afirmarse por ello la invalidez de las cláusulas abiertas que califican como sancionable cualquier infracción a la normativa en vigor»⁽²³⁾. En consecuencia deben interpretarse restrictivamente los tipos, prohibiéndose la interpretación extensiva o analógica.

No es jurídicamente admisible que la Administración Pública pueda interpretar en forma tal los tipos sancionadores y estar ella misma creando efectivamente la infracción sancionable.

Por estas consideraciones resulta cuestionable el criterio de los funcionarios de INDECOPI que han venido interpretando que «las infracciones tipificadas no constituían una relación taxativa, sino simplemente enunciativa, pudiendo contemplarse otros casos no previstos expresamente, siempre que se enmarcaran dentro de la cláusula general del artículo 3 de las definiciones generales de abuso de posición de dominio (artículo 5) y prácticas restrictivas (artículo 6) en el Decreto Legislativo No. 701, y que tuvieran efectos equivalentes a las prácticas expresamente contempladas»⁽²⁴⁾.

(19) LOZANO, Blanca. La extinción de las sanciones administrativas y tributarias. Marcial Pons, Madrid, 1990, pág. 53.

(20) MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. «Multas administrativas». En: Revista de Administración Pública, No. 767, Madrid, 1976, págs. 43-44.

(21) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Derecho Administrativo sancionador. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pág. 128.

(22) LOZANO, Blanca. Op.cit., pág. 37.

(23) MESTRE DELGADO, Juan Francisco. «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública». En: Estudios sobre la Constitución Española. Tomo III. Civitas, Madrid, 1991, pág. 2527.

(24) Exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 807. Op.cit., pág. 10.

4.3. Principio de retroactividad benigna.

Partiendo de que los principios inspiradores de orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al procedimiento sancionador, es aplicable al Derecho Administrativo el principio según el cual las leyes sancionadas tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al administrado⁽²⁵⁾.

4.4. Prohibición del *non bis in idem*.

El *non bis in idem* supone una colisión de dos leyes, sobre un mismo hecho que puede ser sancionado por ambas. El problema que se plantea consiste en determinar si es posible aplicar o no acumulativa o sucesivamente la sanción administrativa junto con la penal⁽²⁶⁾. La jurisprudencia constitucional en España ha reconocido la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativa y penal por el mismo hecho⁽²⁷⁾. Debe cumplirse la triple identidad: sujeto, hechos y fundamento.

La consecuencia práctica de este principio es establecer un límite a la potestad sancionadora de la Administración: «la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos». Asimismo, la Administración debe «respetar, cuando actúe *a posteriori* el planteamiento fáctico que los tribunales han realizado» (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 77/1983, de 3 de octubre).

En consecuencia, consideramos que deben ser derogadas disposiciones como las del Decreto Legislativo No. 716 -Ley de Protección al Consumidor- que en su artículo 45 establece que las sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar, si los actos estuvieran tipificados como delitos por la legislación penal.

4.5. Principio de culpabilidad.

Este principio exige la concurrencia de dolo o

culpa en el autor de la infracción administrativa como requisito para imponer la sanción. Este principio es reconocido por la doctrina y jurisprudencia contencioso-administrativa española⁽²⁸⁾.

5. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE DEFENSA DEL ADMINISTRADO Y SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Nos vamos a referir a aquellos principios generales del procedimiento administrativo que se aplican o deben aplicarse en el procedimiento administrativo especial del Derecho de la Competencia, particularmente aquellos que garanticen un debido proceso dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

“El valor «eficacia», que se predica para fundamentar un régimen de prerrogativas y privilegios exorbitantes de la Administración, no respeta los principios inspiradores de naturaleza penal que en la legislación comparada sustentan el Derecho Administrativo Sancionador”

5.1. Exigencia del procedimiento mismo.

Es decir la proscripción de la vía de hecho en el accionar administrativo o de un comportamiento material de la Administración de carácter irregular que atente o lesione una libertad pública o el derecho de propiedad. En consecuencia, la Administración, para asegurar el acierto de sus resoluciones, ha de dictarlas

(25) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Op.cit., págs. 111-112.

(26) Ibidem, pág. 164.

(27) LOZANO, Blanca. Op.cit., pág. 38.

(28) Loc.cit.

siguiendo un procedimiento que se integra en una pluralidad de actos-trámite que garanticen el derecho de defensa.

