

Lineamientos de

VISITAS DE INSPECCIÓN

Participaron en la elaboración o revisión del presente documento los siguientes integrantes de la **Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:**

Jesús Eloy Espinoza Lozada – *Secretario Técnico*

Sebastián Alonso López Aldana – *Especialista 1 (Responsable principal)*

Waldo Borda Gianella – *Especialista*

Silvia Vania Cruz Dorrego – *Asesor Legal*

David Fernández Flores – *Asesor Legal*

Diego Reyna García – *Coordinador Legal*

Documento aprobado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

María del Pilar Cebrecos González

Presidenta de la Comisión

Raúl Lizardo García Carpio

Miembro de la Comisión

Lucio Andrés Sánchez Povis

Miembro de la Comisión

Diagramación y diseño: Bruno Román Bianchi

Síguenos en #IndecopiOficial



www.indecopi.gob.pe



Lineamientos de

VISITAS DE INSPECCIÓN

GLOSARIO

Para efectos de los presentes Lineamientos, se utilizarán las definiciones señaladas a continuación:

Término	Significado
Agente económico	Cualquiera de los sujetos definidos como tales por el artículo 2 de la Ley de Libre Competencia.
Cártel	<p>Práctica colusoria horizontal sobre la que recae una prohibición absoluta, de conformidad con lo establecido por el artículo 11.2 de la Ley de Libre Competencia.</p> <p>Estas infracciones consisten en acuerdos entre agentes competidores para limitar entre sí la competencia sobre precios, cantidades o condiciones de comercialización de sus productos, incluyendo restricciones a la competencia en procesos de selección públicos.</p> <p>También se consideran bajo esta definición las decisiones o recomendaciones emitidas en el marco de asociaciones gremiales que tienen el mismo objeto o efecto, lesionando de manera directa, y sin justificación alguna, los intereses de los consumidores.</p>
Comisión	La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.
Constitución	Constitución Política del Perú de 1993.
Deber de colaboración	Conjunto de obligaciones que los administrados deben observar en el marco de una visita de inspección, procurando facilitar el ejercicio de las facultades de investigación de la autoridad.
Facultades de investigación	<p>Conjunto de potestades conferidas legalmente a la Secretaría Técnica con el objetivo de obtener elementos de juicio sobre una posible infracción anticompetitiva.</p> <p>Las visitas de inspección sobre los establecimientos de los agentes económicos forman parte de las facultades de investigación.</p> <p>Para efectos de los presentes Lineamientos se utilizarán indistintamente los términos facultades de investigación, control, supervisión, inspección, fiscalización o vigilancia, debido a su identidad sustancial.</p>
Lineamientos	Los presentes Lineamientos de Visitas de Inspección.

ICN	International Competition Network, foro que agrupa a distintas autoridades de competencia a nivel mundial.
Indicios razonables	Conjuntos de elementos de juicio que permiten acreditar, a nivel indiciario, la comisión de una infracción susceptible de sanción, sustentando el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
Indecopi	El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
Ley de Libre Competencia	Decreto Supremo No. 030-2019-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
Ley de Organización y Funciones del Indecopi	Decreto Legislativo No. 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi.
LPAG	Decreto Supremo No. 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
Sanciones	Medidas de carácter punitivo y pecuniario que la Comisión -o Sala- puede imponer a los agentes económicos como resultado de una infracción a la Ley de Libre Competencia.
Secretaría Técnica	La Secretaría Técnica de la Comisión.
Tribunal; Sala	La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. LA IMPORTANCIA DE LAS VISITAS DE INSPECCIÓN EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA

Conforme al artículo 61 de la Constitución, el Estado se encuentra obligado a facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica ilícita que la limite o restrinja¹. La protección de la libre competencia constituye entonces un principio esencial que orienta el régimen económico del país, toda vez que un mercado en condiciones competitivas permite el ingreso e interacción de múltiples oferentes, derivando a su vez en una correcta asignación de recursos y en distintos beneficios a favor de los consumidores y la sociedad.

Sin embargo, los beneficios asociados a la libre competencia pueden ser distorsionados mediante distintas conductas desplegadas por los agentes económicos con el objetivo de obtener ventajas que no obtendrían en un mercado competitivo, de modo que resulta indispensable que el Estado persiga y sancione estas conductas anticompetitivas². Partiendo de esta premisa, la Ley de Libre Competencia es la norma nacional que desarrolla el mandato constitucional previamente reseñado, cuya finalidad radica en sancionar las prácticas anticompetitivas que atenten contra el libre desenvolvimiento del mercado y promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores³.

Paralelamente, el ordenamiento jurídico establece que la autoridad encargada de proteger el proceso competitivo y sancionar las conductas anticompetitivas -el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias- es el Indecopi⁴, a través de la Comisión y la Secretaría Técnica⁵. La Comisión es el órgano de primera instancia competente para conocer y resolver los procedimientos sancionadores por infracciones a la libre competencia, imponiendo de ser el caso las sanciones y medidas correctivas correspondientes⁶.

Por su parte, la Secretaría Técnica tiene principalmente a su cargo la labor de instrucción e investigación de posibles conductas anticompetitivas. Así, dicho organismo cuenta con distintas e importantes potestades para efectuar estas actuaciones, dentro de las que destacan las denominadas facultades de investigación, fiscalización o inspección.

1 Constitución Política del Perú

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...).

2 Sobre el rol tutivo estatal contenido en el artículo 61 de la Constitución, la Sala indica que *"El Estado tiene la obligación de tutelar la libre competencia, vía la facilitación (activamente) y la vigilancia (sancionatoriamente) del proceso competitivo, siendo este último el bien jurídico objeto de protección"*. Cfr. Resolución No. 1263-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, recaída en el Expediente No. 10-2007/CLC.

3 Ley de Libre Competencia

Artículo 1. Finalidad de la presente Ley -

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

4 Ley de Organización y Funciones del INDECOPI

Artículo 2. Funciones del INDECOPI.-

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de: (...)

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva; (...).

5 Con excepción de aquellas infracciones realizadas en el mercado del servicio público de telecomunicaciones, en cuyo caso la autoridad competente es el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel, conforme a lo previsto por el artículo 17 de la Ley de Libre Competencia.

6 Las decisiones emitidas por la Comisión pueden ser apeladas ante la Sala, órgano resolutorio en segunda y última instancia administrativa. En consecuencia, las resoluciones de la Sala causan estado y únicamente son impugnables a través de la interposición de una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial.

En el marco de las potestades de control y vigilancia de la Administración Pública, las funciones de investigación comprenden al conjunto de actividades llevadas a cabo con el objetivo de verificar si las conductas de los administrados se adecúan al ordenamiento jurídico⁷. Entre estas técnicas gozan de especial relevancia las visitas de inspección, por medio de las cuales los representantes de la autoridad acuden con o sin previa notificación a los establecimientos de los administrados, a fin de verificar *in situ* el desarrollo de sus actividades comerciales y acceder a la documentación, registros y bienes que se encuentren en aquellas instalaciones.

Las visitas de inspección adquieren especial relevancia en sede de libre competencia, contando con un rol fundamental para que la autoridad cumpla idóneamente su rol de detección de conductas anticompetitivas (especialmente respecto a los denominados "cárteles", considerados unánimemente por la doctrina económica y jurídica como las conductas más lesivas y dañinas contra la competencia)⁸. Al respecto, entre los principales factores que conllevan que la labor de fiscalización de las agencias de competencia resulte tan ardua y compleja destaca eminentemente la naturaleza clandestina de los cárteles.

En efecto, tratándose de infracciones que versan sobre aspectos comerciales sensibles y de alta relevancia para los agentes económicos, estas conductas anticompetitivas son usualmente planeadas, dirigidas y realizadas por sujetos altamente calificados y racionales, quienes a su vez cumplen un rol primordial dentro de la toma de decisiones de dichas empresas (gerentes, directores y ejecutivos de alto rango, entre otros).

Al ser conscientes de la ilegalidad de sus actos, estos sujetos adoptarán distintas medidas para evitar dejar rastro de dichos ilícitos, pues prevén la posibilidad de una potencial investigación por parte de la autoridad. Así, por lo general las pruebas de tales infracciones no se plasmarán en medios escritos ni se contará con un registro de dichas actividades, con lo cual la evidencia de estos ilícitos suele ser escasa o hasta inexistente⁹.

Como resultado de ello, los cárteles y otras conductas anticompetitivas se caracterizan por su clandestinidad y secretismo, hecho que determina que, al pertenecer al fuero interno de las empresas (bajo estricto control de unos cuantos sujetos), exista un alto riesgo de que las pruebas que acrediten su realización sean alteradas, ocultadas o incluso fácilmente destruidas¹⁰. Esta situación se torna más grave pues, a diferencia de otros ámbitos en los que las labores de inspección de las autoridades tienen por objeto verificar que los administrados cumplan un deber legal de contar con determinada documentación (calificando como infracción la no tenencia de tal información)¹¹, ello claramente no ocurre en el caso de las agencias de libre competencia, cuyas funciones, reiteramos, se orientan a conseguir medios probatorios predominantemente secretos y de muy difícil hallazgo¹².

7 MACERA define a la función de inspección como aquella "actividad material e instrumental en la que un agente de la autoridad, debidamente habilitado por un acto administrativo, puede irrumpir o penetrar en el ámbito privado de una empresa industrial para comprobar y verificar si la actividad realizada se adecúa a la legalidad, todo ello sin necesidad de autorización judicial". Cfr. MACERA, Bernard Frank, "La problemática de la asunción de la inspección administrativa por entidades privadas (especial referencia al sistema de vigilancia ambiental de las actividades industriales)", en *El Derecho administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Coord. SOSA WAGNER, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1606.

8 Los "cárteles duros" se caracterizan por constituir restricciones esenciales sobre factores competitivos relevantes, por lo que es indudable que estas conductas no generan beneficios sociales ni económicos. Así, existe consenso en que estas infracciones deben someterse a las reglas de una prohibición absoluta. Al respecto, revisar OCDE, *Competition Committee. Fighting Hard Core Cartels: Hard, Effective Sanctions and Leniency*, 2002, pp. 75-76.

9 La OCDE reconoce esta situación, precisando que "los cárteles plantean un problema especial a las autoridades de competencia, ya que ellos operan en secreto y sus miembros usualmente no cooperan en las investigaciones que sobre sus acciones llevan a cabo las autoridades". En: OCDE, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*, 2006, p. 18 (traducción libre).

10 Al respecto, el Tribunal General de la Unión Europea ha señalado que "es habitual que las actividades que comportan las prácticas y acuerdos contrarios a la competencia se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un Estado tercero y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo". Sentencia recaída en el Asunto T-439/07 del 27 de junio de 2012.

11 Pléñese por ejemplo en una inspección municipal dirigida a corroborar la observancia de las normas de funcionamiento de un establecimiento comercial (contar con la Licencia de Funcionamiento y el Certificado ITSE correspondiente), autorizaciones que son de obligatorio cumplimiento y constan en documentos que deben necesariamente exhibirse en un lugar visible del local.

12 Sobre este punto, SCORDAMAGLIA indica que un cartel se distingue por los obstáculos para acceder a la evidencia incriminatoria. Para este autor, "(...) en vista de los crecientes avances tecnológicos de hoy, la detección de pruebas se ha dificultado, mientras que los cartelistas conservan el control total sobre su existencia y su eliminación. Más aún, independientemente de su carácter clandestino, los cárteles son difíciles de probar debido a sus características variables y mutantes (...). Estas características específicas imponen un umbral casi imposible para que las autoridades de competencia prueben en detalle una infracción y puedan imponer una sanción apropiada que refleje la participación real de los cartelistas". SCORDAMAGLIA, Andreas, "Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees". En: *The Competition Law Review*, No. 7, 2010, p. 7 (traducción libre).

La complejidad asociada a la probanza de las prácticas anticompetitivas determina que las visitas de inspección sean una herramienta clave para esclarecer los hechos controvertidos y descubrir evidencias sobre tales infracciones. En efecto, el carácter sorpresivo de estas visitas permite que la autoridad acuda a las instalaciones de las empresas sin previo aviso, posibilitando que accedan inmediatamente a determinada documentación y disminuyendo la probabilidad de que esta sea modificada, ocultada o eliminada. A su vez, la versatilidad e inmediatez de estas diligencias permite a los inspectores revisar o copiar aquella información que resultaría relevante para la investigación, así como formular distintas consultas o interrogantes a los colaboradores del agente económico.

En el ámbito internacional, la OCDE reconoce a las visitas de inspección como uno de los instrumentos más adecuados e importantes para la lucha contra las conductas anticompetitivas¹³, incrementando su posibilidad de detección y reforzando la capacidad de disuasión de las autoridades de competencia en todo el mercado¹⁴.

Tal importancia también ha sido subrayada por la Sala, destacando su carácter determinante para obtener pruebas e impedir que estas sean destruidas¹⁵:

"Las visitas de inspección sin notificación previa y el acceso inmediato a la documentación (física, magnética, electrónica, así como de cualquier otra índole) que se encuentre en el local de los administrados durante tal diligencia, constituyen dos de las principales herramientas de la autoridad para identificar o encontrar evidencias de conductas anticompetitivas como, por ejemplo, acuerdos de precios entre competidores (colusiones horizontales).

En efecto, dentro de la actividad de detección y represión de cárteles, los mecanismos antes señalados permiten a la autoridad obtener medios probatorios para el inicio de un procedimiento y, de esta forma, en muchos casos, acceder a evidencia respecto a la existencia de un acuerdo entre competidores. Por ende, guarda sentido que el legislador haya previsto estas atribuciones como parte de las facultades de la Secretaría Técnica para realizar investigaciones". (Subrayado añadido).

En este punto es necesario precisar que, si bien las visitas de inspección resultan particularmente relevantes para detectar casos de cárteles, ello no obsta para que estas diligencias puedan ser utilizadas exitosamente por la Secretaría Técnica en el marco de investigaciones referidas a otra clase de conductas anticompetitivas. Ello pues la Ley de Libre Competencia no limita el ejercicio de estas funciones de investigación a los casos de cárteles ni excluye su ejecución frente a infracciones distintas, pudiendo emplearse en los supuestos en los que la Secretaría Técnica lo estime pertinente.

Por el contrario, tanto la casuística internacional¹⁶ como la experiencia nacional ratifican la importancia de las visitas de inspección para detectar todo tipo de conductas anticompetitivas. A modo de ejemplo, en una investigación seguida en el mercado de cementos, las visitas de inspección desplegadas por la Secretaría Técnica le facilitaron el acceso a diversos correos electrónicos que evidenciaban la existencia de una práctica colusoria vertical entre las empresas investigadas, bajo la modalidad de negativa concertada e injustificada de venta (entre otras restricciones anticompetitivas). Estas pruebas fueron determinantes para posteriormente responsabilizar a tales agentes económicos por incurrir en dicha infracción, sanción que fue ratificada en última instancia por el Poder Judicial¹⁷.

¹³ Para este organismo, "los operadores de un cártel son conscientes de la ilegalidad de sus conductas, por lo que ejecutan sus conspiraciones en secreto. En algunos casos inclusive conciben esquemas complejos para llevar a cabo sus acuerdos (...). Así, atendiendo a las peculiaridades de este tipo de conductas anticompetitivas, se requieren métodos especiales de investigación para combatirlos". Cfr. OCDE, *Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead*, Catálogo de la OCDE, París, 2003, p. 20 (traducción libre).

¹⁴ De modo complementario, la ICN destaca la necesidad de contar con facultades de investigación eficaces, especialmente en lo que respecta a la persecución de los cárteles. Revisar: ICN, *Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective institutions. Effective Penalties*, ICN Working Group on Cartels, Conferencia en Bohn, Alemania, 8 de junio de 2005.

¹⁵ Resolución No. 0486-2017/SDC-INDECOPI del 17 de agosto de 2017, recaída en el Expediente No. 001-2013/CLC.

¹⁶ Sobre este punto, revisar la Sentencia 1507/2016 del 6 de abril de 2016 del Tribunal Supremo de España, la cual validó la legalidad de una inspección sobre un acuerdo vertical entre un productor y sus distribuidores, para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de motocicletas.

¹⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Superior del 5 de enero de 2018 recaída en Expediente No. 2873-2015.

De lo expuesto se desprende que las potestades inspectoras –y concretamente, las visitas de inspección– son una herramienta fundamental para la Secretaría Técnica, pues su rapidez y carácter sorpresivo le permiten obtener evidencias sobre la existencia de una conducta anticompetitiva, identificando a los sujetos responsables de aquellas infracciones y facilitando la labor de detección y eventual sanción por parte de la autoridad. Estas facultades deben a su vez resultar lo suficientemente eficaces, a fin de generar en los agentes económicos la convicción de que su actuación en el mercado es rigurosamente fiscalizada.

Dadas estas particularidades, las visitas de inspección constituyen también una labor compleja que acarrea la ejecución de numerosas actividades por parte de la Secretaría Técnica, las cuales inciden directamente sobre la esfera privada de los agentes económicos. Bajo esta consideración, y en la medida que el ejercicio de toda potestad debe ser justificado y tener un fundamento legal, es necesario garantizar que dichas actuaciones no resulten arbitrarias o desproporcionadas, sometiéndose al ordenamiento jurídico vigente.

Teniendo en cuenta ello, así como la necesidad de que los administrados observen también distintas obligaciones en el marco de estas diligencias, resulta conveniente establecer una serie de lineamientos vinculados al objeto, alcance y límites de las visitas de inspección ejecutadas por la Secretaría Técnica, a fin de orientar a los inspeccionados sobre su desenvolvimiento y derechos en el transcurso de estas actuaciones. Lo anterior, atendiendo también a la importancia de garantizar la eficacia de las funciones de investigación de la Secretaría Técnica y proteger el bien jurídico constitucional de la libre competencia.

Partiendo de esta premisa, los presentes Lineamientos tienen por objetivo dotar de mayor transparencia y delimitar el ámbito de actuación de la Secretaría Técnica en el marco de una visita de inspección, describiendo sus principales características y particularidades, así como los derechos y obligaciones de los agentes económicos que se encuentren sometidos a estas diligencias.

Para tal fin, y a modo de exposición de motivos, a continuación se desarrollan los fundamentos que sustentan la publicación de los presentes Lineamientos y rigen su vigencia, en concordancia con la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia.

II. REGULACIÓN DE LAS VISITAS DE INSPECCIÓN

II.1 Regulación extranjera

La regulación de la libre competencia se caracteriza por otorgar a sus respectivas autoridades distintos poderes de investigación e inspección, a fin de descubrir conductas anticompetitivas. Si bien las características de estas potestades pueden diferir en función de la política institucional de cada país, actualmente existe consenso sobre la importancia de que las agencias de competencia cuenten con facultades de investigación suficientemente rigurosas e idóneas para tutelar el correcto funcionamiento del mercado.

En tal sentido, y a efectos de contar con referencias básicas sobre los alcances de estos sistemas, a continuación se enuncian las principales facultades de inspección de ciertas autoridades de competencia extranjeras, haciendo especial énfasis en aquellos ordenamientos que compartan una tradición jurídica similar a la de nuestro país.

a) Unión Europea

Sin perjuicio del régimen de inspecciones en sede de libre competencia aplicable a cada país de la Unión Europea, la Comisión Europea¹⁸ también cuenta con facultades para realizar visitas de inspección en los estados miembros. Esta potestad se encuentra recogida en el Reglamento CE No. 1/2003, vinculado a la aplicación de las normas de competencia en el mercado común europeo.

Así, el artículo 20 de dicho Reglamento contempla la posibilidad de realizar visitas de inspección como resultado de un mandato emitido por la Comisión Europea, la cual cuenta con las siguientes facultades¹⁹:

- i. Acceder a todos los locales y medios de transporte de los agentes investigados.
- ii. Examinar libros y cualquier documentación profesional, independientemente de su soporte.
- iii. Obtener copias o extractos en cualquier formato de aquella información.
- iv. En caso sea necesario, colocar precintos en cualquiera de los locales o documentación de la empresa.
- v. Solicitar explicaciones sobre hechos o documentos vinculados al objeto y finalidad de la inspección, dejando constancia de las respuestas ofrecidas.

¹⁸ Dicha entidad es un organismo ejecutivo de la Unión Europea encargado de proponer normas comunitarias y supervisar su cumplimiento. Cfr.: <https://bit.ly/2qgHFU9>, revisado por última vez el 7 de abril de 2020.

¹⁹ **Reglamento (CE) No. 1/2003**

Artículo 20. Poderes de la Comisión en materia de inspección.-

1. Para la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento, la Comisión podrá proceder a cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas.
2. Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección estarán facultados para:
 - a) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas;
 - b) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material;
 - c) hacer u obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación; d) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección;
 - e) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Por otra parte, dicho artículo señala también que en ciertos supuestos los agentes inspectores ejercerán sus poderes previa presentación de una orden de investigación, la cual debe recoger una serie de requisitos mínimos. Entre ellos, dicho documento deberá indicar el objeto y finalidad de la inspección, así como las posibles sanciones ante eventuales incumplimientos²⁰.

De modo complementario, la regulación comunitaria prevé también que las oficinas de competencia de los países miembros podrán colaborar en las inspecciones de la Comisión Europea (o de otro Estado miembro), actuando en nombre y por cuenta de dicha autoridad en los términos regulados por el Reglamento CE No. 1/2003.

Se verifica entonces que la autoridad comunitaria cuenta con amplias facultades de inspección, pudiendo acceder a los establecimientos de las empresas y requerir la presentación de los documentos que estime necesarios para la investigación, bastando para ello la exhibición de la decisión de la Comisión Europea. Correlativamente, los agentes económicos deberán someterse a las inspecciones y colaborar activamente con los funcionarios inspectores, bajo riesgo de imponérseles una sanción.

Finalmente, y a efectos de aumentar la eficacia de sus actuaciones y dotarlas de mayor transparencia, la Comisión Europea ha publicado distintas guías informativas de buenas prácticas en las que se describen y detallan una serie de aspectos vinculados a los poderes de inspección de la autoridad, así como a las formas en las que se desenvuelven estas diligencias y la extensión de dichas facultades²¹.

b) España

En el caso español la autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento de la regulación de libre competencia²² es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la CNMC), conforme a las atribuciones conferidas mediante la Ley No. 3/2013, Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²³.

De acuerdo con estas disposiciones, y en concordancia con la normativa comunitaria, la CNMC se encuentra facultada para acceder a cualquier local o establecimiento de las empresas sometidas a la investigación. Una vez realizado dicho ingreso, los inspectores de la CNMC podrán solicitar, verificar y copiar toda la información necesaria para determinar la posible configuración del ilícito anticompetitivo investigado (libros, ordenadores y cualquier otro documento), así como interrogar a los empleados o representantes de las empresas investigadas, entre otras facultades²⁴.

20 Reglamento (CE) No. 1/2003

Artículo 20. Poderes de la Comisión en materia de inspección.- (...)

3. Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección ejercerán sus poderes previa presentación de un mandamiento escrito que indique el objeto y la finalidad de la inspección, así como la sanción prevista en el artículo 23 para el supuesto en que los libros u otros documentos profesionales requeridos se presenten de manera incompleta y en caso de que las respuestas a las preguntas formuladas en aplicación del apartado 2 del presente artículo sean inexactas o desvirtuadas. La Comisión advertirá de la misión de inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se haya de llevar a cabo la misma con suficiente antelación.

4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección.

21 Para mayor información, revisar el siguiente enlace (visitado por última vez el 7 de abril de 2020): <https://bit.ly/Vn7vDC>

22 Contendida principalmente en la Ley No. 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia.

23 Cabe precisar que la CNMC fue creada en el año 2013 con ocasión de la integración de seis organismos reguladores españoles, entre los que se encontraba la antigua Comisión Nacional de Competencia.

24 Ley No. 3/2013, Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Artículo 27. Facultades de inspección.-

1. El personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta Ley.

2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

a) Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.

b) Verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate, cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.

Por consiguiente, en el transcurso de la inspección los agentes de la CNMC podrán requerir todo tipo de información y explicaciones necesarias para el objeto de la investigación, debiendo los investigados someterse a estas diligencias y evitar cualquier acto que pueda suponer una obstrucción de su desarrollo.

Por su parte, para llevar a cabo una visita de inspección bastará que los representantes de la CNMC presenten la autorización escrita del Director de Investigación, contenida en la orden de inspección correspondiente²⁵.

Finalmente, en caso las empresas se opongan al acceso de los inspectores a sus oficinas -o exista el riesgo de tal oposición-, la CNMC podrá solicitar una autorización judicial que ordene dicho ingreso, pudiendo también contar con el apoyo de las fuerzas policiales en los casos que corresponda²⁶.

c) México

La Comisión Federal de Competencia (en adelante, la COFECE) es el organismo encargado de proteger en México el proceso competitivo y garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley Federal de Competencia Económica²⁷. Para tales efectos, la COFECE cuenta con una Autoridad Investigadora, órgano facultado para iniciar y conducir las investigaciones asociadas a la existencia de posibles prácticas anticompetitivas²⁸.

A fin de desempeñar sus labores, la Autoridad Investigadora podrá formular requerimientos de información a cualquier persona sobre los hechos objeto de investigación, así como citar a declarar a todo sujeto que pueda contar con información relevante para la investigación y realizar visitas de inspección destinadas a obtener pruebas sobre eventuales conductas prohibidas (denominadas "visitas de verificación")²⁹.

Para llevar a cabo estas diligencias se deberá emitir la "orden de visita", la cual contendrá diversos datos vinculados al objeto, alcance y duración de la inspección³⁰. A su vez, en el marco de estas visitas, los inspectores se encuentran facultados para acceder a cualquier tipo de local u oficina de los investigados, así como para verificar y obtener copia de los documentos o archivos vinculados a la investigación y realizar las consultas que estimen convenientes³¹.

c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

d) Retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos mencionados en la letra b).

e) Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

25 Para más información, consultar el documento denominado "Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia", ubicado en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2JUj6WF>. Visto por última vez el 7 de abril de 2020.

26 **Ley No. 3/2013, Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

Artículo 27. Facultades de inspección.- (...)

4. Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

27 Salvo en los casos referidos a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en los cuales la autoridad competente es el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

28 **Ley Federal de Competencia Económica**

Artículo 26.- La Autoridad Investigadora es el órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio. En el ejercicio de sus atribuciones, la Autoridad Investigadora estará dotada de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones.

29 **Ley Federal de Competencia Económica**

Artículo 72.- La Autoridad Investigadora podrá requerir de cualquier persona los informes y documentos que estime necesarios para realizar sus investigaciones, debiendo señalar el carácter del requerido como denunciado o tercero coadyuvante, citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate, así como ordenar y practicar visitas de verificación, en donde se presuma que existen elementos para la debida integración de la investigación (...).

30 **Ley Federal de Competencia Económica**

Artículo 75.- La Autoridad Investigadora por conducto de su titular, podrá ordenar la práctica de visitas de verificación, las cuales se sujetarán a las reglas siguientes:

I. La Autoridad Investigadora emitirá la orden de visita, la que contendrá el objeto, alcance y duración a los que deberá limitarse la diligencia; el nombre del visitado; la ubicación del domicilio o domicilios a visitar; el nombre o nombres del personal autorizado que la practicará conjunta o separadamente, así como el apercibimiento de que de no permitir el acceso, obstaculizar el desahogo de la diligencia o negarse a proporcionar la información o documentos solicitados, se aplicarán las medidas de apremio que establezca la ley (...).

31 **Ley Federal de Competencia Económica**

Artículo 75.- La Autoridad Investigadora por conducto de su titular, podrá ordenar la práctica de visitas de verificación, las cuales se sujetarán a las reglas siguientes: (...)

Como resultado de ello, los investigados también están obligados a cooperar con los agentes inspectores durante todo el transcurso de la diligencia, sea proporcionando información o facilitando el acceso de los funcionarios a sus equipos y dependencias, bajo riesgo de sanción.

d) Colombia

En el ordenamiento colombiano la autoridad encargada de velar por la libre competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la SIC)³², vigilando que los agentes económicos no incurran en conductas anticompetitivas que atenten contra el mercado. Conforme a las disposiciones del Decreto No. 4886 de 2011, la SIC se encuentra facultada para realizar visitas de inspección y recopilar toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. En el marco de estas diligencias, la autoridad podrá también interrogar a los agentes económicos y solicitar el suministro de datos, informes, libros y cualquier otro documento requerido para el ejercicio de sus atribuciones³³.

Se observa entonces que la facultad de la SIC para desarrollar visitas de inspección cuenta con sustento legal, habilitándola para acceder a los establecimientos de las compañías y recaudar la información que estime pertinente en función de cada investigación concreta.

De la revisión de los sistemas descritos se corrobora que en el Derecho Comparado existe uniformidad al reconocer la importancia de dotar a las autoridades de competencia de una amplia gama de poderes de investigación, entre las que destaca la realización de visitas sorpresa de inspección y la posibilidad de solicitar y copiar determinada información en el transcurso de dicha diligencia. Asimismo, se constata que como regla general las autoridades de competencia pueden llevar a cabo estas actuaciones por iniciativa propia, sin necesidad de contar con autorización de otros organismos.

Habiendo identificado estos modelos, corresponde ahora analizar el régimen de la actividad inspectora aplicable en Perú; especialmente, en el caso de la Secretaría Técnica.

IV. El visitado, sus funcionarios, representantes o los encargados de las instalaciones o establecimientos de los Agentes Económicos visitados estarán obligados a permitir la práctica de dicha diligencia otorgando las facilidades al personal autorizado por la Autoridad Investigadora, quienes estarán facultados para:

- a) Acceder a cualquier oficina, local, terreno, medio de transporte, computadora, aparato electrónico, dispositivo de almacenamiento, archiveros o cualquier otro medio que pudiera contener evidencia de la realización de los actos o hechos materia de la visita;
- b) Verificar los libros, documentos, papeles, archivos o información, cualquiera que sea su soporte material, relativos a la actividad económica del visitado;
- c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros, documentos, papeles, archivos o información almacenada o generada por medios electrónicos;
- d) Asegurar todos los libros, documentos y demás medios del Agente Económico visitado durante el tiempo y en la medida en que sea necesaria para la práctica de la visita de verificación, y;
- e) Solicitar a cualquier funcionario, representante o miembro del personal del Agente Económico visitado, explicaciones sobre hechos, información o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la visita de verificación y asentar constancia de sus respuestas.

32 Ley No. 1340, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia

Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.-

La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

33 Decreto No. 4886, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones

Artículo 1. Funciones generales.- (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

- 2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales (...)
- 62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.
- 63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.
- 64. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones (...).

II.2 Regulación nacional de las facultades de inspección

a) Fundamentos constitucionales

Nuestra Constitución no contempla disposiciones específicas vinculadas al ejercicio de la potestad inspectora por parte de las autoridades que conforman la Administración Pública. Sin embargo, sí existen una serie de preceptos constitucionales en los que se hace referencia a estas funciones³⁴:

- i.** En el marco del derecho al secreto de las comunicaciones, el artículo 2.10 de la Constitución establece expresamente que los libros y documentos contables y administrativos se someten a la inspección o fiscalización de la autoridad pertinente³⁵.
- ii.** En lo que concierne al régimen tributario aplicable a los centros educativos, la norma suprema indica que aquellas inafectaciones se sujetarán a los mecanismos de fiscalización previstos legalmente para tal fin³⁶.
- iii.** El artículo 65 de la Constitución reconoce como valor constitucional la defensa de los intereses de los consumidores, imponiéndole al Estado el deber activo de velar por su seguridad y garantizar su derecho a la información y salud³⁷. En dicho sentido, por este mandato se le atribuye al Estado la obligación de fiscalizar las actuaciones de los proveedores en el mercado.
- iv.** Finalmente, el reseñado artículo 61 de la Constitución precisa que el Estado se encuentra obligado a defender activamente la libre competencia en el mercado, persiguiendo y sancionando aquellas conductas que la vulneren o desnaturalicen.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre esta última disposición, reconociendo la importancia de promover la libre competencia y ratificando que el Estado debe fomentarla y protegerla³⁸:

"En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista (...)". (Subrayado añadido).

34 Como explica TIRADO -autor que enuncia estos supuestos-, "aunque la Constitución no consagra expresamente como una función propia de la Administración el de la fiscalización o inspección, es fácilmente apreciable que sí la tenía claramente presente, y, al menos de manera indirecta, ésta alcanza un reconocimiento constitucional". TIRADO, José Antonio, *Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública*, Revista Derecho & Sociedad, 2015, pp. 259-262.

35 Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto retomen no puede incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

36 Constitución Política del Perú

Artículo 19.- Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes. Las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fije la ley. La ley establece los mecanismos de fiscalización a que se sujetan las mencionadas instituciones, así como los requisitos y condiciones que deben cumplir los centros culturales que por excepción pueden gozar de los mismos beneficios (...).

37 Constitución Política del Perú

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

38 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 30 de abril de 2014, recaída en el Expediente No. 3479-2011-PA/TC.

De lo manifestado por dicho cuerpo colegiado se reafirma que la defensa de la libre competencia constituye un valor fundamental para el desarrollo de la sociedad, asegurando que los recursos económicos se asignen de forma eficiente. Adicionalmente, en lo que concierne a la obligación del Estado de combatir toda práctica anticompetitiva, el máximo intérprete de la Constitución señala que³⁹:

"En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permita mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los Organismos (sic) reguladores y el INDECOPÍ juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios.

Justamente, este Colegiado ha precisado que dichos organismos cumplen un deber especial de protección de los derechos fundamentales, lo cual implica exigirles una labor de vigilancia, regulación y sanción de las conductas y prácticas contrarias a la libre competencia y el derecho de los consumidores, funciones que se encuentran amparadas en el marco legal de las facultades que le han sido otorgadas para estos fines". (Subrayado añadido).

Conforme a lo expuesto, la defensa de la libre competencia se encuentra consagrada como un bien jurídico constitucional y una expresión esencial de orden público económico, con lo cual el Indecopi –específicamente, la Comisión y la Secretaría Técnica- se encuentra obligado a garantizarla y protegerla, adoptando todas las medidas que le han sido legalmente atribuidas para tal fin. Y justamente una de sus principales herramientas viene a ser el ejercicio de la función inspectora -de acuerdo con los parámetros expuestos-, constituyendo un elemento fundamental para combatir las prácticas anticompetitivas, que se caracterizan por su clandestinidad y alto grado de lesividad, hecho que conlleva que la autoridad de competencia deba contar con facultades suficientemente eficaces para detectarlas.

b) Regulación general de la actividad de inspección

Sin perjuicio de las facultades de inspección conferidas legamente a la Secretaría Técnica, con ocasión de la reforma introducida por el Decreto Legislativo No. 1272 del 20 de diciembre de 2016, la LPAG incorporó un nuevo capítulo correspondiente a la actividad administrativa de fiscalización o inspección, definiéndola como el conjunto de actividades vinculadas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y limitaciones exigibles a los administrados⁴⁰.

En ese sentido, la LPAG reconoce expresamente diversas facultades a la Administración en el ejercicio de su función inspectora, tales como: i) requerir la presentación de todo tipo de documentación e información necesaria para la fiscalización; ii) formular interrogantes a los sujetos investigados; iii) realizar inspecciones con o sin previa notificación; y, iv) ampliar o variar el objeto de la investigación, entre otras⁴¹. La fijación de

39 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente No. 1963-2006-PA/TC. A su vez, dicho cuerpo colegiado manifestó que la libre competencia "ha de ser vigilada y preservada por el Estado, cuya principal función es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres, competitivos y transparentes, así como la de adoptar todas las medidas necesarias que impidan su obstrucción o restricción". Sentencia del 10 de agosto de 2009, recaída en el Expediente No. 3116-2009-AA.

40 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 239. Definición.-

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Solamente por ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de inspección a las entidades (...).

41 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 240. Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización.-

(...) 240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

1. Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad.

El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, así como las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.

2. Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.

estas facultades determina correlativamente que existan ciertos deberes que recaen sobre los administrados inspeccionados, encontrándose obligados a tolerar y colaborar con la labor de la autoridad. Entre estos deberes, destacan aquellos referidos a: i) brindar las facilidades necesarias para que los inspectores ejerzan sus facultades; ii) permitir el acceso de los fiscalizadores a sus establecimientos; y, iii) suscribir el acta de inspección⁴².

Asimismo, la Administración debe observar una serie de deberes al momento de desarrollar la función inspectora, procurando que su actuación no sea arbitraria y adoptando las medidas necesarias para verificar adecuadamente la materia investigada. Así, la LPAG prevé distintos deberes ligados a la ejecución de estas visitas, tales como: i) identificarse a requerimiento de los administrados; ii) citar la base legal que sustente sus competencias y facultades; y, iii) entregar copia del acta de fiscalización, permitiendo que el administrado incorpore las observaciones que considere pertinentes, entre otros⁴³. Ello permite delimitar adecuadamente la extensión de las facultades inspectoras y su desenvolvimiento en cada caso.

Por su parte, el artículo 242 de la LPAG reconoce los siguientes derechos de los inspeccionados⁴⁴:

- i.** Ser informado acerca de la naturaleza y alcances de la inspección. Esto les permite conocer e identificar la materia fiscalizada, a fin de advertir qué obligación o conducta se encuentra supervisando la autoridad en aquella oportunidad.
- ii.** Requerir la identidad y credenciales documentales de los agentes inspectores.
- iii.** Realizar grabaciones o filmaciones (sean en audio o video) de las diligencias en las que participen, a fin de contar con un respaldo fehaciente de los hechos verificados por los inspectores. Naturalmente, deberá informarse a los inspectores acerca de la realización de estas grabaciones.

La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 67 y 68.

3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.

4. Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización.

5. Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.

6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

7. Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.

8. Las demás que establezcan las leyes especiales.

42 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 243. Deberes de los administrados fiscalizados.-

Son deberes de los administrados fiscalizados:

1. Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 238.

2. Permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.

3. Suscribir el acta de fiscalización.

4. Las demás que establezcan las leyes especiales.

43 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 241. Deberes de las entidades que realizan la actividad de fiscalización.-

241.1 La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.

241.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:

1. Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.

2. Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad.

3. Citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite.

4. Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.

5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.

6. Deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.

44 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 242. Derechos de los administrados fiscalizados.-

Son derechos de los administrados fiscalizados:

1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización.

3. Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen.

4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes.

5. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización.

6. Llevar asesoría profesional a las diligencias si el administrado lo considera.

- iv. Incluir observaciones en las actas levantadas, así como presentar documentación o argumentos adicionales con posterioridad a su recepción.
- v. Llevar asesoría profesional a las diligencias en caso lo estimen pertinente.

c) Facultades de inspección de la Secretaría Técnica

Conforme al artículo 15.1 de la Ley de Libre Competencia, la Secretaría Técnica es el órgano autónomo a cargo de efectuar las investigaciones e indagaciones pertinentes sobre posibles conductas anticompetitivas, así como las labores de instrucción e impulso de los procedimientos sancionadores por infracciones a dicha norma⁴⁵.

A efectos de desarrollar oportunamente sus actividades de investigación, la Ley de Libre Competencia le otorga las siguientes facultades de inspección⁴⁶:

- i. Exigir la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo libros contables y societarios, comprobantes de pago, correspondencia interna o externa y registros magnéticos. A su vez, podrá solicitar toda información referida a la organización, negocios y estructura de la empresa investigada.
- ii. Citar e interrogar a las personas materia de investigación, sus representantes, colaboradores o terceros.
- iii. Realizar visitas de inspección con o sin previa notificación en los locales y establecimientos de los agentes económicos. En el marco de estas diligencias, los inspectores podrán examinar la documentación que encuentren, realizar fotografías y filmaciones y tomar las declaraciones que estimen necesarias, así como copiar los libros, archivos físicos, electrónicos o documentos que consideren pertinentes (incluyendo correspondencia y correos electrónicos).
- iv. Con previo acuerdo de la Comisión, inmovilizar libros, documentos y archivos de las empresas investigadas.

45 Ley de Libre Competencia

Artículo 15. La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

a) Efectuar investigaciones preliminares; (...).

46 Ley de Libre Competencia

Artículo 15. La Secretaría Técnica.-

(...) 15.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

f) Excepcionalmente y con previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de diez (10) días hábiles prorrogables por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por quince (15) días hábiles, requiriendo de autorización judicial para proceder al retiro, conforme al proceso especial previsto en el literal c) del numeral 15.3 del presente Artículo; (...)

15.3. Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos o electrónicos 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.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, en video, disco compacto o cualquier otro tipo de instrumento electrónico.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos 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, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.

La Ley de Libre Competencia también establece los supuestos en los que la Secretaría Técnica deberá contar con autorización judicial previa para realizar determinadas actuaciones⁴⁷:

- i.** Ante la negativa de ingreso al establecimiento de la empresa investigada (o en caso el local estuviese cerrado), podrá solicitar autorización judicial para el descerraje con el apoyo de la fuerza pública.
- ii.** Negativa de copiado de correspondencia: Conforme lo ha precisado la Sala, este mandato judicial solo es necesario en caso se verifique una negativa del administrado frente al copiado de sus comunicaciones por parte de los inspectores. Así, la autorización judicial únicamente será obligatoria en el supuesto que la Secretaría Técnica decida persistir en obtener tal correspondencia⁴⁸.

Cabe añadir que los organismos jurisdiccionales nacionales también han validado este criterio. En el marco del referido proceso contencioso administrado iniciado por distintos agentes económicos del mercado de cementos, la Corte Superior de Justicia de Lima ratificó que solo es necesaria la autorización judicial para copiar correspondencia en caso exista una negativa por parte del agente investigado⁴⁹. De modo complementario, con ocasión de una demanda planteada por una cadena farmacéutica sancionada por concertar los precios de distintos medicamentos, la autoridad jurisdiccional concluyó que la reseñada autorización judicial tiene carácter residual -siendo exigible únicamente frente a la negativa de copiado de tales documentos-, confirmando también la multa impuesta por Indecopi⁵⁰.

Cabe precisar que la Exposición de Motivos de la Ley de Libre Competencia ratifica el carácter residual de la autorización judicial previa en los supuestos de negativa de acceso al establecimiento del administrado y negativa de copiado de su correspondencia⁵¹.

Finalmente, y conforme a lo regulado por la Ley de Libre Competencia -y reconocido también por la Sala-, la Secretaría Técnica podrá tramitar la obtención de la autorización judicial sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador contra el administrado que incurra en dicha negativa, toda vez que rehusarse a entregar la documentación requerida por la Secretaría Técnica puede constituir un supuesto de obstrucción de sus funciones de inspección.

- iii.** Levantamiento del secreto de las comunicaciones. Para acceder y copiar la información contenida en dispositivos móviles (celulares, etc.) o registros de llamadas, y siempre con el objetivo de investigar y detectar prácticas anticompetitivas, la Secretaría Técnica requerirá autorización judicial.

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que uno de los partícipes de dichas comunicaciones brinde su consentimiento o facilite espontáneamente el acceso de la Secretaría Técnica a esta información -sea a través del programa de clemencia u otros mecanismos-, en cuyo caso no se requerirá tal autorización judicial.

47 Ley de Libre Competencia

Artículo 15. La Secretaría Técnica.-

15.3. (...) La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o estos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos (...)

d) Solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones para recabar elementos de juicio sobre una infracción, en los casos que corresponda (...).

- 48** Resolución No. 0486-2017/SDC-INDECOPI del 17 de agosto de 2017 recaída en el Expediente No. 001-2013/CLC. El superior jerárquico consideró que, en tanto la Secretaría Técnica únicamente requirió a la imputada exhibir y proporcionar copia de los correos electrónicos relacionados al mercado investigado, este requerimiento observó el marco legal previsto por la Ley de Libre Competencia. Por consiguiente, y en la medida que tal pedido no implicó una irrupción o interceptación arbitraria sobre las comunicaciones del administrado (lo cual habría ocurrido en caso la autoridad hubiese tomado por sí misma y sin consentimiento dichas comunicaciones), su negativa calificó como un incumplimiento injustificado del requerimiento formulado, acarreado la imposición de una sanción.