En el procedimiento administrativo del Derecho de la Competencia se expresa en dos facetas: de un lado el derecho del infractor a que la actuación sancionadora de la Administración discorra por unos cauces legales establecidos previamente, y de otro lado el derecho de la otra parte a que su denuncia se atiende de manera eficaz por los órganos a cargo de la defensa de la competencia⁽²⁹⁾.

En nuestro concepto, la exigencia del procedimiento mismo se relaciona con el derecho de personación que constituye el derecho de los interesados de acceder al procedimiento administrativo, bien asumiendo la iniciativa de su incoación o incorporándose a un procedimiento en trámite. Este derecho de acceso engloba el de ser llamado al procedimiento cuando de los datos obrantes se deduzca la existencia de titulares de derechos subjetivos afectados, debiendo el órgano administrativo notificarles su tramitación. Este derecho a ser llamado está previsto en el artículo 24 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que es de aplicación supletoria en los procedimientos de Derecho de la Competencia⁽³⁰⁾.

5.2. El principio de imparcialidad.

Referido éste a un aspecto subjetivo, o sea, al deber de la Administración de actuar sin favoritismos, que tiene conexión directa con el deber de abstención y la técnica de la recusación prevista en el artículo 17 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Asimismo, este deber está previsto en el artículo 46 del Decreto Legislativo No. 807.

El principio de imparcialidad ha venido a confundirse con el derecho a un juez predeterminado por la ley (en este caso órgano administrativo predeterminado por la ley). Esta imparcialidad evidentemente no se produce en la Administración Pública, puesto que si

bien el órgano administrativo está predeterminado por la ley, está sometido a la autoridad de otros órganos jerárquicamente superiores⁽³¹⁾.

La doctrina moderna considera que la mayor imparcialidad del procedimiento administrativo sancionador se expresa en la separación del órgano competente para imponer la sanción del órgano instructor a semejanza del proceso penal⁽³²⁾.

En el Decreto Legislativo No. 807, la función de órgano de instrucción está a cargo del Secretario Técnico de la Comisión correspondiente (artículo 24) en tanto que la Comisión se pronunciará sobre la admisión a trámite de la denuncia, el dictado de las medidas cautelares, las nulidades por defectos de procedimiento, la resolución final, y la concesión o denegación de recursos impugnativos (artículo 25). En una segunda fase la Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI conocerá de las apelaciones contra las resoluciones de las Comisiones (artículo 47 que modifica el artículo 11 del Decreto Ley No. 25868).

5.3. El principio de no indefensión.

Es una manifestación en el ámbito administrativo del principio de no ser privado del derecho de defensa (inciso 14, artículo 139 de la Constitución). La indefensión en el procedimiento administrativo es la negación del derecho de defensa en todas o en algunas de sus manifestaciones esenciales⁽³³⁾. La no indefensión alcanza una mayor concreción en el plano procedimental a través de los siguientes derechos:

5.3.1. Derecho a conocer la acusación.

Uno de los principales efectos del principio de no indefensión es el derecho que tiene todo procesado a conocer la acusación que se formula contra él y los términos en que la misma se funda.

El artículo 26 del Decreto Legislativo No. 807 establece que una vez admitida a trámite la denuncia se

(29) MENÉNDEZ, Aurelio. *Op.cit.*, pág. 359.

(30) ESCRIBANO COLLADO, Pedro. «Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo». En: *La protección jurídica del ciudadano*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1993, pág. 548.

(31) IZU BELLOSO, Miguel. «Las garantías del procedimiento administrativo sancionador: Reflexiones sobre los órganos instructores». En: *La protección jurídica del ciudadano*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1993, pág. 879.

(32) SUAY RINCÓN, José. *Op.cit.*, pág. 167.

(33) ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *Op.cit.*, pág. 537.

correrá traslado de la misma al denunciado, a fin de que éste presente su descargo. A nuestro juicio, este procedimiento debiera contemplar las siguientes garantías del administrado:

- La denuncia admitida a trámite debe dar lugar a la formulación de un pliego de cargos en el que se precisarán los hechos imputados y su calificación jurídica a los efectos de defensa del procesado⁽³⁴⁾. En nuestro procedimiento el órgano instructor se limita a correr traslado de la denuncia, aunque cuando el procedimiento es de oficio se notifica al denunciado los hechos materia de investigación, así como la tipificación y descripción de la presunta infracción (artículo 26 del Decreto Legislativo No. 807).