- 49** Sentencia del 5 de enero de 2018 recaída en el Expediente No. 2873-2015, la cual confirma la sentencia de primera instancia del 28 de marzo de 2017 emitida por el Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo (con Sub Especialidad en Temas de Mercado). Si bien esta sentencia fue impugnada por los agentes económicos involucrados por medio de un recurso de casación, este recurso fue declarado improcedente por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante Auto Calificatorio publicado el 30 de abril de 2019. Por consiguiente, el Poder Judicial ratificó la sanción impuesta por Indecopi y rechazó la demanda de los administrados.

- 50** Sentencia del Vigésimo Quinto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima del 6 de junio de 2019, recaída en el Expediente No. 04855-2018-0-1801-JR-CA-25. Cabe precisar que esta sentencia fue impugnada, encontrándose a la fecha pendiente la decisión del superior jerárquico correspondiente.

- 51** En efecto, dicha Exposición de Motivos indica expresamente que *"en caso de presentarse una negativa a la inspección en los locales o la negativa para el copiado de correos electrónicos, se establece que la Secretaría Técnica podrá obtener una autorización judicial para proceder al descerraje, así como para acceder a la correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónico"*.

- iv. Retiro de libros, archivos, correspondencia o documentos originales del local del agente económico investigado. Como es de suponerse, esta autorización judicial no resulta necesaria ante supuestos de copiado de información por parte de los inspectores designados por la Secretaría Técnica, conforme se ha podido explicar.

A efectos de ilustrar los alcances de estas facultades, se incorpora como Anexo 1 de los presentes Lineamientos un gráfico que detalla aquellas funciones que la Secretaría Técnica puede ejecutar por su propia cuenta, en contraposición con los supuestos excepcionales en los que se requiere la autorización judicial previa.

De lo expuesto puede concluirse que las facultades de investigación recogidas en la Ley de Libre Competencia coinciden con aquellas reguladas en países con tradición jurídica y políticas de defensa de la competencia similares, otorgando a sus respectivas autoridades instrumentos de inspección esenciales y eficaces para cumplir la difícil misión de proteger a la sociedad frente a las distorsiones ocasionadas por las prácticas anticompetitivas⁵². Estas herramientas son a su vez compatibles con las previsiones establecidas por el marco constitucional aplicable a la tutela de la libre competencia, delimitando su ámbito de actuación y otorgando suficientes garantías a los administrados expuestos a una visita de inspección.



⁵² Al respecto, TIRADO resalta que *“el ejercicio de las potestades administrativas de investigación tienen una trascendencia y relevancia pública de orden general y que sirven directamente a la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, que se ven, directa e inmediatamente, afectados por prácticas anticompetitivas”*. TIRADO, José Antonio, *La doctrina del hallazgo casual durante las actuaciones de inspección: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, 2020, p. 7.

III. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS VISITAS DE INSPECCIÓN

Existen dos parámetros que deben ser ponderados por la Secretaría Técnica al momento de planificar y llevar a cabo una visita de inspección, vinculados esencialmente a la habilitación legal requerida para efectuar dicha diligencia.

III.1 Parámetro material: Sospechas sobre una posible infracción

Como es sabido, para iniciar un procedimiento sancionador por infracciones a la Ley de Libre Competencia es necesaria la concurrencia de indicios razonables que permitan suponer la posible comisión de tal ilícito anticompetitivo. Bajo este escenario, las visitas de inspección tienen por objeto indagar y obtener información sobre la existencia de dicha infracción, a fin de corroborar si existen elementos suficientes para promover el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

Naturalmente, llevar a cabo una visita de inspección conlleva que la autoridad incurra en distintos gastos, referidos tanto al uso de recursos económicos y técnicos como a la presencia de los inspectores en sede de las empresas por todo el lapso que dure la diligencia⁵³. Dicha situación, aunada a la importancia de garantizar la eficacia de estas diligencias, y a su naturaleza invasiva sobre la actividad de los administrados, determinan que sea indispensable que la Secretaría Técnica realice visitas de inspección en caso considere que estas serán fructíferas, contando con sospechas acerca de la posible existencia de evidencias en poder de la compañía investigada asociadas a la infracción fiscalizada.

Bajo este escenario, antes de realizar una visita de inspección, la Secretaría Técnica debe llevar a cabo una labor reservada de indagación previa, con la finalidad de obtener información que le permita determinar la necesidad de emprender estas visitas. Así, en ejercicio de sus facultades de investigación, la Secretaría Técnica puede acceder a distintas fuentes de información (públicas o privadas) que le adviertan sobre posibles prácticas restrictivas de la competencia, destacando como ejemplos de estas fuentes elementos como informes emitidos por otras entidades, denuncias, comunicaciones de terceros informantes o inclusive testimonios derivados de la utilización del programa de clemencia o recompensas, así como labores de monitoreo de mercado por parte del personal de la autoridad (*screening*).

En el marco de dicha indagación previa, la Secretaría Técnica analizará esta información a efectos de validar su idoneidad y verificar si de ella se desprenden sospechas sobre la configuración de un posible ilícito anticompetitivo. Teniendo en cuenta que en este momento la Secretaría Técnica recién se encuentra preparando su hipótesis de investigación calificarán como sospechas cualquier dato que le permita a la autoridad suponer razonablemente la posible existencia de una práctica anticompetitiva, siendo necesario realizar una inspección a fin de corroborar dichas sospechas y obtener mayores evidencias sobre los hechos investigados⁵⁴.

⁵³ Sobre el gasto presupuestario generado por las visitas de inspección, TIRADO señala que "*La Administración no suele contar con recursos suficientes para ejercer, siquiera, en un sector relevante de la población sus potestades inspectivas; tampoco es conveniente socialmente que la Administración se encuentre permanente detrás de los particulares para observar y verificar que cumplen con la ley*". Cfr. TIRADO, José Antonio, Ob. Cit., pp. 254-255.

⁵⁴ Cabe añadir que distintas autoridades de competencia internacionales utilizan este parámetro para conducir sus visitas de inspección. A modo de ejemplo, en el Reino Unido la "*Office of Fair Trading*" (en adelante, la OFC) realiza inspecciones en caso cuente con sospechas razonables ("*reasonable grounds*") sobre posibles prácticas anticompetitivas, usando fuentes como testimonios de tercero, delaciones, etc. Al respecto, revisar la sección 25 de la "*Competition Act 1998*" y la guía referencial "*Powers of Investigation*" de la OFC, ubicada en: <https://bit.ly/32JWUWg> (revisada por última vez el 7 de abril de 2020).

Por consiguiente, y en vista de que la información obtenida durante la labor de indagación previa suele ser insuficiente, escasa y/o fragmentada, una vez analizados estos elementos se ponderará la necesidad de realizar tal visita de inspección. En dicho sentido, la Secretaría Técnica llevará a cabo estas diligencias en caso existan sospechas de que ciertos agentes económicos se encuentran inmersos en posibles prácticas restrictivas de la competencia⁵⁵, con lo cual no deja lugar a dudas el carácter eminentemente discrecional⁵⁶ de la autoridad para planificar una visita de inspección⁵⁷.

Con ello, la investigación previa de la Secretaría Técnica cumple una doble finalidad:

- i.** Garantizar que los administrados no se vean expuestos a visitas de inspección indiscriminadas o búsquedas sin sustento, como las denominadas *fishing expeditions* ("inspecciones de pesca"); y,
- ii.** Procurar asegurar la eficacia de estas visitas, circunscribiéndose a supuestos en los que la autoridad cuente con sospechas sobre la posible realización de los ilícitos investigados. En efecto, son estas sospechas las que le permiten a la Secretaría Técnica suponer la existencia de una conducta anticompetitiva, disponiendo la realización de una visita de inspección a fin de delimitar su investigación.

Es necesario reiterar también que, en la medida que nos encontramos en el marco de una investigación preliminar -en la que ni siquiera se ha ejecutado una visita de inspección-, la Secretaría Técnica aún carece de información pormenorizada o detallada que le faculte a delimitar los alcances de la infracción fiscalizada o identificar con precisión sus características. Así, en tanto en este momento la autoridad recién se encuentra elaborando su hipótesis de investigación sobre esta práctica anticompetitiva (basada en información pendiente de corroboración), no podría exigirse que dichas sospechas ostenten un estándar de certeza o juicio cualificado ni que cumplan de momento con los presupuestos requeridos para calificar como pruebas de una posible infracción (de hecho, durante la investigación ni siquiera existe una imputación formal o acusación de responsabilidad contra los sujetos investigados).

Por el contrario, la experiencia internacional reconoce que el estándar para ejecutar una visita de inspección resulta indefectiblemente menos riguroso que aquel requerido para iniciar un procedimiento sancionador, pues son justamente las visitas de inspección las que le permiten complementar dichas sospechas, obtener evidencias sobre la conducta investigada y, de ser el caso, entablar el procedimiento correspondiente para sancionarlas. Al respecto, el Tribunal General de Justicia de la Unión Europea sostiene lo siguiente⁵⁸:

"(...) para justificar las comprobaciones, no es necesario que la información de que dispone la Comisión pueda probar sin lugar a ninguna duda razonable la existencia de la infracción declarada en la Decisión impugnada. En efecto, este nivel de prueba se exige para aquellas decisiones de la Comisión en las que declara la existencia de una infracción e impone multas. En cambio, para adoptar una decisión de comprobación (...), basta con que disponga de elementos e indicios materiales fundados que la lleven a sospechar que existe una infracción". (Subrayado añadido).

55 De modo referencial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que "estar en posesión de indicios suficientemente fundados que permitan sospechar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia es una condición sine qua non para que la Comisión pueda ordenar una inspección (...)". Cfr. Sentencia del 20 de junio de 2018, recaída en el Asunto T-325/16.

56 Al respecto, se considera que una potestad es discrecional cuando mediante norma con rango de ley se le otorga a la Administración un margen de apreciación para que elija conforme a su criterio la alternativa más adecuada para la consecución de determinado fin. Para mayores alcances sobre esta categoría, revisar GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Civitas (13ª edición), Madrid, 2006, p. 464 y ss.

57 Así, la decisión de llevar a cabo una visita de inspección se realizará atendiendo a las sospechas de la Secretaría Técnica y a las particularidades de cada caso concreto, por lo que, como indica BERMEJO, la potestad de inspección "es discrecional desde el punto de vista de su puesta en marcha". Cfr. BERMEJO, José, *La Administración inspectora*, Revista de Administración Pública No. 147, Madrid, 1998, p. 54.

58 Sentencia del 20 de junio de 2018, recaída en el Asunto T-325/16.

Así lo ha declarado también la CNMC⁵⁹:

"(...) Es evidente que si la DI ha decidido una inspección es porque, por un lado, necesita elementos de juicio adicionales para cumplir con la finalidad que la LDC atribuye a las informaciones reservadas, es decir, obtener elementos de juicio para valorar si procede o no incoar un procedimiento sancionador y porque, por otro, se buscan documentos distintos a aquellos a los que la DI puede tener acceso por la vía del requerimiento de información (...)". (Subrayado añadido).

Como consecuencia lógica del carácter reservado de estas diligencias, la Secretaría Técnica tampoco se encuentra obligada a trasladar a los investigados la información vinculada a las sospechas con las que cuenta, toda vez que ello colocaría en riesgo la eficacia y utilidad de la inspección y la consecuente detección de la práctica anticompetitiva investigada⁶⁰. En efecto, de conocer los elementos que sustentarían la visita, los agentes económicos podrían ocultar o eliminar toda documentación relacionada con dicha investigación, así como alertar a otros sujetos que pudiesen también estar involucrados en tales infracciones, perjudicando el desenvolvimiento de la investigación e impidiendo que la Secretaría Técnica cumpla su rol defensor de la competencia (bien jurídico constitucional).

Esta posición ha sido reconocida por el Tribunal General de Justicia de la Unión Europea⁶¹:

"(...) el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que no les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia (...) En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada solo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al periodo anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las infracciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aun serle ocultadas". (Subrayado añadido).

En ese sentido, dicho cuerpo colegiado reitera que el fundamento de esta posición no es otro que cautelar la eficacia de la investigación de la autoridad, a saber⁶²:

"(...) no cabe exigir a la Comisión que indique en la fase de investigación preliminar, además de las presunciones de infracción que se propone comprobar, los indicios, esto es, los datos que le llevan a considerar la posibilidad de una infracción del artículo 102 TFUE. En efecto, tal obligación alteraría el equilibrio que la jurisprudencia establece entre la preservación de la eficacia de la investigación y la protección del derecho de defensa de la empresa interesada". (Subrayado añadido).

En la misma línea, debe ponderarse también que estas sospechas pueden derivar de testimonios de sujetos que se acogieron al programa de recompensas o programa de clemencia (entre otros mecanismos reservados). Por consiguiente, y en tanto comunicar al investigado estas sospechas implicaría reconocer la existencia de dichas fuentes, colocarlas en riesgo y vulnerar deberes de confidencialidad, no es posible que los inspectores revelen dichas sospechas; menos aún, considerar que estas serían susceptibles de contradicción o tacha.

⁵⁹ Resolución del 28 de diciembre de 2009, recaída en el Expediente R/0026/09.

⁶⁰ Con relación a ello, REBOLLO reafirma la necesidad de garantizar la reserva de estas investigaciones, toda vez que ello permite asegurar la eficiencia de las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad. Al respecto, dicho autor indica que las potestades de inspección "*pueden estar completadas con la de adoptar medidas provisionales, no ya para impedir que se siga cometiendo una actuación ilícita o produzca sus efectos lesivos, que ya es cuestión ajena a la función de inspección, sino para asegurar la investigación*". REBOLLO, Manuel, "La actividad inspectora", en *La función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Coord. DIAZ SÁNCHEZ, J. J., INAP, 2013, p. 10.

⁶¹ Sentencia del 28 de abril de 2010, recaída en el Asunto T-448/05.

⁶² Sentencia del 20 de junio de 2018, recaída en el Asunto T-325/16.

Cabe precisar que esta situación bajo ningún supuesto constituye una vulneración del derecho de defensa del investigado; lejos de ello, las evidencias que pudiesen obtenerse con motivo de la visita de inspección serán objeto de discusión en el procedimiento sancionador correspondiente (de iniciarse tal procedimiento), remitiéndose al administrado a efectos de que este pueda contradecirlas o refutarlas. Finalmente, y conforme se indicará en el siguiente apartado, a través de la orden de inspección se comunicará a los administrados aquella información necesaria sobre el objeto, alcance y finalidad de la investigación, de modo que puedan conocer los hechos esenciales que sustentan la realización de la inspección (sin necesidad de revelar las sospechas de la autoridad o las fuentes de las que derivan).

Por lo tanto, en el marco de su investigación preliminar la Secretaría Técnica llevará a cabo visitas de inspección en caso cuente con sospechas acerca de una posible infracción, con base en criterios de eficiencia y previo análisis de la razonabilidad e idoneidad de dichas sospechas⁶³. De modo complementario, no será necesario trasladar al administrado la información en la que se basa la Secretaría Técnica para ejecutar tales actuaciones, a fin de evitar perjudicar su hipótesis de investigación y garantizar la eficacia de su labor.

III.2 Parámetro formal: la Orden de Inspección

Conforme a la generalidad de la experiencia comparada, para proceder con una visita de inspección los representantes de la autoridad deben presentar previamente la denominada "orden de inspección", documento que constituye la autorización escrita por parte de la autoridad competente -en nuestro caso, firmada por el Secretario Técnico- para llevar a cabo dicha diligencia.

La Comisión y la Secretaría Técnica consideran que su exhibición -una vez apersonados los inspectores en sede de la empresa investigada- constituye una manifestación del derecho de los administrados a ser informados del objeto y fundamento legal de la actividad de inspección, previsto en el citado artículo 242.1 de la LPAG. Lo anterior, sin perjuicio de que inclusive con anterioridad a dicha regulación la Secretaría Técnica procedía con la presentación de aquel documento al momento de iniciar una visita de inspección.

Partiendo de esta premisa, la orden de inspección que faculta la entrada de los inspectores a las sedes investigadas cumple una doble finalidad:

- i. Permitir que el administrado entienda la naturaleza y alcance de la investigación -así como de la información que será objeto de inspección⁶⁴-, encontrándose así en condiciones de conocer y comprender el alcance de su deber de colaboración⁶⁵; y,
- ii. Circunscribir la visita de inspección en torno a determinadas conductas que puedan constituir una -o múltiples- prácticas anticompetitivas⁶⁶.

Para tal fin, la orden de inspección debe observar una serie de elementos y requisitos, entre los que destacan: i) el nombre de la empresa inspeccionada; ii) la identificación del establecimiento en el que desarrollará la visita (considerando que la empresa puede contar con múltiples establecimientos); iii) la identificación de los inspectores a cargo de la diligencia; iv) la fecha de inicio de la visita; v) la base legal que contiene las facultades

⁶³ Sobre los criterios empleados para llevar a cabo una visita de inspección, la CNMC también ha señalado que *"la Administración, con criterios de eficacia administrativa, determinará que inspecciones son necesarias y cuáles son innecesarias, sin que esto afecte al principio de igualdad puesto que todas las empresas investigadas en una posible infracción anticompetitiva no tienen por qué estar en la misma situación puesto que puede haber distintos grados de participación en la presunta infracción, diferente disponibilidad de pruebas, diferente posición en el mercado, etc."*. Resolución del 3 de febrero de 2009, recaída en el Expediente R/0009/08.

⁶⁴ En sede española, la CNMC precisa que la orden de investigación permite al inspeccionado conocer los términos en los que va a tener lugar la inspección, indicando su objetivo y encuadrándola en función de ciertos hechos. Para mayor referencia, revisar la Resolución del 4 de febrero de 2016, recaída en el Expediente R/AJ/121/15.

⁶⁵ Al respecto, en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que la exigencia de plasmar en la orden de investigación el objeto y la finalidad de la visita de inspección constituye una garantía de las empresas inspeccionadas. Para mayor referencia, cfr. Sentencia del 17 de octubre de 1989 recaída en el Asunto 85/87 y sentencia del 25 de junio de 2014 recaída en el Asunto C-37/13.

⁶⁶ A través de distintos pronunciamientos la CNMC ha manifestado que las facultades de inspección deben procurarse ejercerse en el marco del ámbito fijado por el objeto de la investigación. Cfr. Resolución del 4 de febrero de 2016 recaída en el Expediente R/AJ/121/15 y Resolución del 30 de junio de 2016 recaída en el Expediente R/AJ/036/16.

inspectoras de la autoridad, así como los documentos e información que se pretende obtener y/o evaluar⁶⁷; vi) los deberes y obligaciones de los inspeccionados, incluyendo las sanciones y consecuencias ante posibles supuestos de incumplimiento; y, vii) el objeto y finalidad de la inspección.

Este último punto reviste mayor importancia y ha sido materia de análisis por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, buscando delimitar el contenido esencial de la orden de inspección⁶⁸:

"En consecuencia, por lo que respecta más concretamente a las decisiones de inspección de la Comisión, del artículo 20, apartado 4, del Reglamento N° 1/2003 se deriva que éstas deben indicar, en particular, el objeto y objetivo de la inspección (...)

Si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (...) no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del periodo durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales referidos anteriormente". (Subrayado añadido).

En el mismo sentido, la CNMC considera que⁶⁹:

"(...) Esta Sala considera que en la Orden de Investigación debe señalarse lo más claramente posible qué indicios pretenden comprobarse y sobre qué elementos versa la inspección, si bien no resulta obligatorio delimitar de modo preciso elementos tales como el mercado relevante o los sujetos que puedan verse implicados en las prácticas investigadas". (Subrayado añadido).

Estos pronunciamientos guardan coherencia si tenemos en cuenta que lo que se persigue con una visita de inspección es recolectar aquella información que permita suponer razonablemente la configuración de una práctica anticompetitiva, la cual será objeto de evaluación y discusión en un posterior procedimiento sancionador.

Como se tuvo oportunidad de señalar, en tanto estas visitas se realizan en una etapa preliminar de investigación, en dicho momento la autoridad carece de suficiente información que le permita circunscribir con precisión o delimitar con exactitud los hechos controvertidos, con lo cual resultaría difícil e irrazonable (e inclusive imposible en muchos casos) exigir que la orden de inspección refleje de forma detallada los datos, características o pormenores de las conductas investigadas. Ello pues precisamente las diligencias de inspección tienen por objetivo obtener mayores evidencias acerca de tal infracción, a fin de delimitar sus alcances⁷⁰.

⁶⁷ Como es de suponerse, ello no implica que la orden de inspección deba individualizar todos y cada uno de los documentos que serán requeridos o que la autoridad cuente con un listado taxativo de estos archivos, lo cual resultaría de imposible cumplimiento y le restaría versatilidad a la diligencia. Por el contrario, bastará una referencia a la clase de información que podrá solicitarse durante la diligencia.

⁶⁸ Sentencia del 25 de junio de 2014 recaída en el Asunto C-37/13P.

⁶⁹ Resolución del 23 de febrero de 2017 recaída en el Expediente S/0545/15.

⁷⁰ Sobre este punto, revisar la Resolución del CNMC del 30 de junio de 2016 recaída en el Expediente R/AJ/036/16.

Así lo ha ratificado la CNMC, concluyendo que⁷¹:

"(...) Cómo es lógico, cuando se lleva a cabo una inspección la Dirección de Competencia no puede tener la certeza de la existencia de una infracción. Es precisamente por esta razón que se le dota de estos instrumentos para conocer con la mayor precisión posible la existencia de unos hechos que le permitan iniciar un procedimiento formal por las infracciones de las normas de competencia e identificar a los responsables de tales conductas. Pero no resulta imprescindible, desde el punto de vista habilitante para llevar a cabo una inspección, que el órgano inspector deba conocer de antemano los posibles participantes de las conductas, ni resulta necesario que la orden concrete pormenorizadamente los hechos concretos y los mercados investigados, ya que ello limitaría las facultades de investigación de la CNMC". (Subrayado añadido).

Considerando este contexto, y en línea con las prácticas internacionales de la materia, la orden de inspección no debe (ni puede) contener información exhaustiva o de un gran grado de detalle sobre las características de la conducta investigada, toda vez que en muchos casos estos elementos resultan de imposible delimitación en dicho momento.

Bajo este escenario, no es necesario que la orden de inspección refleje de forma pormenorizada o especifique con exactitud elementos tales como: i) el mercado objeto de investigación (o su alcance geográfico); ii) la calificación jurídica de los hechos controvertidos; o, iii) el periodo temporal en el que se habría materializado la conducta investigada⁷².