En consecuencia, la Comisión y el Tribunal sólo podrán resolver acerca de las conductas anticompetitivas de las que se haya denunciado al procesado por ser el único acto acusatorio que se notifica a la parte para que pueda contestarlo y defenderse oportunamente.

5.3.2. Derecho de recurribilidad universal de los actos.

Supone la accionabilidad contra todo acto definitivo: frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo y directo, procede la interposición de una reclamación para que se revoque o modifique el acto impugnado y se suspendan sus efectos (artículo 5 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos).

Consideramos que este derecho es lesionado por el artículo 38 del Decreto Legislativo No. 807 cuando establece que la interposición de recursos impugnativos no procede contra la resolución que impone medidas cautelares ni contra cualquier otra resolución que no ponga fin a la instancia. Sólo se admite que el afectado pueda solicitar ante la propia Comisión su modificación o levantamiento, si aporta nuevos elementos de juicio que lo justifiquen. Coincidimos plenamente con Rebollo cuando sostiene que:

«Por el contrario es perfectamente posible que, tras una medida provisional por completo improcedente, se produzca una resolución conforme al

ordenamiento (...) y, aun sin eso, que los vicios de una y otra no tengan ninguna conexión, de manera que intentar hacer valer los defectos de la medida provisional cuando se impugna la resolución final será de ordinario absurdo. Negar por tanto, la posibilidad de un recurso autónomo es negar el control de esta actividad de la Administración y el acceso a la justicia, produciendo indefensión, máxime cuando las medidas provisionales son ejecutivas y ejecutorias, desplegando inmediatamente sus efectos sobre el administrado»⁽³⁵⁾.

5.3.3. Derecho de acceso al expediente.

Si bien no está desarrollado o regulado en el Procedimiento Único del Decreto Legislativo No. 807 es de aplicación supletoria la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos que, en esta materia, se reconoce el derecho de los interesados que son parte del proceso de solicitar que se les expida copia literal de actuaciones contenidas en el expediente (artículo 55). Este derecho es básico para que el administrado pueda conocer los motivos o pruebas de la acusación.

5.3.4. Derecho de audiencia de los interesados.

Una de las manifestaciones más importantes del derecho de defensa es la necesidad que sea contradictorio, o que se aplique el denominado principio de contradicción. Consiste fundamentalmente en que las partes puedan dar a conocer, en el curso del procedimiento, sus puntos de vista en torno a las acusaciones que han sido planteadas⁽³⁶⁾. De esta manera se concede al administrado un plazo prudencial para que pueda formular alegaciones rebatiendo los cargos que se le imputan.

En primer lugar, se concede un plazo de cinco días para presentar los descargos por escrito sobre la denuncia presentada en su contra (artículo 26 del Decreto Legislativo No. 807).

En segundo lugar, la proposición y práctica de pruebas constituye otro aspecto sustancial del derecho de defensa de los interesados en el procedimiento administrativo. De este modo, el artículo 31 del Decreto

(34) Como en la legislación española de Defensa de la Competencia. Cfr. MENÉNDEZ, Aurelio. Op.cit., pág. 362.

(35) REBOLLO PUIG, Manuel. «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo». En: La protección jurídica del ciudadano. Tomo I. Civitas, Madrid, 1993, pág. 709.

(36) MENÉNDEZ, Aurelio. Op.cit., pág. 362.

Legislativo No. 807 establece que las partes podrán ofrecer los siguientes medios probatorios: pericia, documentos e inspección. Excepcionalmente, podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas, sólo si a criterio del Secretario Técnico o de la Comisión, éstas revistan especial importancia para la resolución del caso.

En tercer lugar, vencido el plazo para presentar el descargo o actuadas las pruebas que fueren necesarias, el Secretario Técnico pondrá en conocimiento de la Comisión todo lo actuado. Si de la revisión de la información presentada la Comisión considera necesario contar con mayores elementos de juicio, le indicará al Secretario Técnico que notifique a las partes a fin de que se absuelvan las observaciones que se establezcan en un plazo que aquélla determine, o que actúe las pruebas de oficio que considere necesarias (artículo 34 del Decreto Legislativo No. 807). La norma prevé que las partes deberán absolver las observaciones por escrito, acompañando los medios probatorios que consideren convenientes. En nuestro concepto, se garantiza el derecho de audiencia de los interesados en esta fase del procedimiento pero de manera insuficiente, puesto que actuadas las pruebas debe disponerse de un nuevo plazo para que las partes valoren las pruebas que se practiquen y puedan alegar cuanto estimen conveniente.

En cuarto lugar, el artículo 35 del Decreto Legislativo No. 807 establece que una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante ésta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la importancia y trascendencia del caso. Consideramos que la posibilidad de pronunciarse sobre lo que han alegado otros interesados y sobre las actuaciones practicadas por la propia Administración, presupuesto todo ello de la posterior decisión administrativa, es justamente el objeto de la audiencia que se refiere ya al expediente completo y no a partes del mismo⁽³⁷⁾. En consecuencia, estimamos que si se hubiera resuelto la no realización del informe oral debe concederse a los interesados un plazo para formular conclusiones.

Finalmente, debemos anotar que sería necesari-

rio normar el derecho de audiencia al interesado antes de acordar la medida cautelar como se ha establecido expresamente en la legislación española de Derecho de la Competencia. Así se garantiza el acierto en la adopción y elección de la medida provisional⁽³⁸⁾.

5.3.5. Derecho a obtener una resolución.

Uno de los derechos de la defensa, que podemos considerar como fundamentales, es el derecho a que el procedimiento concluya con una resolución del órgano competente, basada en Derecho⁽³⁹⁾. En la legislación del INDECOPI se establece como único modo de terminación del procedimiento la resolución administrativa del Tribunal (artículo 16 del Decreto Ley No. 25868). Consideramos que la resolución administrativa debe ser necesariamente motivada, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional español que se pronuncia por la invalidez de las resoluciones administrativas que no motivan la decisión adoptada. Este criterio es aplicable en el Perú si invocamos el principio de motivación de las resoluciones judiciales (inciso 5, artículo 139 de la Constitución) de manera extensiva al procedimiento administrativo. Como señala Escribano: «La motivación de las resoluciones administrativas constituye, pues, la última manifestación del respeto por la Administración del derecho de defensa de los interesados»⁽⁴⁰⁾.

5.4. Principio de presunción de inocencia.

De base constitucional en el derecho fundamental de la persona previsto en el literal e), inciso 20 del artículo 2. Siendo de aplicación los principios del Derecho Penal al Procedimiento Administrativo Sancionador resulta obligatorio admitir que la presunción de inocencia es aplicable en el Derecho Administrativo Sancionador. La postura en contrario es un arcaísmo que ataca el principio *indubio pro reo*: hay que probar la comisión del hecho y la responsabilidad del autor. La carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su inocencia⁽⁴¹⁾.

En consecuencia, consideramos una distorsión

(37) ESCRIBANO COLLADO, Pedro. Op.cit., pág. 549.

(38) REBOLLO PUIG, Manuel. Op.cit., págs. 699-700.

(39) MENÉNDEZ, Aurelio. Op.cit., pág. 366.

(40) ESCRIBANO COLLADO, Pedro. Op.cit., pág. 550.

(41) CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Op.cit., pág. 209.

del procedimiento administrativo sancionador la aplicación de la rebeldía con sus efectos de presunción legal relativa de la verdad de los hechos denunciados que es propia del Derecho Procesal Civil. La rebeldía está prevista en el artículo 26 del Decreto Legislativo No. 807 cuando vencido el plazo para la presentación del descargo el denunciado no lo hubiera presentado.

5.5. El principio de subordinación al control judicial.

La posibilidad de revisión en sede judicial de la resolución definitiva del Tribunal del INDECOPI se configura como un derecho complementario a los derechos de defensa. A través de la impugnación judicial se consigue un control de la legalidad de los actos administrativos de los órganos de defensa de la competencia y de su potestad sancionadora⁽⁴²⁾. De este modo, se garantiza el derecho a tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución de 1993.

La ejecutividad y ejecutoriedad de la sanción administrativa, que significa la potestad de la Administración de ejecutar por sí e inmediatamente sus propios actos, es reconocida al INDECOPI en el artículo 64 del Decreto Legislativo No. 807 que modifica el artículo 17 del Decreto Ley No. 25868. Esta norma establece que las resoluciones emitidas por las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos administrativos que la ley le otorga. Asimismo, establece que únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por algún órgano funcional del INDECOPI cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Corte Suprema del Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución impugnada.

Para la moderna doctrina administrativista la interposición de la acción contencioso-administrativa debe suspender automáticamente los efectos del acto administrativo sancionatorio. En este sentido, María Gracia Rubio, en posición que compartimos, sostiene:

«...de no admitirse la suspensión automática de las sanciones administrativas al ser éstas impugnadas se caería en el absurdo de tratar más benignamente

al acusado de una infracción administrativa: puesto que al primero no se le impone la pena mientras la sanción no es firme»⁽⁴³⁾.