Esta posición ha sido respaldada por la Sala: tras conocer una apelación en la que ciertos agentes económicos sancionados por coludirse en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo cuestionaron la validez de las inspecciones de la Secretaría Técnica -diligencias que resultaron determinantes para acreditar dicha infracción- el superior jerárquico rechazó estos cuestionamientos, indicando que⁷³:

"(...) la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no establece que, para que la autoridad administrativa realice una visita de inspección y despliegue legítimamente sus facultades de inspección, deba efectuar una calificación jurídica de la presunta conducta anticompetitiva investigada, identificar la posición que adoptará el agente económico investigado en un hipotético y futuro procedimiento sancionador, señalar el periodo en el que se habría realizado la conducta investigada o definir con precisión el nivel de la cadena de comercialización en la que se habría realizado la conducta (...)

La exigencia de la información indicada (...) en la etapa de investigación preliminar de una conducta anticompetitiva no resulta razonable precisamente porque la autoridad administrativa aún se encuentra recopilando documentación e información (indicios) que le permitan identificar con mayor precisión la presunta conducta infractora y los agentes involucrados.

Una conclusión distinta podría perjudicar las investigaciones en esta materia pues, dada su complejidad, una identificación detallada de la conducta investigada y de los sujetos infractores en la etapa de investigación preliminar podría dejar fuera de la investigación diversas conductas de las que recién podría tomarse conocimiento precisamente con el desarrollo de las indagaciones preliminares". (Subrayado añadido).

⁷¹ Resolución del 23 de febrero de 2017 recaída en el Expediente S/0545/15. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo advierte que "teniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación (...) la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha". Sentencia del 25 de junio de 2014 recaída en el Asunto C-37/13P.

⁷² En lo que respecta al ámbito temporal de la conducta, la CNMC sostiene que "no es posible determinar desde cuando podían haberse venido produciendo esas prácticas, lo cual justifica que en el caso de la inspección controvertida no se delimitara tal periodo temporal, siendo precisamente uno de los objetivos de la actuación inspectora determinar con precisión esa duración. La experiencia práctica de la Autoridad de competencia acredita que ciertas conductas pueden extenderse largamente en el tiempo, de modo que, a falta de indicios más precisos que determinen lo contrario, es proporcionado que la Orden de inspección no detalle un periodo de duración específico de la conducta que se investiga, puesto que la solución contraria supondría dejar fuera de la investigación precisamente los indicios que permitan constatar y delimitar el concreto ámbito temporal de la conducta, que es uno de los elementos que persigue la inspección, y que además contribuye a definir la gravedad de la conducta anticompetitiva respecto de la que puedan existir evidencia". Cfr. Resolución del 30 de junio de 2016 recaída en el Expediente R/AJ/036/16.

⁷³ Resolución No. 0157-2019/SDC-INDECOPi del 26 de agosto de 2019, recaída en el Expediente No. 011-2015/CLC.

Como resultado de ello, la Secretaría Técnica y la Comisión consideran que la orden de inspección debe como mínimo describir las características básicas de la conducta y el mercado investigado, a fin de acotar los alcances de la diligencia y permitir que los administrados comprendan sobre qué puntos y aspectos girará la visita. Por tanto, deberán señalarse rasgos suficientes que le permitan al administrado conocer el contexto de la investigación y lo que se persigue por medio de la visita, así como las características principales de la infracción investigada.

Cabe añadir que esta situación no impide que, una vez evaluados los elementos de juicio obtenidos durante la visita, la Secretaría Técnica cuente con información actualizada que le permita delimitar con exactitud dichas características, con lo cual la identificación global de la conducta infractora se dará en una etapa posterior, en caso la Secretaría Técnica decida iniciar un procedimiento sancionador y llevar a cabo las actividades probatorias pertinentes. En tal sentido, la orden de inspección señalará de forma referencial la posible conducta infractora y el mercado investigado, siempre ponderando que nos encontramos en una etapa preliminar de investigación en la que no resulta posible brindar información exhaustiva o detallada.

Estas consideraciones sobre la conducta investigada no solo guardan coherencia con la práctica internacional, sino que son también compatibles con las disposiciones de la Ley de Libre Competencia relativas a la interrupción de la prescripción⁷⁴. En efecto, el artículo 45 de esta norma prevé que las infracciones anticompetitivas prescriben a los cinco años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora, plazo que se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica que se encuentre relacionado con tal investigación y sea puesto en conocimiento del investigado (tales como las visitas de inspección)⁷⁵.

Dicha disposición tiene por finalidad garantizar que el administrado conozca que se encuentra inmerso en una investigación por prácticas anticompetitivas, independientemente de que las características concretas de tal infracción aún no se encuentren plenamente definidas⁷⁶. Por consiguiente, y en línea con lo señalado, mediante la orden de inspección se pondrá en conocimiento de los agentes económicos que estos se encuentran involucrados en una investigación, indicando en líneas generales qué se busca en dicha diligencia y sobre qué hechos y ámbito versa esta actuación.

Por tanto, la orden de inspección deberá describir los rasgos básicos de la conducta investigada y el mercado de referencia, en función de la información a la que se ha tenido acceso -sin necesidad de revelarla- y sin la obligación de aportar un amplio grado de detalle sobre el objeto de la investigación, cuyas características serán delimitadas una vez analizados los elementos de juicio obtenidos en la visita de inspección y realizadas las actuaciones probatorias pertinentes.

⁷⁴ Al respecto, la prescripción es una institución jurídica por la cual se extingue la posibilidad de ejercer una acción vinculada a un derecho que se reputa desconocido o vulnerado, como consecuencia del transcurso del tiempo preestablecido legalmente para su ejercicio. Sobre su aplicación en sede administrativa sancionadora, revisar BACA, Víctor, *La Prescripción de las infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Revista Derecho & Sociedad No. 37, Lima, 2015, pp. 265-277.

⁷⁵ **Ley de Libre Competencia**

Artículo 45. Plazo de prescripción de la infracción administrativa.-

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado.

⁷⁶ Al respecto, revisar la referida Resolución No. 0157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, recaída en el Expediente No. 011-2015/CLC.

IV. INICIO DE LA VISITA DE INSPECCIÓN

IV.1 Cuestión previa: Observancia del principio de razonabilidad

Por medio de las potestades de inspección se otorga a la Administración Pública una serie de facultades a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones y limitaciones legales por parte de los administrados. Como toda actuación administrativa, la potestad de inspección debe someterse a la estricta observancia de distintos parámetros y principios, entre los que destaca el principio de proporcionalidad o razonabilidad en sede administrativa⁷⁷.

De conformidad con este principio, al desarrollarse cualquier función administrativa debe existir suficiente congruencia entre los medios utilizados por la autoridad y la finalidad que se pretende conseguir, evitando que la obtención de esta finalidad genere consecuencias excesivamente nocivas para los administrados y proscribiendo cualquier actuación abusiva o arbitraria⁷⁸. En la medida que las visitas de inspección son precisamente potestades restrictivas o limitativas de derechos -imponiendo deberes y obligaciones-, la aplicación del principio de razonabilidad adquiere mayor relevancia, siendo indispensable que estas facultades se ejerzan adecuadamente, respondiendo a un interés público y ajustándose a las particularidades del caso concreto sin perturbar o dificultar innecesariamente la actividad del agente inspeccionado⁷⁹.

Ello no implica afirmar que la labor de inspección no debe afectar en modo alguno la actividad de los privados (por su naturaleza esto sería utópico, en tanto esta facultad siempre acarrea una limitación de derechos), sino que dicha afectación debe ser coherente con el fin que se pretende lograr, adoptando los medios menos lesivos posibles y reduciendo tal afectación a la mínima expresión⁸⁰.

Así, la investigación de la Secretaría Técnica debe buscar encuadrarse en torno a determinados hechos que puedan constituir una posible infracción, siendo también que las visitas de inspección no deben implicar la suspensión de toda la actividad comercial en el establecimiento del agente económico investigado⁸¹. A su vez, las visitas deberán realizarse en horarios de oficina oportunos.

Finalmente, la incidencia del principio de razonabilidad debe siempre ponderarse teniendo presente que la Secretaría Técnica tiene la misión de proteger la libre competencia en el mercado -bien jurídico de rango constitucional-, de modo que es necesario que sus facultades de investigación se orienten a tal objetivo, asegurando su eficacia.

77 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.-

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo (...):

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

78 El Tribunal Constitucional ha señalado que por el principio de razonabilidad "se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso". Cfr. Sentencia del 18 de febrero de 2005 recaída en el Expediente No. 2235-2004-AA/TC. De modo complementario, indica dicho cuerpo colegiado que "mediante este test se controla, en primer lugar, si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación; en segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación y, finalmente, se determina si se trata de una medida adecuada y necesaria (...)". Para tales efectos, revisar: Sentencia del 17 de junio de 2003 recaída en el Expediente No. 1277-2003-HC/TC.

79 Sobre la necesidad de llevar a cabo estas funciones con suma prudencia, revisar FERNÁNDEZ, Severiano, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la actividad inspectora*, Comares, Granada, 2002, pp. 131-132.

80 Como señala ZEGARRA, el principio de proporcionalidad conlleva que "la Administración buscará aquellos hechos que puedan tener relevancia para aquello que es materia de investigación, siempre de la manera menos restrictiva y en la forma y medida menos lesiva, debiendo estar justificado siempre por la eventual afectación a los intereses públicos que trata de conocerse y limitarse". ZEGARRA, Diego, *La Participación de los Privados en la Actividad de Supervisión en el Sector Eléctrico Peruano: Breve Aproximación a su Estudio*, Revista de Derecho Themis No. 69, Lima, 2016, p. 126.

81 Ello sin perjuicio de que, en el marco de su deber de colaboración, los trabajadores y representantes de los agentes económicos deban facilitar la labor de los inspectores y atender oportunamente los requerimientos que le sean formulados, evitando conductas que puedan entorpecer o dilatar el desarrollo de la visita de inspección.

IV.2 Deber de colaboración de los agentes económicos

En tanto las potestades de inspección otorgadas por el ordenamiento comportan una limitación de los derechos de los administrados, estos se encuentran obligados a colaborar con las entidades y asumir las consecuencias derivadas de dicha actuación fiscalizadora, denominándose al conjunto de estas obligaciones como "deber de colaboración".

Este deber de colaboración constituye un elemento esencial de las visitas de inspección: siendo que a través de estas actividades la Administración busca conocer hechos y obtener información que no se encuentra bajo su control -especialmente en el ámbito de la libre competencia-, es necesario que los inspeccionados permitan el ejercicio de dichas funciones y faciliten toda la información que los inspectores consideren relevante para efectos de la investigación⁸².

Tal importancia ha sido subrayada por la Sala en reiteradas ocasiones, a saber⁸³:

"Este deber de colaboración dota de real eficacia las facultades de investigación con las que cuenta la Administración Pública, dado que, sin este las entidades no podrían proteger a cabalidad los bienes jurídicamente tutelados (como, por ejemplo, la defensa de la libre competencia) cuya protección les ha encargado el ordenamiento". (Subrayado añadido).

El deber de colaboración cuenta también con reconocimiento legal, señalando el referido artículo 243 de la LPAG que los administrados están obligados a permitir la realización de la diligencia y facilitar las labores de los inspectores. A su vez, la norma también prevé que los administrados deben colaborar en el esclarecimiento de los hechos analizados por la autoridad investigadora, así como facilitarle documentación e información para tal fin⁸⁴.

La importancia de este deber es tal que su incumplimiento constituye una infracción tipificada bajo el artículo 46.7 de la Ley de Libre Competencia, susceptible de sanción con multas de hasta 1000 UIT⁸⁵. Como puede apreciarse, este tipo infractor regula distintos supuestos de obstrucción de las funciones de la Secretaría Técnica (entre otros), contemplando acciones tales como la presentación de información falsa, el ocultamiento, destrucción o alteración de la información requerida, el incumplimiento injustificado de los requerimientos formulados por la autoridad, la negativa a comparecer y el entorpecimiento de las funciones de la autoridad, todas las cuales pueden plasmarse en el marco de una visita de inspección.

Bajo esta prohibición subyace entonces un incumplimiento del deber de colaboración del administrado, que tiene por objeto o efecto perjudicar las acciones de investigación de la Secretaría Técnica -sea obstaculizándolas o dilatándolas- e impedir que la autoridad cumpla las funciones que le han sido legalmente encomendadas, independientemente de que dicho incumplimiento frustre o no la realización de la visita de inspección⁸⁶.

82 REBOLLO desarrolla este punto, manifestando que "jurídicamente entre lo más característico de la inspección, que expresa como pocas actividades la supremacía e imperium de la Administración, es que se basa y se manifiesta en imponer deberes, de modo que no puede considerarse que sea en su totalidad para actividad material o técnica de la Administración. Muchos de estos deberes para con la inspección están establecidos directa y abstractamente por las normas. Otras veces son impuestos en el caso concreto por la Administración". REBOLLO, Manuel, Ob. Cit., pp. 59-66.

83 Resolución No. 0486-2017/SDC-INDECOPi del 17 de agosto de 2017, recaída en el Expediente No. 001-2013/CLC.

84 **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 67. Deberes generales de los administrados en el procedimiento.-

(...) 68.2 En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.

2. Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos. (...)

Artículo 68. Suministro de información a las entidades.-

(...) 68.2 En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.

85 **Ley de Libre Competencia**

Artículo 46. El monto de las multas.-

(...) 46.7. La presentación de información falsa, o el ocultamiento, destrucción o alteración de información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Secretaría Técnica, la Comisión o el Tribunal, o que sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o el incumplimiento injustificado de los requerimientos de información que formulen, o la negativa a comparecer, o el entorpecimiento del ejercicio de las funciones de la Secretaría Técnica, la Comisión o el Tribunal, podrán ser sancionadas por la Comisión o el Tribunal, según corresponda, con multa no mayor de mil (1000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión; sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

86 Al respecto, la sentencia del 27 de octubre de 2010 de la Audiencia Nacional de España concluyó que "el tipo de la infracción no exige en ningún caso el

Considerando las particularidades de este tipo infractor, se considera pertinente citar a modo de ejemplo una serie de conductas que podrían subsumirse en los supuestos del artículo 46.7 de la Ley de Libre Competencia. La publicación de este listado enunciativo constituye una garantía adicional a favor de los administrados, permitiéndoles conocer qué tipo de conductas concretas podrían calificar como obstrucción de las funciones de la autoridad y generando mayor predictibilidad sobre los agentes económicos que concurren en el mercado.

Cabe precisar que la recopilación ejemplificativa de este tipo de conductas no resulta extraña en el ámbito de la libre competencia. A modo referencial, en España la CNMC publicó una nota informativa sobre sus inspecciones, en la que no solo se detallan las consecuencias que afrontarían los administrados de negarse u obstruir una visita de inspección, sino que, basados en su casuística, listan distintas conductas que podrían configurar estas infracciones⁸⁷.

Teniendo en cuenta lo señalado, constituyen ejemplos no taxativos de infracciones de este tipo las siguientes conductas:

CONDUCTA INFRACTORA	TIPIFICACIÓN
Negar o dificultar injustificadamente el acceso de los inspectores a la sede de la empresa (o a determinadas fuentes de información) ⁸⁸ .	Entorpecimiento de las funciones de la Secretaría Técnica.
Identificar erróneamente a los responsables a cargo de las áreas objeto de investigación (o sus respectivos despachos), así como brindar información inexacta sobre su presencia o sobre la ubicación de determinadas fuentes de información ⁸⁹ .	Entorpecimiento de las funciones de la Secretaría Técnica.
No presentar (o hacerlo de forma incompleta) los documentos o archivos solicitados por los inspectores ⁹⁰ .	Incumplimiento injustificado de los requerimientos de información.
Proporcionar información falsa o inexacta (sea mediante declaraciones y/o documentos), así como alterar, ocultar o destruir cualquier tipo de elemento objeto de inspección ⁹¹ .	Presentación de información falsa u ocultamiento, destrucción o alteración de información.
Negarse injustificadamente a brindar las explicaciones solicitadas por los inspectores ⁹² .	Ocultamiento de información.
Obstruir el ejercicio de las funciones de los inspectores mediante violencia o amenaza.	Entorpecimiento de las funciones de la Secretaría Técnica.

requisito de que la obstrucción a la labor inspectora sea de tal entidad que la impida o frustre completamente, y así lo corroboran buena parte de los ejemplos de obstrucciones que reseña el artículo 62. 2 e) de la LDC, que no contemplan sino un entorpecimiento de la inspección".

87 Revisar el siguiente enlace: <https://bit.ly/2JUj6WE>. Visto por última vez el 7 de abril de 2020.

88 Mediante Resolución de la CNMC recaída en Expediente SNC/02/08 se responsabilizó a una compañía por negar injustificadamente el acceso de los inspectores al despacho de su Director General.

89 A través de la Resolución de la CNMC recaída en Expediente SNC/14/11 se sancionó a una empresa por, entre otros, formular alegaciones ambiguas sobre la presencia de uno de sus colaboradores fuera de oficina.

90 Al respecto, mediante Resolución No. 0486-2017/SDC-INDECOPI la Sala confirmó la sanción a una empresa por no presentar copia de los correos electrónicos requeridos en el marco de una visita de inspección.

91 En España, mediante Resolución de la CNMC recaída en Expediente SNC/10/11 se multó a una empresa por sustraer documentos que los inspectores habían seleccionado para su posterior copiado.

92 En el mismo caso detallado en el pie de página precedente, se consideró como un supuesto de obstrucción que los colaboradores de la empresa se nieguen a brindar información sobre la ubicación de los documentos sustraídos.

De incurrirse en tales infracciones, y al margen de una eventual responsabilidad penal⁹³, estos hechos serán evaluados por la Comisión en un procedimiento sancionador, permitiéndole al agente económico imputado ejercer su derecho de defensa así como brindar sus explicaciones o justificaciones vinculadas a la conducta imputada a título de cargo. Como se pudo adelantar, en caso se declare la responsabilidad del agente económico imputado por dicha infracción, se le podrá imponer una multa de hasta 1000 UIT, sanción susceptible de ejecutarse coactivamente a través de los mecanismos previstos por la legislación de la materia.

Por consiguiente, las indicaciones que pueda hacer la Secretaría Técnica -tanto a través de la orden de inspección como por medio de los inspectores durante la visita- en cuanto a las sanciones previstas por la Ley de Libre Competencia ante posibles supuestos de obstrucción de sus funciones no implican bajo ninguna circunstancia una amenaza, intimidación u hostigamiento hacia los administrados. Por el contrario, estas indicaciones únicamente son resultado de la obligación de la autoridad de informar sobre las posibles consecuencias que podrían afrontar de no observar su deber de colaboración durante la diligencia, con lo cual no acarrearán que el consentimiento que pudiesen otorgar los inspeccionados para ejercer dichas facultades se encuentre mermado o viciado⁹⁴.

En esta línea, el ordenamiento jurídico reconoce la importancia de que los administrados colaboren con los inspectores de la Secretaría Técnica durante todo el transcurso de la visita, obligación cuyo fundamento próximo radica en asegurar la eficacia de la diligencia y su fundamento remoto consiste en la vigilancia de la libre competencia, labor encomendada por la Constitución. Para tal fin, la Ley de Libre Competencia prohíbe también todo tipo de conductas que tengan por objeto o efecto obstaculizar la labor de la Secretaría Técnica o perturbar el desarrollo de la visita de inspección.

IV.3 Inicio de la diligencia: acceso a las sedes inspeccionadas

La Ley de Libre Competencia faculta a la Secretaría Técnica para realizar visitas de inspección en los locales de los agentes económicos investigados. Esta atribución refleja una de las modalidades más frecuentes de las potestades de inspección, permitiendo que las personas designadas por la Secretaría Técnica acudan directamente a los establecimientos donde los administrados desarrollan sus actividades comerciales, a fin de verificar cualquier posible ilícito anticompetitivo.

La regulación prevé también la posibilidad de que estas visitas se ejecuten de forma sorpresiva -esto es, sin necesidad de avisar previamente acerca de su realización-, con el propósito de acceder inmediatamente a la información que se busca y mitigar su riesgo de eliminación. Y es que la notificación del desarrollo de una visita de inspección desnaturalizaría irremediablemente su propósito, permitiendo no solo que los inspeccionados oculten o incluso destruyan dicha evidencia, sino que alerten a los demás involucrados en la posible infracción, vaciando de contenido a la diligencia y tornándola en ineficaz⁹⁵. Es por eso que las visitas de inspección adquieren su real dimensión cuando se realizan sorpresivamente y, de ser el caso, de forma simultánea en las sedes de los agentes económicos investigados.

93 Código Penal

Artículo 366. Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.-

El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas.

Artículo 368. Resistencia o desobediencia a la autoridad.-

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años (...).

94 En este sentido se han pronunciado también las autoridades españolas. Al respecto, mediante Sentencia del 26 de mayo de 2015 recaída en Recurso No. 175/2013, la Audiencia Nacional señaló que *"No puede entenderse que la mera indicación de la obligación de colaboración con el personal de la CNMC sea motivo suficiente para deducir que haya existido coacción alguna, a falta de otro dato recogido en el acta de inspección. En consecuencia, no puede decirse que no haya habido consentimiento del titular, ni tampoco sea (sic) invocable la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita la actora, ni que dicho consentimiento se halle viciado"*.

95 Reiteramos que la experiencia comparada respalda esta postura. A modo de ejemplo, la SIC destaca que *"resultaría absurdo exigir a una autoridad de inspección, vigilancia y control que realiza una visita administrativa con el objeto de recaudar pruebas, el que la misma se notifique previamente, toda vez que la exigencia desnaturalizaría el propósito mismo de pre constituir las pruebas sobre la comisión de una violación al régimen de competencia"*. Resolución No. 18727 del 26 de marzo de 2014 (Radicación No. 13-147566).

En dicho sentido, y sin perjuicio de que la Ley de Libre Competencia prevé la posibilidad de realizar visitas de inspección con o sin previa notificación, la Secretaría Técnica y la Comisión coinciden en reconocer que las visitas realizadas de forma sorpresiva son las más idóneas para garantizar la eficacia y utilidad de estas diligencias, dotándolas de mayor versatilidad y asegurando la oportuna obtención de los medios probatorios perseguidos por la autoridad.