La regla de la no suspensión inmediata de los efectos de la resolución lesiona el derecho de presunción de inocencia y el de tutela jurisdiccional. En esa misma dirección, Lozano⁽⁴⁴⁾ sostiene:

«... como señala Santa María Pastor, si bien es cierto que el privilegio de decisión ejecutoria puede hallarse justificado en determinados supuestos, como en el caso de medidas cautelares (por ejemplo, orden de paralización de una fábrica que produce vapores tóxicos), carece totalmente de razón de ser en el caso de las sanciones pecuniarias no entrañando ningún riesgo para el interés público la suspensión».

De otro lado, la ejecución de lo resuelto por algún órgano funcional del INDECOPI puede ser suspendida mediante una medida cautelar en un procedimiento de acción de amparo si el afectado se considera lesionado en sus derechos fundamentales. Por tanto, el artículo 17 del Decreto Ley No. 25868 debiera decir que lo resuelto por algún órgano funcional del INDECOPI se suspenderá por mandato del Tribunal, o en su caso, medida cautelar expresa del Poder Judicial.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El presente estudio ha desarrollado un enfoque crítico del Decreto Legislativo No. 807 desde una perspectiva liberal de defensa de los derechos fundamentales de la persona. El valor «eficacia», que se predica para fundamentar un régimen de prerrogativas y privilegios exorbitantes de la Administración, no respeta los principios inspiradores de naturaleza penal que en la legislación comparada sustentan el Derecho Administrativo Sancionador. Esta situación se agrava con un régimen de multas desproporcionado que debe ser modificado para respetar el marco constitucional vigente.

Los autores del Decreto Legislativo No. 807 han afirmado en su exposición de motivos que el nuevo régimen de inspección y de sanción del INDECOPI tiene como finalidad otorgarle una mayor capacidad de acción y generar un efecto disuasorio de las conductas anticompetitivas en base a la aplicación de una

(42) MENÉNDEZ, Aurelio. Op.cit., pág. 370.

(43) RUBIO, María Gracia. «Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso *Otzürk*». En: Revista de Administración Pública, No. 104, Madrid, mayo-agosto 1984, pág. 388.

(44) LOZANO, Blanca. Op.cit., págs. 69-70.

racionalidad costo-beneficio que deben internalizar los empresarios⁽⁴⁵⁾. Se invoca conceptos del Análisis Económico del Derecho para fundamentar un régimen de multas que pueden, en caso del incumplimiento de las resoluciones del INDECOPI, duplicar sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta. Así, se vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones hasta un extremo potencialmente confiscatorio. Se mantiene la vaguedad de la tipicidad de las infracciones admitiendo que se puede imponer sanciones en base a cláusulas como las previstas en el Decreto Legislativo No. 701. No se respeta el principio *non bis in idem* admitiéndose la posibilidad de doble sanción por un mismo ilícito administrativo y penal. Se llega al extremo de sancionar con multas desproporcionadas a quien «sin justificación incumpla los requerimientos de información que se haga» (artículo 5 del Decreto Legislativo No. 807). El deber de cola-

boración con la Administración es extremado al límite de la autoinculpación.

En resumen, se ha asignado al INDECOPI un conjunto de prerrogativas y privilegios represivos y exorbitantes propios del sistema penal del Antiguo Régimen, autoritario e incompatible con el Estado de derecho liberal. Nuestro estudio pretende que se llame a la reflexión para su inmediata modificación de modo que el INDECOPI se constituya en un organismo de servicio público de una Administración dialogante y democrática. Finalmente, recordamos a nuestros amigos del INDECOPI, con quienes compartimos su preocupación por la defensa de la competencia, un dato del desdeñado Derecho Constitucional que es un hábito de aire fresco de liberalismo puro: «No debe exigirse una excesiva fianza, ni imponerse multas cuantiosas, ni infligirse castigos crueles o no acostumbrados» (punto noveno de la Declaración de Virginia de 1776).☞

(45) Exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 807. Op.cit., págs. 12-13. Con este enfoque económico de la conducta humana se pretende un «mercado de las sanciones» con el cumplimiento de las normas competitivas para evitar el costo de las multas exorbitantes frente a los beneficios que la infracción genera.