Teniendo en cuenta ello, a continuación se desarrollan dos aspectos de suma importancia que debe observar la Secretaría Técnica al momento de iniciar una visita de inspección.

a) Notificación de la orden de inspección y deber de identificación

Conforme al citado artículo 241 de la LPAG, con motivo de la diligencia los inspectores tienen el deber de identificarse a requerimiento de los administrados, presentando los documentos pertinentes para tal fin: DNI y credenciales o *fotocheck* institucional. Este deber de identificación tiene por objetivo acreditar que los inspectores se encuentran adecuadamente nombrados y debidamente habilitados para llevar a cabo dichas diligencias⁹⁶.

En este escenario, una vez apersonados en las oficinas de los agentes económicos, los inspectores de la Secretaría Técnica se anunciarán ante el área de recepción de la compañía -portando sus credenciales- y comunicarán la realización de la diligencia, para lo cual solicitarán la presencia de un representante de la empresa, previa presentación de la orden de inspección (entregando una copia para su firma, a modo de cargo).

Así, por medio de estos actos los inspectores cumplen un doble objetivo:

- i. Permitir a los administrados conocer a los sujetos que desarrollarán la visita, quienes se encontrarán debidamente designados para tal labor.
- ii. Dejar constancia de la hora de inicio de la diligencia -vía la firma del cargo de la orden de inspección, sea en el área de recepción o despacho que haga sus veces-, facilitando la verificación de posibles supuestos de retraso o dilatación de la visita.

Es necesario precisar que la noción de "representante de la empresa" debe interpretarse con carácter amplio y no formalista, entendiéndose como tal a toda persona que ejerza un cargo que le permita atender estas diligencias (esto es, sin necesidad de contar con facultades societarias o poderes registrales específicos sobre la materia). De lo contrario, se correría el riesgo de crear incentivos negativos que perjudicarían la labor de la Secretaría Técnica, pues ciertos administrados podrían aprovechar dicha situación y buscar que aquel "representante con poderes" no se encuentre en oficina, a fin de dilatar o evitar la realización de estas inspecciones.

Como resultado de ello, tampoco resultaría válido ni razonable pretender condicionar el desarrollo de la visita a la presencia o llegada de un representante específico (por ejemplo, alegando que la inspección única y exclusivamente podría realizarse con la presencia del gerente general), pues ello supondría otro obstáculo injustificado a la labor de la Secretaría Técnica.

Estas consideraciones han sido respaldadas por la Corte Suprema de Justicia: tras una demanda contenciosa presentada por una empresa que se negó a brindar la información requerida por la Secretaría Técnica, el órgano jurisdiccional indicó que no es necesario que se encuentre presente en la inspección el representante legal de la empresa pues, de exigirse tal requisito, se ampararía injustificadamente una excusa para obstaculizar las actuaciones de inspección de la autoridad⁹⁷.

⁹⁶ FERNÁNDEZ precisa que "la circunstancia del desarrollo de la actuación inspectora principalmente fuera de las oficinas de la Administración, unida al hecho de que generalmente los funcionarios inspectores (...) carecen de uniformidad, ha impuesto desde antiguo la necesidad de proveer a estos funcionarios de documentos distintivos tanto para hacer valer su autoridad ante los administrados (...)" FERNÁNDEZ, Severiano, Ob. Cit., pp. 246-247.

⁹⁷ Cfr. Sentencia de la Sala Civil Transitoria de 30 de mayo de 2012 (Expediente No 1460-2011). Así, la autoridad judicial indicó que si bien uno de los trabajadores entrevistados por la Secretaría Técnica no ejercía la representación legal de tal empresa, este se encontraba en posibilidad de trasladar la responsabilidad de dar la información requerida a las gerencias correspondientes.

Por su parte, se reitera que durante el proceso de notificación de la orden de inspección los administrados se encuentran obligados a colaborar con los inspectores, a fin de que estos puedan iniciar sus labores sin inconvenientes. Para facilitar su cumplimiento y el desarrollo adecuado de la visita, la Secretaría Técnica acudirá al personal de mayor jerarquía que encuentre en oficina y explicará los alcances de la visita y el deber de colaboración de la empresa, a efectos de que estos sujetos canalicen dicho mandato y coordinen internamente con cada colaborador la oportuna atención de los requerimientos de la Secretaría Técnica.

En dicho sentido, los agentes económicos no podrán realizar conductas que supongan dilatar el inicio de la visita o retrasar la recepción de la orden de inspección; por ejemplo, manteniendo injustificadamente a los inspectores en una sala de espera (o fuera del local) hasta la llegada de determinado asesor.

Finalmente, y conforme al artículo 32 del Decreto Legislativo No. 807, que aprueba las Facultades, Normas y Organización del Indecopi (en adelante, el Decreto Legislativo No. 807), cualquier persona autorizada por la Secretaría Técnica o la Comisión puede realizar una visita de inspección⁹⁸. Siendo ello así, la Secretaría Técnica podrá designar a cualquier persona para llevar a cabo la diligencia, independientemente de su estatus profesional o vínculo con el Indecopi.

b) Derecho a la asistencia de abogado

En el marco de una visita de inspección se permite a los investigados solicitar asesoría profesional en caso lo consideren pertinente, como indica el enunciado artículo 242.6 de la LPAG. Este derecho usualmente se materializa con la presencia de un abogado durante el desarrollo de la diligencia, a fin de acompañar a los inspectores, formular las observaciones que estime oportunas y revisar el contenido del acta correspondiente al culminar la visita.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho no puede implicar conductas abusivas o negligentes que supongan obstaculizar el desarrollo de dicha visita, con lo cual la presencia (o ausencia) de este asesor no debe condicionar su legalidad ni perjudicar el inicio de la inspección. En efecto, dada la naturaleza de las infracciones anticompetitivas, los primeros minutos de la diligencia resultan claves para obtener la información relevante buscada por la autoridad; de lo contrario, el riesgo de que esta sea alterada o destruida se incrementa exponencialmente, junto a la posibilidad de que otros sujetos involucrados en la supuesta conducta ilícita adopten medidas para entorpecer la función de la Secretaría Técnica.

Bajo este contexto, resultaría contraproducente que el inicio de la inspección se encuentre supeditado a la eventual llegada del asesor legal a las oficinas de la compañía -circunstancia que depende de distintos factores que escapan de la esfera de control de la Secretaría Técnica-, perjudicando así su eficacia y utilidad. Por consiguiente, es necesario ratificar la importancia de la inmediatez con la que deben desarrollarse las visitas de inspección, evitando que los administrados impidan o retrasen la diligencia en función de la presencia de su asesor.

Esta posición ha sido reconocida por distintas autoridades extranjeras. Al respecto, la CNMC manifiesta lo siguiente⁹⁹:

"(...) tanto la jurisprudencia nacional como la comunitaria han señalado expresamente que la asistencia jurídica a través de un abogado externo o un jurista interno no puede condicionar la legalidad de una inspección de competencia ni menoscabar el buen desarrollo de dicha inspección". (Subrayado añadido).

98 Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI

Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto (...).

99 Resolución del 9 de junio de 2016 recaída en el Expediente R/AJ/021/16. En el mismo sentido, la SIC colombiana precisa que "*pese a ser ideal la presencia del representante legal, la misma no es requisito sine qua non para el adelantamiento de este tipo de actuaciones*". Resolución No. 18727 del 26 de marzo de 2014 (Radicación No. 13-145766).

Coincide con esta afirmación el Tribunal Supremo español¹⁰⁰:

"No existe un derecho, en cuanto indisponible, a la asistencia letrada durante la investigación, y, en general, tampoco existe un derecho a la asistencia letrada en vía administrativa -aunque sí en la investigación penal, donde es un derecho plenamente garantizado- y ello sin perjuicio de que el interesado pueda voluntariamente nombrar un letrado que le asista. No es pues, imprescindible la presencia de letrado en la investigación realizada por el Servicio, aunque puede estar presente a instancia de la interesada". (Subrayado añadido).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal General de la Unión Europea¹⁰¹:

"Por tanto, el Tribunal estima que un abogado externo o un jurista interno puede estar presente en la empresa cuando la Comisión realice una inspección, pero que la presencia de un abogado externo o de un jurista interno no puede condicionar la legalidad de la inspección (...) Para que el ejercicio de este derecho a la asistencia de un abogado no pueda menoscabar el buen desarrollo de la inspección, las personas encargadas de realizar la inspección deben poder acceder inmediatamente a todos los locales de la empresa, notificarle la decisión por la que se ordena la inspección y ocupar los despachos que elijan, sin esperar a que la empresa haya consultado a su abogado. Asimismo, debe darse a las personas encargadas de realizar la inspección la oportunidad de controlar las comunicaciones telefónicas e informáticas de la empresa para evitar, en particular, que ésta se ponga en contacto con otras empresas que sean también objeto de una decisión por la que se ordene una inspección (...)". (Subrayado añadido).

Lo señalado por la jurisprudencia extranjera guarda coherencia pues lo que se persigue mediante una visita de inspección es obtener información asociada a una supuesta práctica anticompetitiva, independientemente de la persona que pueda facilitar dicha información. Siendo ello así, no resultaría razonable que esta labor se vea obstaculizada por la ausencia o retraso del asesor legal de la compañía investigada.

De hecho, tan evidente es que la presencia del abogado en la inspección es facultativa que el propio artículo 242.6 de la LPAG indica que se podrá ejercer este derecho "si el administrado lo considera", con lo cual el legislador reconoce que su ausencia no supone un impedimento para iniciar la visita. Lo anterior, sin perjuicio de que los inspectores podrán otorgar un plazo prudencial para esperar la llegada del asesor legal o persona que consideren necesaria y continuar la diligencia, sin que ello acarree impedir el ingreso de los inspectores a las oficinas a efectos de comenzar a preparar la diligencia.

Cabe precisar que las características de cada investigación y las particularidades de las inspecciones conllevan que no sea posible determinar un tiempo máximo de espera aplicable a todos los casos, toda vez que durante la diligencia pueden presentarse distintas circunstancias que hagan necesario desarrollarla con mayor o menor premura. En ese sentido, analizadas estas circunstancias los inspectores decidirán el tiempo que se otorgará para esperar la llegada del asesor legal, considerando siempre la importancia de iniciar la visita tan pronto sea posible y procurando que este plazo sea breve¹⁰².

Inclusive, en caso los agentes económicos lo deseen, podrán contactar telefónica o virtualmente a su abogado o representante a fin de recibir asesoramiento, permitiéndose también que estos asesores se comuniquen con los inspectores a cargo de la visita¹⁰³.

100 Sentencia del 17 de marzo de 2003, recaída en Recurso No. 10329/1997.

101 Sentencia del 27 de septiembre de 2012, recaída en el Asunto T-357/06.

102 Al respecto el Tribunal Europeo sostiene también que "el plazo que la Comisión está obligada a conceder a una empresa para que pueda ponerse en contacto con su abogado antes de comenzar a consultar los libros y otros documentos, a hacer copias de ellos, a precintar los locales o la documentación o a solicitar explicaciones orales a cualquier representante o miembro del personal de la empresa, depende de las circunstancias particulares propias de cada asunto concreto y, en cualquier caso, sólo podrá ser extremadamente breve y reducirse al mínimo estricto". Sentencia del 27 de septiembre de 2012 recaída en el Asunto T-357/06.

103 Situación reconocida también por la CNMC. Cfr. Resolución del 4 de febrero de 2016 en el Expediente R/AJ/121/15 y Resolución del 29 de septiembre de 2015 en el Expediente R/AJ/092/15.

De conformidad con el bloque legal vigente en materia de inspecciones, y en concordancia con la extensa práctica y jurisprudencia internacional, la presencia del asesor legal no puede constituir un requisito indispensable para llevar a cabo la visita de inspección ni vulnera los derechos de las empresas investigadas iniciar la diligencia en ausencia de dicho representante legal.

Finalmente, los asesores legales o profesionales que asistan a la diligencia deben observar las reglas de buena fe y lealtad procesal que rigen su actuación legal, evitando la comisión de conductas que directa o indirectamente supongan un entorpecimiento de la función inspectora.



V. DESENVOLVIMIENTO DE LA VISITA DE INSPECCIÓN

De conformidad con las disposiciones de la Ley de Libre Competencia, una vez iniciada la diligencia los inspectores podrán ejercer las siguientes facultades:

V.1 Acceso y copia de documentación e información relevante para la investigación

Durante la visita de inspección la Secretaría Técnica se encuentra facultada para acceder, revisar y copiar todos aquellos archivos y documentos que considere pertinentes, cualquiera sea su soporte material (físico, electrónico, etc.), así como obtener información asociada a la actividad comercial del agente económico investigado (organigramas, políticas contables o comerciales, relaciones con distribuidores, etc.).

Como es sabido, uno de los objetivos de las visitas de inspección es verificar la existencia de indicios de posibles conductas anticompetitivas. Tratándose de investigaciones preliminares, en las que de momento no se cuenta con datos pormenorizados sobre la posible infracción fiscalizada, no le es posible a la autoridad elaborar un listado exacto de la documentación que será requerida (o de las fuentes en las que se encontrará tal información)¹⁰⁴. De hecho, es posible -y sumamente frecuente- que en el desarrollo de la diligencia la Secretaría Técnica identifique documentos útiles para la investigación cuya existencia desconocía con anterioridad a la inspección. Con base en ello, y a efectos de no restarle versatilidad a la diligencia, resulta imprescindible que en el marco de la visita de inspección se recopile toda información que pueda arrojar indicios de posibles vulneraciones a la libre competencia.

Dicha situación adquiere más relevancia en el caso de documentos y archivos en formato electrónico, pues para nadie resulta sorprendente que el progreso tecnológico de las últimas décadas ha modificado sustancialmente las relaciones sociales y de trabajo, influyendo notoriamente en la forma de comunicación al interior de las compañías. En lo que respecta al ámbito de la libre competencia, los agentes económicos suelen utilizar correos electrónicos para coordinar y ejecutar prácticas anticompetitivas (tal como demuestra la extensa experiencia nacional y extranjera), constituyendo quizás las pruebas más directas de dichos ilícitos.

Sobre la influencia de los medios electrónicos y su relación con las inspecciones de las agencias de competencia, la CNMC indica lo siguiente¹⁰⁵:

"(...) resulta necesario también destacar la importancia actual en las mismas del desarrollo tecnológico alcanzado por las empresas en lo relativo al almacenamiento de información y documentación en soporte informático (...). En primer lugar en lo que se refiere al volumen de la información sobre la que se debe ejercer la inspección. En estos momentos el ordenador personal de un empleado de una empresa inspeccionada puede contener mayor volumen de documentación comercial que una habitación repleta de documentos, en muchas ocasiones mezclada sin una separación clara en los archivos informáticos del ordenador con documentación personal del propio empleado. Esta situación puede repetirse en toda la empresa, dando lugar a un volumen ingente de documentación sobre la que la autoridad de competencia debe ejercer su labor de inspección en un tiempo breve, sin menoscabar el funcionamiento normal de la empresa.

En segundo lugar, el desarrollo tecnológico permite igualmente que la información y documentación existente en los sistemas de información de la empresa (servidores, ordenadores, etc.) sea fácilmente alcanzable y rápidamente eliminada por terceros situados en un lugar remoto (distinto de la sede de la

104 La SIC comparte esta posición, indicando que "al ejecutar la visita de inspección en etapa preliminar (...) el Despacho no ha elaborado juicio de valoración alguno o examen de tipicidad que permita circunscribir o delimitar los hechos a investigar. Por esta razón, no puede elaborar una enunciación documental precisa y taxativa de lo requerido (...) Es posible que en el curso de la diligencia, el Despacho encuentre información útil, conducente y pertinente cuya existencia desconocía antes de la visita y por lo mismo no la hubiera podido solicitar de forma escrita". Resolución No. 18727 del 26 de marzo de 2014 (Radicación No. 13-145766).

105 Resolución del 3 de octubre de 2008, recaída en el Expediente R/0006/08.

empresa) si se dispone de las herramientas informáticas adecuadas. Ambas características: volumen ingente de información y facilidad para su eliminación, unidas al carácter frecuentemente secreto, furtivo y clandestino de la información que se busca, son elementos que no pueden dejar de tomarse en consideración a la hora de evaluar la actividad inspectora de cualquier autoridad de competencia". (Subrayado añadido).

Las dificultades intrínsecas a las inspecciones sobre documentos electrónicos -tanto por su cantidad como por su posibilidad de eliminación desde lugares remotos- se tornan más evidentes al analizar el contexto en el que las infracciones anticompetitivas se desenvuelven: dada su clandestinidad y complejidad, no resulta posible que los inspectores disgreguen en el breve lapso de la inspección cuál será la información relevante para la investigación, por lo que el riesgo de que esta data permanezca oculta -o sea destruida- se incrementa.

Estas circunstancias reafirman la necesidad de que la Secretaría Técnica cuente con poderes de inspección suficientemente eficientes y eficaces -acordes con el marco legal vigente-, en aras de descubrir los ilícitos anticompetitivos perseguidos y garantizar la competencia en el mercado. Por tanto, los inspectores deben tener facultades idóneas y amplias para acceder, examinar y copiar todo tipo de documentación -especialmente aquella electrónica-, a fin de cumplir la misión encomendada por la Constitución.

Así lo entiende también el Tribunal Europeo, precisando que¹⁰⁶:

"(...) La Comisión puede registrar exhaustivamente el contenido de ciertos despachos o carpetas, aun cuando no haya ningún indicio claro de que en ellos se encuentre información relacionada con el objeto de la investigación, siempre y cuando existan elementos que así lo sugieran. En efecto, tal y como señala con acierto la Comisión, limitarse a entrar en los locales o a examinar las carpetas que tienen una clara relación con el objeto de la investigación podría impedir encontrar ciertos elementos de prueba importantes. Estos elementos de prueba podrían, por ejemplo, haber sido ocultados o nombrados de forma incorrecta.

Además, la relación con el objeto de la investigación no es necesariamente fácil de identificar en un primer momento y puede ser que sólo un examen minucioso permita identificarlo. Tal y como señala la Comisión, sus agentes no siempre tienen un conocimiento técnico perfecto del conjunto de sectores afectados por la investigación y no siempre les resulta posible determinar inmediatamente la relevancia de un documento, de manera que deben llevar a cabo necesariamente una búsqueda relativamente amplia". (Subrayado añadido).

Esta posición es compartida por la CNMC, a saber¹⁰⁷:

"En suma, la jurisprudencia examinada muestra que la empresa inspeccionada no tiene derecho a impedir durante la inspección que la autoridad de competencia realice una investigación exhaustiva y pueda acceder a documentos ajenos al objeto de la misma, ya sean personales o profesionales, ni este mero acceso a la documentación vulnera en ningún caso el derecho de defensa de la compañía". (Subrayado añadido).

La importancia de recopilar los correos electrónicos de los agentes económicos inspeccionados también es señalada por los organismos jurisdiccionales colombianos: tras una acción interpuesta por una compañía con el objeto de cuestionar una visita de inspección en la que la SIC recopiló una serie de correos y documentos electrónicos, la autoridad judicial declaró lo siguiente¹⁰⁸:

106 Sentencia del 6 de septiembre de 2013 (Asuntos T-289/11, T-290/11 y T-521/1). Traducción libre.

107 Resolución del 23 de septiembre de 2013, recaída en el Expediente R/0148/13.

108 Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 30 de abril de 2013.

"(...) basta iterar que el derecho de inspección es una facultad legal que ostentan quienes cumplen funciones de vigilancia o auditoria, por lo que mal puede afirmarse, que al solicitar los correos electrónicos pertinentes se esté causando vulneración al derecho a la correspondencia de la EAAB-ESP, puesto que dicha actividad es propia de la SIC por disposición legal y aquella una entidad por ésta vigilada (...)". (Subrayado añadido).

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana también se ha pronunciado sobre la revisión y búsqueda de correos electrónicos por parte de la SIC durante una visita de inspección, concluyendo que estas facultades no vulneran los derechos de los inspeccionados. Con ocasión de una demanda dirigida a cuestionar la constitucionalidad de las facultades de inspección de la SIC (entre otras entidades), la Corte señaló lo siguiente¹⁰⁹:

"Las visitas de inspección son diligencias probatorias a través de las cuales las superintendencias ejercen la facultad constitucional de exigir la presentación de "documentos privados" o "documentos del comerciante" contenida en el inciso 4° del artículo 15 de la Constitución. Por lo tanto, la revisión, búsqueda y retención de aquellos documentos que se enmarquen en la categoría de "documentos privados" por parte de las superintendencias no vulnera ni interfiere con el derecho a la intimidad de las investigadas y por tanto no puede catalogarse como un registro o interceptación de comunicaciones privadas sometidos a reserva judicial. Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de documentos de los documentos contenidos en computadoras, tablets y correos electrónicos institucionales, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interceptación o registro en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ello, harían parte de la categoría de documentos privados a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución". (Subrayado añadido).

Finalmente, frente a cuestionamientos de distintos agentes económicos contra la facultad de la Comisión Europea para copiar los discos duros de las computadoras de algunos de sus empleados, y posteriormente analizarlos en oficinas de la autoridad mediante instrumentos forenses especializados (en adelante, FIT), el Tribunal General de Justicia de la Unión Europea ratificó la validez de esta actuación inspectora¹¹⁰:

"En efecto, en contra de lo sostenido por las demandantes, no se desprende del artículo 20, apartado 2, letras b) y c), del Reglamento n.º 1/2003 que la facultad de la Comisión de hacer u obtener copias o extractos de los libros y de la documentación profesional de una empresa inspeccionada quede limitada a los libros y a la documentación profesional que ya han sido controlados."

Además debe observarse que tal interpretación podría menoscabar el efecto útil del artículo 20, apartado 2, letra b), de dicho Reglamento en la medida en que, en algunas circunstancias, el control de los libros y la documentación profesional de la empresa inspeccionada puede necesitar que se realicen previamente copias de tales libros o de la documentación profesional, o bien hacerse más simple, como sucede en este caso, gracias a dichas copias."

Por consiguiente, puesto que la realización de la copia imagen del disco duro de los ordenadores de que se trata se inscribía en el marco de la aplicación por la Comisión de la FIT, cuyo objetivo era buscar la información pertinente para la investigación, la realización de esa copia estaba comprendida dentro de las facultades establecidas en el artículo 20, apartado 2, letras b) y c), del Reglamento n.º 1/2003." (Subrayado añadido).

¹⁰⁹ Sentencia C-165/19 del 10 de abril de 2019. Si bien dicha demanda de inconstitucionalidad versaba sobre las facultades de inspección de la SIC en materia de protección al consumidor, el análisis de la Corte Constitucional puede hacerse extensivo a las facultades de inspección que la SIC ejerce en sede de libre competencia, toda vez que presentan identidad sustancial.

¹¹⁰ Sentencia del 12 de julio de 2018, recaída en el Asunto T 475/14.

Teniendo en cuenta la experiencia internacional, y atendiendo a las facultades encomendadas por la Ley de Libre Competencia (las cuales cuentan con base constitucional), durante una visita de inspección la Secretaría Técnica podrá acceder y copiar todos aquellos documentos que considere relevantes, incluyendo el contenido completo de cuentas de correo electrónico¹¹¹, información almacenada en fuentes digitales o remotas susceptibles de acceso (nubes o servidores externos) y cualquier otro archivo que pueda contener información vinculada a la investigación. Lo anterior, siempre teniendo presente que el cuantioso volumen de documentación que puede obrar en las computadoras y equipos inspeccionados conlleva como regla general -e inclusive, en casi la totalidad de los casos- que no exista una separación clara que permita identificar aquella información que sería relevante para la investigación; menos aún, en el breve lapso en el que se desarrolla una visita de inspección.

En ese sentido, negar el ejercicio de estas facultades supondría limitar la eficacia de dichas inspecciones, obstaculizando la posibilidad de obtener pruebas *in situ* e incrementando el riesgo de que los investigados oculten o extraigan documentación relevante para la diligencia¹¹². Esta posición no solo neutralizaría las investigaciones de la Secretaría Técnica e impediría la consecución del fin público constitucional consistente en la defensa de la libre competencia, sino que también perjudicaría en última instancia a los consumidores, quienes se verían expuestos a distintas prácticas anticompetitivas sin que el Estado se vea posibilitado para combatirlas idónea y eficazmente.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario reiterar que el ejercicio de estas facultades no acarrea una vulneración de las garantías de los administrados inmersos en una investigación. Lejos de ello, la Secretaría Técnica observa un razonable protocolo de actuación al momento de recabar esta información, existiendo una serie de parámetros destinados a proteger sus derechos.

En efecto, el hecho de contar con la potestad de acceder y copiar la información que estime relevante no implica concluir que las búsquedas de la Secretaría Técnica serán indiscriminadas o que en el marco de estas diligencias se requerirán elementos manifiestamente ajenos a la investigación. Por el contrario, su actuación procurará someterse al objeto de la inspección¹¹³ (por ejemplo, limitando el acceso a las computadoras de determinados usuarios) y a la verificación del cumplimiento de la regulación de libre competencia, al margen de la comentada imposibilidad de que en el breve plazo de la inspección se realice una revisión individual de todos y cada uno de los documentos físicos o electrónicos bajo control de las empresas.

Asimismo, el copiado de la información contenida en tales equipos se realizará mediante herramientas especializadas y adecuadas para ejecutar dicha labor, evitando perjudicar el funcionamiento de los ordenadores y garantizando que aquella información no sea dañada. Estos instrumentos serán utilizados por el personal informático de la Secretaría Técnica, quienes tienen el deber de resolver cualquier consulta técnica o informática sobre aspectos relacionados con el proceso de copiado.

De modo complementario, en el transcurso de la visita se permitirá que, de manera previa al acceso y copiado por parte de los inspectores, los administrados indiquen qué información resultaría ajena a la investigación (por ejemplo, carpetas con fotografías íntimas o personales, información protegida por el secreto profesional, documentos familiares¹¹⁴ o archivos manifiestamente ajenos a su actividad comercial), solicitando que esta

111 Esta labor de copiado incluirá también aquellos correos electrónicos eliminados que aún se encuentren en el ordenador, a los cuales se podrá acceder por medio de las herramientas forenses empleadas por el personal de la Secretaría Técnica.

112 La CNMC señala que *"la pretensión de la parte recurrente de que la verificación de los documentos se supedita a que la empresa y/o sus representantes legales identifiquen aquellos ficheros que deben ser suprimidos de la documentación a examinar hace inútil la inspección, pues podría ocultarse la documentación comprometedor, por lo que podría convertirse, incluso, en una obstrucción de la labor inspectora, en la medida que se utilizará este mecanismo para extraer del expediente aquellos datos que puedan probar la presunta comisión de infracciones"*. Resolución del 3 de octubre de 2008, recaída en Expediente R/0005/08.

113 Coincide el Tribunal Supremo español, indicando que *"el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones"*. Sentencia del 6 de abril de 2016 (Recurso No. 113/2015).

114 Lo anterior sin perjuicio de que puede ocurrir que personas que mantienen lazos de consanguinidad o afinidad incurran en prácticas anticompetitivas, en cuyo caso aquella documentación sí podría resultar relevante para la investigación.

no sea recopilada. Para tales efectos, resulta trascendental la colaboración de los administrados -quienes se encuentran en mejor posición para filtrar esta información-, pudiendo acompañar a los inspectores a fin de que identifiquen debidamente dicha documentación y expliquen las razones por las que no debe ser copiada¹¹⁵. Frente a ello, los inspectores evaluarán someramente dicha situación y decidirán si acogen el pedido de los administrados, permitiéndose a estos últimos dejar constancia en el acta de cualquier circunstancia relacionada que consideren relevante.

No obstante, debe reiterarse que en el caso de archivos y correos electrónicos esta labor de identificación puede resultar tanto más ardua (por no decir imposible), pues en los ordenadores y equipos análogos de las empresas inspeccionadas suele encontrarse mezclada información comercial relevante para la inspección y datos personales ajenos a la investigación¹¹⁶, sin que sea posible desligar fácilmente dicha información en el corto plazo de la diligencia. Bajo esta premisa, y a fin de proseguir oportunamente con la visita, el administrado tiene la posibilidad de solicitar un periodo de tiempo prudencial para llevar a cabo esta labor de separación, el cual se fijará en función de las circunstancias del caso, el volumen del material a recabarse y la mayor o menor facilidad para identificar tal información. Para efectos referenciales, la Secretaría Técnica suele otorgar un plazo de hasta una hora a fin de que los administrados realicen dicha labor de identificación y separación de la información que a su criterio debe excluirse de la inspección, plazo que podrá variar según las circunstancias de cada caso.

Correlativamente, en estos casos los inspectores también se encontrarán facultados para verificar preliminarmente el contenido de dichos documentos (labor que podrán realizar de forma aleatoria), con el objetivo de validar si efectivamente se trata de información íntima o impertinente para la investigación y tomar una decisión sobre su recopilación. De lo contrario, se crearían incentivos indirectos para atentar contra la labor de la Secretaría Técnica, bastando que los administrados afirmen que sus documentos o cuentas de correo contienen información impertinente para evadir u obstruir las inspecciones de la autoridad.

Cabe añadir también que en el hipotético escenario que la autoridad obtenga documentación electrónica no relacionada con los hechos objeto de investigación, pese a los resguardos señalados, esto no supondrá una vulneración de los derechos de los agentes económicos inspeccionados. Lejos de ello, de presentarse este supuesto la Ley de Libre Competencia prevé que los inspeccionados podrán requerir la reserva genérica de toda la información recogida o declarada durante la inspección, pudiendo dejar constancia de dicho pedido en la respectiva acta¹¹⁷. Esta facultad también es regulada por la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, Directiva sobre la confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del Indecopi (en adelante, la Directiva de Confidencialidad), reiterándose que el administrado podrá solicitar la confidencialidad de toda la información recabada durante la inspección¹¹⁸. Por último, debe tenerse presente

115 Sobre esta facultad, la CNMC resalta que *"debe destacarse que durante la inspección el personal de la empresa o sus representantes legales tuvieron ocasión de señalar aquello que es estrictamente personal y que, en consecuencia, no debía ser recogido, constando en acta como dicha solicitud fue atendida, con carácter general, por el equipo inspector de la DI"*. Resolución del 3 de febrero de 2009, recaída en Expediente R/0010/08.

116 Esta situación también ha sido recogida en el ámbito colombiano. En un procedimiento en el que se cuestionó las inspecciones realizadas por la SIC, la autoridad señaló que *"es claro que la SIC tiene la facultad de inspecciones los correos electrónicos y documentos electrónicos que se relacionan con el giro ordinario de los negocios del sujeto pasivo de una visita administrativa, y en consecuencia los correos electrónicos institucionales de sus empleados se constituyen, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, como "empresariales" y por ende, no resulta procedente negarse a su acceso y revisión por parte de la autoridad alegando que son de "naturaleza mixta" por contener simultáneamente información empresarial y privada o personal de los socios y del representante legal"*. Resolución No. 53878 del 5 de septiembre de 2014 (Radicación No. 13-191521).

117 Ley de Libre Competencia

Artículo 35. Información confidencial.-

35.1 A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (...)

35.2 Solo podrán acceder a la información declarada bajo reserva los miembros de la Comisión y los vocales del Tribunal, sus Secretarios Técnicos y las personas debidamente autorizadas por estos que laboren o mantengan una relación contractual con el INDECOPI. (...)

35.5 Tratándose de una visita de inspección o una entrevista, y en el momento de realizarse esta diligencia, el interesado podrá solicitar la reserva genérica de toda la información o documentación que esté declarando o suministrando a la Secretaría Técnica. Ésta, con posterioridad, deberá informar al interesado qué información o documentación resulta pertinente para la investigación, otorgando un plazo razonable para que el interesado individualice, respecto de la información pertinente, la solicitud de confidencialidad conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

35.6 La Secretaría Técnica o la Comisión podrá declarar de oficio la reserva de información vinculada a la intimidad personal o familiar.

118 Directiva de Confidencialidad

3.8. En el caso de información acopiada en el curso de entrevistas o visitas de inspección in situ realizadas por el INDECOPI, la información acopiada podrá ser declarada confidencial por la autoridad respectiva, a solicitud de parte. Para ello, los administrados podrán solicitar, con carácter general, la reserva de toda la información recabada.

que, con posterioridad a la inspección, toda aquella información que no resulta pertinente para la investigación será devuelta o destruida por la Secretaría Técnica, a solicitud del administrado¹¹⁹.

Siendo ello así, tanto el ejercicio del reseñado derecho de separación como la posibilidad de requerir la reserva genérica de la documentación obtenida durante la visita permiten resguardar los derechos de los administrados, garantizando que la labor de la Secretaría Técnica se circunscriba a aquello relevante para efectos de la investigación.

Por otro lado, durante la revisión de la información recabada en la visita la Secretaría Técnica empleará instrumentos tecnológicos especializados y criterios de búsqueda objetivos y razonables (por ejemplo, usando palabras clave), a efectos de clasificarla y circunscribirse a la recopilación de evidencias relevantes para la investigación, proceso denominado en el ámbito internacional como "indexación"¹²⁰.

El uso de estos elementos de filtrado también se encuentra reconocido por las agencias de competencia extranjeras. Al respecto, reiteramos que el Tribunal General de Justicia de la Unión Europea declaró la legalidad de la facultad de copiar información para, posteriormente, y mediante instrumentos de tecnología especializados, identificar aquella documentación que resultaría relevante para la investigación¹²¹:

"En el presente asunto, debe precisarse que se recurrió a la práctica consistente en realizar una copia imagen de un disco duro de un ordenador o una copia de datos almacenados en un soporte de datos digitales en el marco de la aplicación de la tecnología de las herramientas para el análisis forense (en lo sucesivo, «FIT»), empleada por los agentes de la Comisión en las inspecciones (...) esta tecnología consiste en buscar, con ayuda de un programa específico, en el disco duro del ordenador o en cualquier otro soporte de datos digitales, la información pertinente para el objeto de la inspección mediante el uso de palabras clave. (...) Esta copia imagen permite obtener una copia exacta del disco duro inspeccionado que contiene todos los datos existentes en ese disco duro en el momento preciso en el que se realiza la copia, incluidos los ficheros aparentemente eliminados.

A este respecto, en primer lugar, debe señalarse que, en la medida en que (...) la copia de los datos almacenados en un soporte de datos digitales de la empresa inspeccionada se realiza para proceder a la indexación y dado que, por un lado, esta indexación tiene la finalidad de permitir la búsqueda en un momento posterior de los documentos pertinentes para la investigación, la realización de tal copia está comprendida en las facultades que el artículo 20, apartado 2, letras b) y c) del Reglamento n.º 1/2003 confiere a la Comisión". (Subrayado añadido).

Por su parte, frente a lo alegado por un administrado sobre el ejercicio de las facultades de inspección de la SIC, la autoridad colombiana señaló lo siguiente¹²²:

119 Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

8. De acuerdo a lo anterior, la Comisión considera que los requisitos aplicables a las solicitudes de confidencialidad puedan organizarse de la siguiente manera:

i. Que la información sea pertinente (...)

Tratándose de una entrevista o visita inspectiva, al realizarse esta diligencia, el administrado podrá solicitar la reserva genérica de toda la información que esté declarando o entregando a la Secretaría Técnica, quien con posterioridad deberá citar al administrado para comunicarle la información que resulta pertinente para la investigación preliminar o el procedimiento correspondiente.

Asimismo, la Secretaría Técnica citará al administrado para devolverle la información que no resulta pertinente, bajo apercibimiento de eliminar dicha información.

120 Con relación a los aspectos técnicos vinculados a esta labor, el Tribunal señaló que por medio de la indexación "el programa informático distribuye en un catálogo el conjunto de las letras y las palabras que figuran en el disco duro del ordenador o en cualquier otro soporte de datos digitales objeto de la inspección. La duración de esta indexación depende del tamaño del soporte digital en cuestión, si bien por lo general se prolonga durante un lapso de tiempo considerable. En estas condiciones, los agentes de la Comisión realizan generalmente una copia de los datos contenidos en el soporte de datos digitales de la empresa objeto de la inspección para proceder a la indexación de los datos que se encuentran almacenados en el mismo" Sentencia del 12 de julio de 2018, recaída en el Asunto T 475/14.

121 Sentencia del 12 de julio de 2018, recaída en el Asunto T 475/14.

122 Resolución No. 53878 del 5 de septiembre de 2014 (Radicación No. 13-191521).

"No es el particular el llamado a escoger que tipo de información es relevante para los tramites que adelanta la SIC, o qué indicadores se deben utilizar en el rastreo de la información que busca la autoridad (...)"

Admitir tal interpretación y pretender que sea el ciudadano quien determine los criterios de búsqueda de la información en la práctica de este tipo de pruebas, haría nugatorias las facultades de inspección, vigilancia y control, no solo de la SIC sino de cualquier otra autoridad administrativa que pretendiera ejercer sus funciones". (Subrayado añadido).

Esta filtración se realizará en sede de Indecopi, utilizando espacios debidamente acondicionados para dichas tareas, asegurando la conservación de la información mediante parámetros de seguridad adecuados y restringiendo el acceso exclusivamente al personal debidamente cualificado de la Secretaría Técnica. Ello constituye una garantía adicional a favor de los inspeccionados, resguardando la originalidad e integridad de la documentación hallada (sin posibilidad de que sea alterada), clasificándola conforme a su relevancia y, de resultar útil para la investigación, incorporándola al expediente sancionador correspondiente (en caso se decida iniciar tal procedimiento). Por su parte, de hallarse información ajena a la investigación, esta será destruida o devuelta, a elección de los administrados (tal como se pudo precisar).

Paralelamente, en el marco de sus facultades legales, los funcionarios de la Secretaría Técnica deben observar un estricto deber de sigilo y reserva sobre la información obtenida en la visita de inspección, encontrándose impedidos de revelarla o divulgarla bajo riesgo de incurrir en supuestos de responsabilidad administrativa. Lo anterior, conforme a lo previsto por la Ley de Libre Competencia, el Decreto Legislativo No. 807 y la LPAG¹²³, así como las demás normas aplicables que regulen los deberes de los servidores públicos.

Por otro lado, la Secretaría Técnica podrá inclusive declarar de oficio la reserva de la información relacionada a la intimidad del administrado que pudiese identificar, conforme a lo previsto expresamente por el artículo 35.6 de la Ley de Libre Competencia. En esa línea, el hecho de que eventualmente esta información se encuentre bajo el control de la Secretaría Técnica no implicará su puesta a disposición hacia terceros ni una eventual vulneración de los derechos de los agentes económicos investigados¹²⁴.

A su vez, en el marco de la diligencia los inspectores dejarán una "copia espejo" de aquella información recabada en manos de los agentes económicos investigados, a efectos de que conozcan la documentación que se encuentra en poder de la autoridad y puedan luego ejercer los derechos previamente analizados.

Posteriormente, y una vez culminada la revisión de la información recopilada durante la inspección, la Secretaría Técnica comunicará al administrado qué información recae dentro del ámbito de la investigación, otorgándole un plazo para que individualice y precise los alcances de su pedido de confidencialidad¹²⁵.

123 Ley de Libre Competencia

Artículo 35. Información confidencial.-

(...) 35.3 En los casos en que la Secretaría Técnica, la Comisión o el Tribunal conceda el pedido de reserva formulado, tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de la información confidencial, bajo responsabilidad (...).

Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI

Artículo 6.- (...) Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 241. Deberes de las entidades que realizan la actividad de fiscalización.-

(...) 241.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización: (...)

5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.

124 Coincide en este punto la CNMC, declarando que "la pretendida agresión al derecho fundamental a la intimidad debe ser examinada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación con actuaciones inspectoras de las Administraciones Públicas, tiene establecido que el acceso o lectura de documentos que puedan contener datos que afecten a la zona más estricta de la vida privada no constituye en sí misma una infracción del derecho sino una posible vulneración futura y eventual, en la medida en que estos datos se revelen o se utilicen fraudulentamente violando la intimidad del inspeccionado". Resolución del 3 de octubre de 2008, recaída en el Expediente R/0005/08.

125 Conforme a lo establecido por la Directiva No. 001-2008/TRI-INDECOPI sobre la confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del Indecopi (y sus modificatorias), el plazo para precisar dicha solicitud será de siete (7) días hábiles.

Por su parte, puede ocurrir que la información que se desea recopilar resulte excesivamente cuantiosa, dificultando su copiado en un solo día¹²⁶. En estos supuestos, y para evitar también que la diligencia se prolongue excesivamente, la Secretaría Técnica podrá acudir a la sede inspeccionada al día siguiente y culminar dicha labor de copiado, dejando constancia en el acta de esta circunstancia.

De modo excepcional, conforme a lo indicado en el acta, los inspectores también podrán retornar al día siguiente a su establecimiento a efectos de llevar a cabo diligencias adicionales que no se pudieron realizar en la fecha inicial de la visita (por ejemplo, para continuar la labor de copiado sobre determinado ordenador que cuente con un gran volumen de información).

Por lo tanto, la recopilación y acceso de documentos en el marco de una visita de inspección procura asegurar la eficacia de la labor de la Secretaría Técnica y el cumplimiento del fin público constitucional de proteger la libre competencia, rigiéndose bajo distintos parámetros que garantizan que estas facultades no resulten irrestrictas o arbitrarias ni colisionen con los derechos de los administrados.

V.2 Formulación de consultas e interrogantes

Conforme a las facultades previstas por la Ley de Libre Competencia, durante la visita de inspección la Secretaría Técnica también podrá plantear interrogantes y tomar las declaraciones de los colaboradores de la compañía que se encuentren en la sede inspeccionada.

Con ocasión de la diligencia, la Secretaría Técnica suele revisar o solicitar a modo de declaración jurada el organigrama de la compañía, a fin de identificar a los responsables de cada área sometida a fiscalización (y sus respectivos ordenadores). Una vez identificados, los inspectores podrán realizar las consultas y preguntas sobre circunstancias objetivas que estimen relevantes para efectos de la investigación, pudiendo también registrarlas en audio o video.

Conviene precisar algunas notas básicas vinculadas al contenido, alcance y forma en la que se realizan estas interrogantes, de modo que su formulación no suponga una afectación de los derechos de los administrados; específicamente, respecto a la garantía de la no autoincriminación, la cual consiste en el derecho a no acusarse o declarar contra uno mismo, el cual goza de especial relevancia en el ámbito penal¹²⁷.

Si bien someramente, el artículo 180 de la LPAG reconoce el ejercicio de esta garantía en el ámbito administrativo, precisando que los particulares podrán negarse a cumplir determinados requerimientos en caso concurran ciertas circunstancias, entre las que destaca la revelación directa de hechos perseguibles por la autoridad¹²⁸.

126 Para muestra de ello, con ocasión de distintas visitas de inspección vinculadas a la investigación preliminar recaída en el Expediente No. 015-2014/CLC-IP, la Secretaría Técnica obtuvo un total de 726.90 gigabytes, lo cual equivale aproximadamente a 3, 685,774.00 correos y archivos electrónicos de los agentes económicos. La revisión de esta información fue determinante para acreditar la responsabilidad de las empresas investigadas por la infracción imputada, conforme a las pruebas actuadas en el procedimiento recaído en el Expediente No. 011-2015/CLC.

127 Sobre la aplicación de este derecho en sede administrativa y la posibilidad de que se extienda a las actividades de inspección, revisar ALARCÓN, Lucía, "El Adelanto Excepcional a la Inspección Administrativa del Derecho Fundamental a No Declarar Contra Sí Mismo. Casos y Causas", en *La función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Coord. DIAZ SÁNCHEZ, J., INAP, 2013, pp. 200-208.

128 **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 180. Solicitud de pruebas a los administrados.-

180.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

180.2 Será legítimo el rechazo a la exigencia prevista en el párrafo anterior, cuando la sujeción implique: la violación al secreto profesional, una revelación prohibida por la ley, suponga directamente la revelación de hechos perseguibles practicados por el administrado, o afecte los derechos constitucionales. En ningún caso esta excepción ampara el falseamiento de los hechos o de la realidad.

180.3 El acogimiento a esta excepción será libremente apreciada por la autoridad conforme a las circunstancias del caso, sin que ello dispense al órgano administrativo de la búsqueda de los hechos ni de dictar la correspondiente resolución.

La jurisprudencia europea se ha pronunciado sobre esta situación en distintas ocasiones. Al respecto, el Tribunal Constitucional de España señala lo siguiente sobre los alcances de la garantía a la no autoincriminación¹²⁹:

"Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio (...)

Tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva (...)

Los mismos efectos de desequilibrio procesal en detrimento del valor de la justicia y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución". (Subrayado añadido)

Por su parte, con relación al ámbito de la libre competencia, en reiteradas circunstancias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha advertido que existen ciertas interrogantes cuya formulación podría determinar que los agentes económicos se vean obligados a declarar o reconocer su culpabilidad sobre los hechos investigados¹³⁰:

"En el ejercicio de las facultades que tenga atribuidas para garantizar el respeto de la normativa comunitaria en materia de competencia, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión.

Sin embargo, cuando las preguntas a las que tenía que contestar no implicaban reconocer una infracción, una empresa no puede invocar válidamente su derecho a no ser forzada por la Comisión a confesar su participación en una infracción". (Subrayado añadido).

Finalmente, el Tribunal Supremo español indica lo siguiente sobre el ámbito de aplicación del derecho a la no autoincriminación¹³¹:

"Hemos reiterado que este último derecho no se vulnera cuando la empresa requerida ha de proporcionar a la Administración de unos hechos objetivos sobre su actividad (...) Datos objetivos e información que, por lo demás, en todo caso está obligada a facilitar a la Administración (...)" (Subrayado añadido).

En ese sentido, atendiendo a su naturaleza e inmediatez, la Secretaría Técnica y la Comisión consideran importante asegurar que las interrogantes planteadas por los inspectores no atenten contra los derechos de los inspeccionados, con lo cual en el ejercicio de esta facultad los inspectores no realizarán preguntas incriminatorias ni formularán interrogantes ambiguas o sugeridas que puedan suponer una admisión de culpabilidad por parte de los investigados respecto a una posible conducta anticompetitiva.

¹²⁹ Sentencia 161/1997 del Tribunal Constitucional de España, del 2 de octubre de 1997.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 25 de enero de 2007, recaída en el Asunto C-407/04 P (Sumario).

¹³¹ Sentencia 2538/2010 del Tribunal Supremo de España del 26 de mayo de 2010.

De verificarse estos supuestos, los colaboradores de la empresa investigada tendrán derecho a guardar silencio y no brindar una respuesta a los inspectores. Sin embargo, en el marco de su deber de colaboración, en cualquier otro supuesto los inspeccionados se encontrarán obligados a trasladar las respuestas y explicaciones requeridas por la Secretaría Técnica; caso contrario, dicha negativa podrá subsumirse como un posible supuesto de obstrucción de las funciones de la autoridad, susceptible de sanción.

Teniendo en cuenta lo señalado, y considerando también que las visitas de inspección suelen desplegarse en una fase inicial de investigación, los inspectores procurarán formular interrogantes vinculadas a conocer la organización y funcionamiento de la empresa, así como su actividad comercial en el mercado investigado, evitando cuestiones impertinentes o ajenas a estos elementos. Ello pues las respuestas brindadas bajo dichos términos –versando sobre factores objetivos y generales– bajo ningún supuesto calificará como inculpativo.

Sin perjuicio de ello, y atendiendo al estado de la investigación preliminar, de ser el caso los inspectores también podrán formular interrogantes sobre hechos, sujetos u información objetiva relacionada con dicha investigación, siempre bajo estricta observancia del derecho a la no autoincriminación.

Finalmente, debe ponderarse que el derecho a la no autoincriminación únicamente incide sobre las declaraciones de los administrados, no siendo aplicable al caso de requerimientos de exhibición de documentos o archivos. Ello en tanto dicha documentación se encuentra relacionada a información objetiva concreta sobre la actividad comercial de la empresa y los hechos investigados.

Siendo ello así, los sujetos investigados no pueden amparar su negativa a entregar determinada documentación en el derecho a la no autoincriminación¹³².

V.3 Obtención y utilización de hallazgos casuales

Con ocasión del desarrollo de una visita de inspección puede ocurrir que la Secretaría Técnica tome casualmente conocimiento de documentos o archivos que arrojen información sobre una posible conducta anticompetitiva distinta de aquella contemplada en el objeto de la orden de inspección. Esta situación conlleva determinar si las autoridades de competencia se encuentran facultadas para recopilar estos elementos, investigar estas otras infracciones y utilizarlos como prueba de cargo en un posterior procedimiento sancionador, motivo por el cual se recurre a la denominada doctrina del hallazgo casual¹³³.

En el ámbito del derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido en reiteradas ocasiones la aplicación de esta doctrina a efectos de garantizar la eficacia de las investigaciones de las autoridades, conforme a los siguientes parámetros¹³⁴:

¹³² A la misma conclusión arriba REBOLLO, señalando que "Este derecho a no autoinculparse solo se proyecta sobre las declaraciones pero no afecta a otro tipo de diligencias, aunque requieran colaboración del imputado, como la entrega de documentos preexistentes, el acceso a ellos o a lugares, cacheos, análisis, toma de muestras, etc.". REBOLLO, Manuel, Ob. Cit., p. 98. A su vez, ALARCÓN indica que "Lo que también comparto -de hecho, de la propia jurisprudencia del TJUE parece deducirse esta solución- es que el derecho a no declarar contra sí solo se proyecta sobre las declaraciones -no sobre otro tipo de diligencias- por lo que, en la medida en que se anticipe a la inspección, creo que no justificará el incumplimiento ni del deber legal de someterse a determinadas pericias -estoy pensando, por ejemplo, en la prueba de alcoholemia- ni del de aportar documentos, al menos de los que el inspeccionado hubiera de disponer antes de realizarse la inspección". ALARCÓN, Lucía, Ob. Cit., p. 208.

¹³³ Originada en sede penal, la teoría del hallazgo casual refiere a la obtención de información como resultado de una investigación relacionada a determinado delito, pero de la que se desprenden elementos que podrían acreditar un delito distinto. Para más información, revisar ÁLVAREZ DE NEYRA, Susana, *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje No. 2, 2011, pp. 3-4. En sede de libre competencia, se entiende por descubrimiento casual "el hallazgo de un documento que puede estar relacionado con una conducta anticompetitiva distinta de aquella o aquellas que forman parte del objeto de la orden de inspección". IGARTÚA, Iñigo, "El hallazgo casual en las inspecciones de competencia, de Dow Benelux a Montesa-Honda: seis preguntas claves", en *Anuario de Derecho de la Competencia 2017. Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, RECUERDA, Miguel Ángel, Civitas, Thomson Reuters, p.102.

¹³⁴ Sentencia del 17 de octubre de 1989 recaída en el Asunto 85/87 y sentencia del 18 de julio de 2015, recaída en el Asunto C-583/13P.

"(...) no puede llegarse a la conclusión de que esté prohibido que la Comisión incoe un procedimiento de investigación con objeto de verificar la exactitud o de completar las informaciones de las que hubiese tenido conocimiento incidentalmente con ocasión de una verificación anterior, en el supuesto de que dichas informaciones indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre competencia del Tratado. En efecto, semejante prohibición iría más allá de lo que es necesario para preservar el secreto profesional y el derecho de defensa, por lo que constituiría un obstáculo injustificado al cumplimiento por la Comisión de su misión de velar por la observancia de las normas sobre competencia en el mercado común (...)". (Subrayado añadido).

La CNMC comparte esta posición, a saber¹³⁵:

"el informe de la Abogacía del Estado de 16 de octubre de 2008 sobre el alcance de la función inspectora (...) concluye basándose en amplia jurisprudencia nacional y comunitaria y en la normativa nacional y de competencia, que la información obtenida de forma casual y no premeditada, puede ser utilizado en otro procedimiento de competencia (...)". (Subrayado añadido).

La afirmación de la CNMC sobre la licitud de utilizar hallazgos casuales en el ámbito administrativo sancionador es respaldada por el Tribunal Supremo español, señalando en suma que deben concurrir los siguientes requisitos para su aplicación¹³⁶:

- i.** El acceso y recopilación de información debe estar debidamente autorizado por la orden de inspección (o en su defecto, la correlativa autorización judicial).
- ii.** La labor de inspección debe realizarse de forma adecuada y proporcionada.
- iii.** El material obtenido debe arrojar indicios de una posible conducta ilícita.
- iv.** Iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, debe permitirse a la empresa afectada ejercer su derecho de defensa frente a estos nuevos hechos.

La casuística extranjera coincide entonces al admitir que, una vez terminado el proceso de revisión de la información objeto de inspección, aquellos documentos hallados casualmente que den cuenta de una posible infracción anticompetitiva distinta de aquella inicialmente investigada puedan ser incorporados y utilizados en un posterior procedimiento sancionador (de concurrir suficientes elementos para incoar tal procedimiento). Ello a fin de asegurar el cumplimiento del fin constitucional de defensa de la competencia y garantizar la eficacia de estas investigaciones¹³⁷.

En el Perú, la validez de los referidos hallazgos causales en sede administrativa tampoco presenta mayor controversia, toda vez que el referido artículo 240.2.7 de la LPAG señala expresamente que las entidades que realicen actividades de fiscalización –como es el caso de la Secretaría Técnica– podrán ampliar o variar el objeto de la inspección si, como resultado de dichas acciones, se detectan incumplimientos adicionales a aquellos recogidos en el objeto de inspección¹³⁸.

135 Resolución del 7 de febrero de 2011, recaída en Expediente S/0155/09. Para mayores alcances, revisar la Resolución del 4 de mayo de 2009 recaída en el Expediente R/0011/09 y la Resolución del 29 de marzo de 2010, recaída en el Expediente R/0037/10.

136 Sentencia No. 790/2016 del 6 de abril de 2016. Si bien este pronunciamiento versa sobre una inspección realizada en un domicilio (diligencia que requiere autorización judicial), su razonamiento y conclusiones son trasladables a inspecciones ejecutadas en establecimientos comerciales.

137 Sobre este punto, TIRADO indica que "Negar, o reducir a su mínima expresión, la posibilidad de hallazgos relevantes no previstos, supondría una restricción tan intensa de las potestades de inspección que los fines públicos asociados a ellos (la defensa de la competencia) y la extensión de sus beneficios al conjunto de la sociedad, para el caso bajo estudio) resultarían afectados de forma muy significativa y, en consecuencia, tan desprotegidos que no resulta razonable prohibir el uso de las pruebas halladas casualmente en una inspección las que, por otro parte, son prácticamente imposibles de evitar". TIRADO, José Antonio, *La doctrina del hallazgo casual durante las actuaciones de inspección: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, 2020, p. 7.

138 **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 240. Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización.-

(...) 240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente: (...)

7. Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.

Piénsese a modo de ejemplo en el caso de una inspección municipal destinada a verificar si un establecimiento comercial cuenta con licencia de funcionamiento, en cuya diligencia sin embargo se detecta que aquel establecimiento no cumple con las condiciones técnicas de seguridad en edificaciones. Ciertamente, en tal escenario la autoridad municipal se verá facultada -sino obligada- a ampliar el objeto de su investigación y adoptar las medidas punitivas y correctivas pertinentes para que el operador del establecimiento subsane dicha omisión.

Tanto la Comisión como la Secretaría Técnica consideran también que el fundamento de dicha facultad radica en el principio de verdad material¹³⁹, según el cual la Administración Pública se encuentra obligada a realizar todos los actos necesarios para verificar por su propia cuenta los hechos que fundamentan sus decisiones y esclarecer cualquier tipo de controversia que recaiga dentro de su ámbito de competencias¹⁴⁰. En ese sentido, a fin de cumplir efectivamente su misión de velar por la libre competencia en el mercado, la Secretaría Técnica debe evaluar cualquier tipo de información a la que haya podido acceder válidamente que le permita siquiera inferir la posible existencia de una conducta anticompetitiva, pudiendo ampliar el objeto de su investigación con el objetivo de recolectar evidencia que le permita perseguir tal infracción.

La posición contraria carecería de sustento y resultaría irrazonable, pues no solo colisionaría directamente con las disposiciones contenidas en la LPAG, sino que también implicaría crear obstáculos injustificados para que la Secretaría Técnica cumpla el fin público que le ha encomendado el ordenamiento jurídico: promover la defensa del bien jurídico constitucional de la libre competencia. En consecuencia, y al amparo de las normas de la LPAG y la experiencia comparada, si como resultado de una visita de inspección la Secretaría Técnica descubre información que pueda dar cuenta de una posible infracción anticompetitiva distinta a la inicialmente investigada, la autoridad se encontrará facultada para utilizar dichos elementos y adoptar las acciones de investigación y/o instrucción que estime pertinentes.

Cabe añadir que la obtención de estos elementos será oportunamente comunicada a las empresas investigadas, informándoles sobre las consecuencias de dichos hallazgos. Dependiendo de las particularidades del caso, los elementos encontrados y el estado de investigación, la Secretaría Técnica podrá: i) ampliar la investigación preliminar iniciada contra el agente económico; ii) iniciar una nueva investigación; o, iii) de considerar que se cuentan con suficientes elementos de juicio, incoar un procedimiento sancionador contra la empresa, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa una vez notificada la imputación de cargos.

Finalmente, y para brindar más información a los administrados, es una buena práctica que en la orden de inspección se comunique que la Secretaría Técnica podrá hacer uso de esta potestad en caso descubra y obtenga elementos que den cuenta de una posible conducta infractora distinta de aquella materia de investigación.

139 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.-

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

140 CASSAGNE considera que este principio constituye un rasgo distintivo de toda actuación administrativa, pues el órgano administrativo debe ajustarse a los hechos objeto de análisis, independientemente de las afirmaciones o pruebas que hayan podido o no aportar las partes. Así, la autoridad debe asumir un rol activo y remitirse a distintas fuentes de información que sustenten sus decisiones. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002, p. 527.

V. FIN DE LA VISITA DE INSPECCIÓN Y EVENTOS POSTERIORES

Culminada la visita, los inspectores levantarán la correspondiente acta de inspección, la cual deberá recoger los resultados y acontecimientos de dicha diligencia. Si bien el contenido de estas actas variará en función de los hechos constatados y de la verificación realizada por los inspectores (dependiendo a su vez del ámbito en el que se emita esta acta y de las facultades de cada autoridad), existen ciertos elementos legales que deben observarse.

De conformidad con las disposiciones de la LPAG, el acta debe registrar los hechos verificados objetivamente por los inspectores y contener una serie de datos mínimos, entre los que destacan los siguientes¹⁴¹:

- i.** Nombre e identificación del sujeto inspeccionado (sea persona natural o jurídica), así como de los inspectores a cargo de la visita.
- ii.** Las circunstancias de tiempo y espacio que permitan contextualizar la visita de inspección (fecha, lugar y hora de la diligencia).
- iii.** Los hechos materia de verificación, así como la información constatada o recabada y cualquier otra circunstancia relevante para la diligencia (por ejemplo, posibles supuestos de obstrucción o requerimientos de información adicionales), los cuales deberán señalarse con la mayor claridad posible, a fin de reflejar todo lo ocurrido en la visita y circunscribir sus alcances.

A efectos de contar con un registro fidedigno de los hechos acontecidos durante la diligencia, la Secretaría Técnica podrá realizar las grabaciones de audio y/o video que estime necesarias, conforme a las facultades otorgadas por ley.

- iv.** Las observaciones o alegaciones de la parte inspeccionada, exponiendo sucintamente su posición y pudiendo presentar la información o documentación complementaria que consideren oportunas.

Como es evidente, en el acta únicamente se dejará constancia de la posición del administrado, sin realizar juicio de valor alguno sobre su veracidad o pertinencia¹⁴².

141 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 244. Contenido mínimo del Acta de Fiscalización.-

244.1 El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
 2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
 3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.
 4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
 5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
 6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
 7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.
 8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.
- 244.2 Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.

Artículo 167. Elaboración de actas.-

167.1 Las declaraciones de los administrados, testigos y peritos son documentadas en un acta, cuya elaboración sigue las siguientes reglas:

1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación.
2. Cuando las declaraciones o actuaciones fueren grabadas, por consenso entre la autoridad y los administrados, el acta puede ser concluida dentro del quinto día del acto, o de ser el caso, antes de la decisión final.
3. Los administrados pueden dejar constancia en el acta de las observaciones que estimen necesarias sobre lo acontecido durante la diligencia correspondiente.

167.2 En los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión, los administrados, además, pueden ofrecer pruebas respecto de los hechos documentados en el acta.

142 Sobre este punto, FERNÁNDEZ indica que "el acta se limita a reflejar el hecho de la declaración en sí, no lo que dicha manifestación refiera". Cfr. FERNÁNDEZ, Severiano, Ob. Cit., p. 452.

- v. Firma de los sujetos involucrados en la diligencia (inspectores y representantes del administrado), dejando constancia también en caso el inspeccionado se rehúse a firmar el acta. Así, la firma tiene por finalidad acreditar la participación y recepción del documento por parte del administrado (quedándose con una copia), sin que ello implique conformidad con su contenido.

En sede de libre competencia es especialmente relevante que los inspectores dejen constancia de las circunstancias en las que se desarrolló la visita, así como de los requerimientos o interrogantes formuladas y la relación sintetizada de la información o documentación entregada. Por ejemplo, en el acta se hará referencia a la recopilación de correos y archivos electrónicos correspondientes a los ordenadores objeto de inspección, identificando también a sus respectivos usuarios. Para facilitar su comprensión, las actas incluirán también un anexo en el que se listen las características más importantes de esta información electrónica -por ejemplo, la ubicación en la que se encontraban los correos copiados o el tamaño de estos archivos-, sin que resulte necesario especificar todos y cada uno de los elementos recopilados por los inspectores (hecho que resultaría materialmente imposible). Por su parte, el administrado se quedará con una copia del acta suscrita, así como de los anexos correspondientes.

Cabe precisar que, en los casos en los que la inspección se prolongue más de un día, la Secretaría Técnica podrá coordinar de mutuo acuerdo con el administrado la inmovilización de aquellos dispositivos cuya revisión se encuentra pendiente, a efectos de evitar su manipulación. Este compromiso será incluido en el acta de inspección, a fin de dejar constancia de ello.

Sin perjuicio de ello, ante una negativa del administrado frente a dicha propuesta (o de existir sospechas de posible manipulación), la Secretaría Técnica podrá solicitar a la Comisión que se imponga la medida de inmovilización prevista en el artículo 15.2 de la Ley de Libre Competencia. Ciertamente, el incumplimiento de esta medida de inmovilización también calificará como un supuesto de obstrucción susceptible de sanción, conforme a lo expuesto en los presentes Lineamientos.

Luego de ello, la información recabada será analizada en sede de Indecopi, contando con naturaleza reservada. En efecto, no resultaría razonable que se permita al agente económico investigado acceder a la información de la investigación preliminar, pues se correría el riesgo que adopte distintas medidas para destruir la evidencia que aún pudiese tener en su poder o alerte a otras compañías sobre el estado de la investigación¹⁴³. Así lo entiende también nuestra legislación, pues el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece como una excepción al derecho de acceso de los administrados aquella información vinculada a investigaciones en trámite relacionadas al ejercicio de la potestad sancionadora, como es el caso de las investigaciones de la Secretaría Técnica¹⁴⁴.

No obstante, en el marco de dicho análisis documentario (especialmente en el caso de los correos electrónicos), los agentes económicos podrán contactarse con los funcionarios de la Secretaría Técnica a efectos de conocer el estado de dicha evaluación, así como obtener copias de aquella información recabada por la autoridad. Ello sin perjuicio de que, en vista de que nos encontramos ante una investigación reservada, no le resulta posible conocer información acerca de las otras compañías involucradas en la investigación o acceder al espacio en el que se ubican los servidores del Indecopi encargados de disgregar esta información.

De modo complementario, y como se tuvo oportunidad de adelantar, la Secretaría Técnica posteriormente comunicará al administrado aquella información que resulta relevante para la investigación, indicándole que la documentación impertinente será devuelta o destruida.

143 Como señala REBOLLO, nos encontramos ante un campo reservado a la Administración, con lo cual debe limitarse la posibilidad que los investigados accedan a aquel expediente. REBOLLO, Manuel, Ob. Cit., pp. 90-92.

144 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Artículo 17. Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial.-

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: (...)

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública (...).

Evaluada la información recopilada que sí resultó relevante para la investigación, la Secretaría Técnica decidirá si corresponde o no iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el agente económico investigado¹⁴⁵. De incoarse aquel procedimiento, junto a la notificación de la imputación de cargos se remitirán todos aquellos elementos probatorios que sustenten dicha decisión, a efectos de que los administrados conozcan su contenido y ejerzan su derecho de defensa, permitiéndoseles acceder al expediente cuando lo consideren conveniente¹⁴⁶.

En ese sentido, iniciado dicho procedimiento sancionador se activan las correspondientes garantías procedimentales de los agentes económicos¹⁴⁷, permitiéndole al imputado manifestar su posición sobre los hechos calificados como infracción, refutar el material probatorio obtenido por los inspectores y presentar alegatos.

Finalmente, la información recogida en la inspección será evaluada por la Comisión al momento de determinar (o no) la responsabilidad de los agentes económicos por la supuesta realización de una práctica anticompetitiva, siempre bajo el marco del principio de la libre valoración de la prueba¹⁴⁸ y considerando que en el ámbito de libre competencia se requiere una evaluación conjunta de todos los elementos de juicio que obren en el expediente, sean estos medios probatorios directos, indirectos o circunstanciales¹⁴⁹.



145 Cabe precisar que la adopción de medidas alternativas de culminación distintas al eventual inicio de un procedimiento administrativo sancionador no forman parte de los presentes Lineamientos.

146 Ley de Libre Competencia

Artículo 22. Plazo para la presentación de descargos.-

22.1. El denunciado o denunciados podrán contestar los cargos imputados en la resolución de inicio del procedimiento en un plazo de treinta (30) días hábiles, presentando los argumentos que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes (...).

Artículo 34. Acceso al expediente.-

En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial (...).

147 Como señala FERNÁNDEZ, "no existe propiamente un {procedimiento inspector}, por lo que no son trasladables sin más a este ámbito las garantías típicas del procedimiento administrativo, tales como el derecho a la audiencia previa a la resolución o el deber legal de resolución en plazo, justamente porque no existe una resolución en sentido propio". FERNÁNDEZ, Severiano, Ob. Cit., pp. 356-357.

148 Al respecto, ALARCÓN afirma que "la exigencia, impuesta por el derecho, de que la valoración de las pruebas sea racional y razonada excluye del procedimiento administrativo sancionador la existencia de pruebas tasadas. Es decir, la libre apreciación es el único sistema compatible con las garantías que la presunción de inocencia impone sobre la valoración de las pruebas en el ámbito sancionador". ALARCÓN, Lucía, "Derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador", en Diccionario de Sanciones administrativas, Dir. LOZANO, Blanca, IUSTEL, Madrid, 2010, p. 264

149 En materia probatoria de ilícitos anticompetitivos, el Tribunal Europeo ha señalado que el valor probatorio de un documento "depende de su origen, de las circunstancias de su elaboración, de su destinatario, y del carácter razonable y fidedigno de su contenido". Sentencia del 17 de junio de 2012, recaída en Asunto T-439/07.

LINEAMIENTOS DE VISITAS DE INSPECCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al artículo 15 de la Ley de Libre Competencia, la Secretaría Técnica es el órgano encargado de efectuar investigaciones preliminares destinadas a detectar posibles conductas anticompetitivas. Para tal fin, dicha norma le otorga distintas facultades de investigación, entre las que destaca la posibilidad de llevar a cabo visitas de inspección sorpresa en los locales de los agentes económicos investigados, a fin de examinar y copiar documentos, realizar entrevistas e interrogantes al personal de la compañía, tomar fotografías y filmaciones y en general acceder a cualquier elemento que considere pertinente durante tal diligencia.

El propósito de estas visitas de inspección radica en obtener evidencias acerca de una supuesta conducta anticompetitiva, las cuales no podrían obtenerse de otra manera. En efecto, las condiciones en las que se desarrollan estas visitas permiten que los inspectores accedan rápida e inmediatamente a distintas fuentes de información, reduciendo así la posibilidad de que estas sean alteradas o eliminadas. Ello resulta de especial importancia en el caso de los cárteles, ilícitos que no solo resultan los más dañinos para la sociedad, sino que cuentan con una naturaleza eminentemente clandestina, toda vez que los agentes económicos involucrados en dichas conductas suelen adoptar distintas medidas para dificultar su descubrimiento.

Partiendo de esta premisa, y en línea con la experiencia nacional e internacional, las visitas de inspección constituyen una de las herramientas principales de la Secretaría Técnica para reunir mayores elementos de juicio que le permitan desarrollar sus investigaciones y, en última instancia, promover el bienestar de los consumidores y la libre competencia en el mercado, bien jurídico de rango constitucional.

De otro lado, estas potestades de inspección suponen la ejecución de distintas acciones que inciden directamente sobre los administrados, quienes están obligados a facilitar el acceso a sus establecimientos, colaborar con los inspectores y entregar la documentación e información requerida. La extensión y alcances de estas variables determinan que el desarrollo de las visitas de inspección se encuentre sometido a una serie de principios y reglas, de modo que su ejecución sea respetuosa de las garantías de los investigados.

Siendo ello así, resulta necesario buscar un equilibrio entre los derechos de los agentes económicos sometidos a una visita de inspección y la eficacia que debe guiar a la Secretaría Técnica al momento de ejercer estas facultades, siempre considerando también que la defensa de la libre competencia constituye un fin público de rango constitucional.

En ese sentido, y a fin de otorgar mayor predictibilidad a las visitas de inspección de la Secretaría Técnica, los presentes Lineamientos tienen por objetivo establecer reglas claras que orienten a los administrados sobre los alcances y desenvolvimiento de estas diligencias. Para tales efectos, y en línea con la regulación nacional, la doctrina sobre la materia y la práctica internacional de reconocidas agencias de competencia, los Lineamientos describen las facultades con las que cuentan los inspectores de la Secretaría Técnica y la manera en la que se ejercerán estas atribuciones, así como los derechos y obligaciones de los agentes económicos en el marco de la inspección y los aspectos vinculados a su desarrollo y culminación.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Los presentes Lineamientos resultan de aplicación en el marco de cualquier investigación preliminar de la Secretaría Técnica frente a toda conducta anticompetitiva, conforme a lo establecido por la Ley de Libre Competencia.
2. La decisión y ejecución de las visitas de inspección por parte de la Secretaría Técnica se rigen por lo establecido en la Ley de Libre Competencia y en los presentes Lineamientos (incluyendo los principios contenidos en su Exposición de Motivos), así como por lo dispuesto por la LPAG y demás fuentes del Derecho Administrativo en lo que resulten aplicables.
3. Los presentes Lineamientos podrán emplearse en el caso de inspecciones internacionales en las que la Secretaría Técnica pudiese intervenir, de conformidad con las coordinaciones realizadas con las agencias de competencias extranjeras pertinentes o en virtud de los acuerdos de cooperación suscritos con tales organismos.

III. PARÁMETROS PARA REALIZAR UNA VISITA DE INSPECCIÓN

4. Con motivo de una investigación preliminar, las visitas de inspección se sustentarán en la existencia de sospechas acerca de la posible comisión de una conducta anticompetitiva, teniendo por objetivo obtener evidencias relacionadas con la infracción investigada que le permitan corroborar dichas sospechas.
5. Calificará como sospecha todo dato que le permita razonablemente suponer la existencia de una posible infracción anticompetitiva, pudiendo derivar de cualquier fuente de información pública o privada a la que la Secretaría Técnica haya tenido acceso en el marco de su labor de indagación previa y monitoreo de mercado. Estas sospechas serán previamente evaluadas por la autoridad a efectos de validar su idoneidad y determinar si corresponde llevar a cabo una visita de inspección.
6. Dado que las visitas de inspección se ejecutan en una etapa inicial de investigación, en la que la Secretaría Técnica aún no dispone de información pormenorizada sobre la posible infracción, no es necesario que las sospechas cuenten con un estándar de certeza o juicio cualificado ni que acrediten sin ningún lugar a dudas la existencia de una infracción.

Tratándose de una investigación reservada, y a fin de asegurar su eficacia y confidencialidad, la Secretaría Técnica no se encuentra obligada a comunicar a los inspeccionados toda la información de la que dispone acerca de la supuesta infracción investigada ni a trasladar las sospechas con las que cuenta.

7. La ejecución de la visita de inspección será autorizada por el Secretario Técnico a través de la correspondiente orden de inspección. Este documento incluirá, entre otros, la identificación de la empresa investigada, el local objeto de inspección y los inspectores a cargo de la visita, la fecha de inicio de la diligencia, las facultades de inspección de la Secretaría Técnica, la clase de información que será objeto de inspección, los deberes y obligaciones de los administrados, el objeto y motivo de la visita y las posibles sanciones ante eventuales supuestos de obstrucción.
8. Dado que no es posible que la Secretaría Técnica conozca de antemano la fuente o documentos en los que podría ubicarse la información relevante para la investigación, la orden de inspección no contendrá una identificación pormenorizada de todos y cada uno de los elementos o dispositivos que serán inspeccionados. Ello sin perjuicio de lo referido a la clase de información que podrá requerirse durante la diligencia.

9. El objeto de la orden de inspección deberá hacer referencia a la conducta investigada y al mercado en el que se inserta tal investigación. Dado que con anterioridad a la visita la Secretaría Técnica aún no cuenta con mayores alcances sobre el posible ilícito anticompetitivo, no será necesario que la orden de inspección brinde información exhaustiva sobre la conducta investigada ni resulta indispensable precisar la calificación jurídica de dicha conducta, el nivel de participación de las empresas involucradas o el periodo de duración de la posible infracción.

Las referencias a la posible conducta infractora y al mercado materia de inspección serán las estrictamente necesarias para concretar el objeto y alcance de la investigación, dependiendo de la información que se encuentre en poder de la autoridad y de las circunstancias del caso particular. Ello sin perjuicio de que con posterioridad, una vez realizadas las actividades probatorias pertinentes, la Secretaría Técnica cuente con mayor información que le permita definir con exactitud aquellos elementos.

IV. INICIO DE LA VISITA DE INSPECCIÓN

10. Conforme a lo previsto por la Ley de Libre Competencia, la Secretaría Técnica podrá llevar a cabo visitas de inspección con o sin previa notificación en los establecimientos de los agentes económicos. Como regla general, y a fin de resguardar su eficacia y utilidad, estas visitas se ejecutarán de forma sorpresiva, sin previa notificación.
11. Los inspectores actuarán de manera razonable durante toda la diligencia, ejerciendo sus facultades en el marco de lo previsto por los Lineamientos, la Ley de Libre Competencia y la LPAG, buscando causar la menor perturbación posible a las actividades comerciales de los agentes económicos y encuadrando la diligencia en torno al contenido de la orden de inspección.

Lo señalado bajo ningún supuesto podrá amparar cualquier tipo de conducta dolosa o negligente por parte de los administrados que puedan colocar en riesgo la eficacia de la investigación o suponer una potencial obstrucción de las labores de inspección de la Secretaría Técnica.

12. Los representantes y el personal de los agentes económicos inspeccionados se encuentran obligados a colaborar directa e inmediatamente con los inspectores en todo momento de la visita, facilitando el acceso a sus locales y bienes, otorgando un espacio adecuado para que lleven a cabo sus labores, respondiendo a las interrogantes que pudiesen formularse e identificando y brindando la información que sea requerida. Con el objetivo de facilitar dicha labor, los inspectores contactarán al personal de mayor jerarquía que se encuentre en oficina, a efectos de que coordinen internamente con cada colaborador la atención de los requerimientos formulados por los inspectores.

El deber de colaboración de los administrados se encuadrará en el marco del contenido de la orden de inspección, atendiendo también a las directrices establecidas por los presentes Lineamientos y sin perjuicio de la obligación de los administrados de absolver los requerimientos que formulen los inspectores.

13. Conforme a lo previsto por el Decreto Legislativo No. 807, la inspección podrá ser realizada por las personas que la Secretaría Técnica designe a tal efecto.
14. La inspección iniciará con la llegada de los inspectores al local de la empresa objeto de investigación. A su llegada los inspectores se identificarán ante el personal de recepción de la compañía y comunicarán el inicio de la visita de inspección, requiriendo para ello la presencia de un representante del agente económico a fin de explicar los motivos de la visita. A fin de garantizar la eficacia de la inspección, la noción de representante será entendida con carácter amplio y no formalista, sin que resulte necesario contar con la presencia de una persona específica con poderes formales o registrales específicos para atender este tipo de inspecciones.

15. Los inspectores portarán sus documentos de identificación pertinentes y trasladarán una copia de la orden de inspección para revisión y firma del administrado -a modo de cargo de notificación-, informando también sobre la importancia de iniciar la diligencia lo más pronto posible y las consecuencias frente a posibles supuestos de obstrucción, dilatación o impedimento de la visita.

En la orden de inspección entregada a modo de cargo deberá figurar el nombre, documento de identidad y el cargo o vínculo de quien suscribe dicho documento con la empresa inspeccionada, así como la fecha y hora de firma.

La ausencia de un representante específico de la empresa no constituye una justificación para suspender o retrasar la inspección, pudiendo identificar a quien estimen pertinente a efectos de que las represente durante la visita.

16. Durante la inspección los agentes económicos podrán ser asistidos por el asesor legal interno o externo de su elección. Sin embargo, la presencia de este abogado no constituye un requisito indispensable para iniciar la diligencia ni su ausencia puede condicionar el desenvolvimiento de la visita.

Los inspectores pueden otorgar un plazo prudencial para esperar la llegada del asesor legal de la compañía, dependiendo de las circunstancias de cada caso, sin que en ningún supuesto el otorgamiento de dicho plazo conlleve impedir que los inspectores puedan acceder a las oficinas de los administrados y empezar a preparar la diligencia. Los administrados podrán también contactar telefónica o virtualmente a su asesor legal a fin de que se comunique con los inspectores y estos puedan clarificar cualquier duda sobre el desarrollo u objeto de la visita.

V. DESENVOLVIMIENTO DE LA VISITA DE INSPECCIÓN

17. Conforme a la Ley de Libre Competencia, al realizar una visita de inspección la Secretaría Técnica podrá:
 - a) Examinar los libros, archivos, bienes y documentos que se ubiquen en los locales inspeccionados.
 - b) Tomar copia de los archivos físicos, magnéticos, electrónicos y en general de cualquier documento que estime pertinente y al que pueda acceder en el establecimiento, independientemente de su soporte o ubicación en una fuente remota.
 - c) Realizar fotografías o filmaciones.
 - d) Interrogar y recabar las declaraciones de cualquier colaborador de la compañía que se encuentre en la sede investigada.
18. Los inspectores podrán revisar y obtener copias de cualquier tipo de información considerada relevante para la investigación, independientemente de su formato material (físico, digital, etc.). Para tales efectos, podrán acceder a todos los despachos, documentos, computadoras, ordenadores, servidores, *tablets* y cualquier otro soporte material o electrónico que se encuentre en sede de la compañía inspeccionada, incluyendo la totalidad de los correos y archivos electrónicos ubicados en las cuentas de los representantes y colaboradores del agente económico investigado, así como información almacenada en fuentes remotas.
19. En el marco de su deber de colaboración, los administrados deberán facilitar el acceso de los inspectores a los despachos, ordenadores y fuentes de información que la Secretaría Técnica considere pertinentes para la investigación, brindando las contraseñas requeridas, identificando a los

usuarios cuyas computadoras deben ser revisadas y garantizando también que estos colaboren en dicho sentido. Los inspectores gozarán de autonomía durante el proceso de revisión y copiado de dicha información, sin perjuicio de la cooperación que deba brindar el administrado para facilitar dichas tareas. Los administrados podrán estar presentes durante la labor de copiado de los inspectores, siempre y cuando no obstruyan o entorpezcan sus funciones.

20. El copiado de la información se realizará mediante instrumentos especializados que garantizan la integridad de la documentación. Los inspectores dejarán una copia espejo de toda la información recabada en poder de los administrados.
21. La Secretaría Técnica encuadrará sus labores de fiscalización en torno al contenido de la orden de inspección y a los hechos investigados y conforme al contenido y directrices establecidas por los Lineamientos. Para evitar que se copie o recopile información ajena al objeto de la investigación, los administrados podrán poner en conocimiento de los inspectores dicha circunstancia y solicitar que determinada documentación íntima, personal o protegida por privilegios legales no sea recabada.

El ejercicio de este derecho requiere que los administrados colaboren activamente con los inspectores, identificando y separando aquella información. Los inspectores otorgarán un plazo razonable para que ejerciten dicho derecho y, tras una somera revisión (la cual podrá ser aleatoria), decidirán si aceptan o rehúsan dicha solicitud.

22. La documentación electrónica seleccionada durante la inspección será analizada y procesada en las oficinas del Indecopi, utilizando medios tecnológicos adecuados, reservados y seguros para realizar dichas labores.

Únicamente el personal autorizado de la Secretaría Técnica podrá acceder a los espacios en los que se procesa y almacena dicha información.

A efectos de ajustarse a los hechos relevantes para la investigación, la Secretaría Técnica filtrará la documentación obtenida a través del uso de herramientas forenses especializadas y búsquedas por palabras clave.

23. Los agentes económicos investigados podrán solicitar la reserva genérica de toda la información recabada por los inspectores, así como presentar solicitudes de confidencialidad individuales sobre determinada información.

De modo complementario, la Secretaría Técnica adoptará distintas medidas para conservar y custodiar la información obtenida durante la inspección y asegurar su confidencialidad, por lo que bajo ningún supuesto se pondrá a disposición de terceros, bajo responsabilidad.

24. La Secretaría Técnica podrá también realizar entrevistas y formular consultas e interrogantes a cualquier colaborador del agente económico. Estas preguntas tratarán principalmente sobre información relacionada con la organización y actividad comercial de la empresa y el mercado objeto de investigación. De ser el caso, también podrán formularse interrogantes sobre sujetos, hechos e información objetiva vinculada a la investigación, evitando cualquier cuestión ajena a ellas.
25. Los colaboradores y representantes de la compañía investigada están obligados a responder verazmente las preguntas de los inspectores, conforme a los términos formulados.

Los inspectores evitarán cualquier tipo de pregunta que suponga una incriminación directa del agente económico investigado, entendiéndose como tal cualquier pregunta ambigua o sugerida que pueda implicar una admisión de culpabilidad. El administrado tendrá derecho a guardar silencio y no brindar una respuesta frente a interrogantes de contenido incriminatorio.

26. La Secretaría Técnica podrá ampliar o variar el objeto de la investigación en caso de que, con motivo de la diligencia, obtenga o identifique información relacionada a posibles hechos o infracciones distintas de aquellas previstas en la orden de inspección. Esta posibilidad será informada a los agentes económicos investigados a través de la orden de inspección.

VI. FIN DE LA INSPECCIÓN Y EVENTOS POSTERIORES

27. Culminada la visita los inspectores emitirán el acta de inspección, la cual registrará los hechos acontecidos durante la diligencia. El acta deberá necesariamente contener los siguientes datos: i) nombre y dirección del agente económico investigado; ii) nombre y número de DNI de los inspectores a cargo de la diligencia; iii) fecha y hora de llegada de los inspectores al establecimiento; iv) identificación de los sujetos que atendieron los requerimientos de los inspectores (nombre y número de DNI); v) un resumen general de la información obtenida y copiada (incorporándolas en calidad de anexo, de ser el caso); y, vi) las alegaciones y/o comentarios que los administrados deseen incorporar (por ejemplo, su solicitud de reserva genérica).

En el caso de archivos y correos electrónicos, se indicará el nombre y cargo del usuario cuya computadora fue revisada, sea en el acta o en el anexo correspondiente. En el acta la Secretaría Técnica también podrá formular requisitos de información adicionales, así como dejar constancia de la negativa a recibir o suscribir dicho documento por parte del administrado.

El acta será firmada tanto por los inspectores designados por la Secretaría Técnica como por un representante de la empresa, entregándoles una copia a los administrados.

28. En caso la información que se desea recopilar sea excesiva, los inspectores podrán retornar al día siguiente a la sede inspeccionada a fin de culminar aquella labor de copiado, dejando constancia de esta circunstancia en el acta.

La Secretaría Técnica podrá coordinar con el administrado la adopción de medidas de inmovilización sobre equipos o dispositivos pendientes de revisión. Podrá también inmovilizarse tales elementos, previa autorización de la Comisión.

29. Luego de realizada la inspección, los agentes económicos podrán comunicarse con la Secretaría Técnica a fin de conocer el estado del procesamiento de la información, pudiendo también obtener una copia de aquellos elementos obtenidos durante la diligencia. Este derecho no se extiende a aquella información reservada de la investigación o a datos vinculados a otros agentes económicos involucrados en tal investigación.
30. Culminado el procesamiento de la documentación obtenida en la inspección, la Secretaría Técnica comunicará al administrado aquella información relevante para la investigación. El administrado podrá individualizar su pedido de reserva genérica sobre tal información.

La información copiada primigeniamente que no resulte relevante para la investigación será devuelta o destruida, a elección del administrado. La eliminación de esta información se realizará mediante estrictos protocolos de seguridad.

- 31.** La información obtenida por la Secretaría Técnica que sea relevante para la investigación será analizada a efectos de determinar si corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el agente económico investigado. De ser el caso, esta información será incorporada al correspondiente expediente y remitida a través de la imputación de cargos, a efectos de que el administrado ejerza su derecho de defensa y presente las pruebas de descargo que consideren oportunas.

El material probatorio recopilado durante la inspección podrá ser objeto de contradicción en el eventual procedimiento sancionador a iniciarse contra el agente económico investigado, pudiendo oportunamente ejercer su derecho de defensa.

- 32.** Los actos que supongan cualquier tipo de obstrucción o impedimento de las funciones de los inspectores son susceptibles de sanción con multas de hasta 1000 UIT. Estas conductas serán evaluadas en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, permitiéndose a los administrados ejercer su derecho de defensa y presentar los alegatos y material probatorio que estimen convenientes frente a los hechos imputados a título de cargo.

Entre otros, califican como supuestos de obstrucción las siguientes conductas:

- a)** Negar o dificultar injustificadamente el acceso de los inspectores a la sede de la empresa (o a determinadas fuentes de información).
- b)** Identificar erróneamente a los responsables a cargo de las áreas objeto de investigación (o sus respectivos despachos), así como brindar información inexacta sobre su presencia o sobre la ubicación de determinadas fuentes de información.
- c)** No presentar (o hacerlo de forma incompleta) los bienes, documentos o archivos solicitados por los inspectores.
- d)** Proporcionar información falsa o inexacta (sea mediante declaraciones y/o documentos), así como alterar, ocultar o destruir los elementos o archivos objeto de inspección.
- e)** Obstruir el ejercicio de las funciones de los inspectores mediante violencia o amenaza.
- f)** Negarse a responder a las interrogantes formuladas por los inspectores, siempre que estas no supongan una admisión de culpabilidad por parte de los investigados.
- g)** Incumplir las medidas de inmovilización ordenadas por la Comisión.

Anexo 1:

Facultades de inspección de la Secretaría Técnica

Por iniciativa de la Secretaría Técnica (sin autorización judicial)

1



Exigir la exhibición de cualquier tipo de documento y solicitar toda información referida a la organización, negocios y estructura del agente económico investigado.

2



Citar e interrogar a los sujetos que estime conveniente.

3



Realizar visitas de inspección con sin previa notificación, pudiendo examinar la documentación que encuentre; realizar fotografías y filmaciones; tomar declaraciones; copiar los libros, correspondencia correos, archivos y documentos físicos o electrónicos que considere pertinente.

Con autorización judicial

1



Negativa de ingreso al establecimiento de la empresa investigada (o en caso el local estuviese cerrado).

2



Negativa de copiado de correspondencia.

3



Otras formas de levantamiento del secreto de las telecomunicaciones

4



Retiro de libros, archivos, correspondencia o documentos originales del local del agente económico investigado.



EL PERÚ PRIMERO



Radi 
Indecopi

www.indecopi.gob.pe/radio

www.indecopi.gob.pe