

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

No. 7 Año 4



CONTRATACIÓN ESTATAL Y RÉGIMEN DE CONCESIONES

Gaspar Ariño Ortiz
Ricardo Salazar Chávez
Richard J. Martin Tirado
Ernesto García-Trevijano Garnica
Victor Sebastian Baca Oneto
Alejandro Huergo Lora
Alberto Retamozo Linares
Carlos Rodríguez Manrique
Elisa Zambrano Olivera
Vanessa Juárez Morales
Mario Linares Jara
Jorge Alfredo León Flores
Christian Guzmán Napurí
Carolina Gamarra Barrantes
Roberto Jiménez Murillo
Milagros Maraví Sumar
Willy Pedreschi Garcés
Alejandro Pérez Hualde
Franz Kundmüller Caminiti
Mónica Byrne Santa María
Eduardo Joo Garfias
Rolando Salvatierra Combina
Roxana Barrantes Cáceres
Alfredo Dammert Lira
Carlos Núñez Caballero
Mónica Tantaleán Leong
Julio C. Aguirre M.
Victor Adrián Arroyo Tocto
Juan Carlos de los Heros Echeopar
Edgardo Mercado Neumann
Juan Carlos Morón Urbina
Juan Miguel de la Cuétara
Diego Zegarra Valdivia
Cass R. Sunstein
Pedro Gamio Aita
Manuel Pulgar-Vidal
Hugo Gómez Apac
Alfieri Bruno Lucchetti Rodríguez
Milagros Mendoza Alegre

REVISTA DE **DERECHO ADMINISTRATIVO** CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Gaspar Ariño Ortiz- Ricardo Salazar Chávez- Richard J. Martin Tirado - Ernesto García-Trevijano Garnica - Víctor Sebastian Baca Oneto - Alejandro Huergo Lora - Alberto Retamozo Linares - Carlos Rodríguez Manrique - Elisa Zambrano Olivera - Vanessa Juárez Morales - Mario Linares Jara - Jorge Alfredo León Flores - Christian Guzmán Napurí - Carolina Gamarra Barrantes - Roberto Jiménez Murillo - Milagros Maraví Sumar - Willy Pedreschi Garcés - Alejandro Pérez Hualde - Franz Kundmüller Caminiti - Mónica Byrne Santa María - Eduardo Joo Garfias - Rolando Salvatierra Combina - Roxana Barrantes Cáceres - Alfredo Dammert Lira - Carlos Núñez - Mónica Tantaleán - Julio C. Aguirre M. - Víctor Adrián Arroyo Tocto - Juan Carlos de los Heros Echeopar - Edgardo Mercado Neumann - Juan Miguel de la Cuétara - Diego Zegarra Valdivia - Cass R. Sunstein - Pedro Gamio Aita - Manuel Pulgar-Vidal - Hugo Gómez Apac - Alfieri Bruno Lucchetti Rodríguez - Milagros Mendoza Alegre

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

© Círculo de Derecho Administrativo, Asociación Civil conformada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Diseño de Portada : Camila Bustamante

Composición interiores : Tarea Asociación Gráfica Educativa

Edición : Círculo de Derecho Administrativo - CDA

Corrección de Estilo : Comisión de Investigación y Publicaciones - CDA

Edición : Mayo 2009

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-1187

El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Hugo Gómez Apac**

A fin de lograr la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú – EEUU, el Poder Ejecutivo, promulgó el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que derogó al Decreto Legislativo N° 701, norma de defensa de la competencia por más de 16 años.

En el presente artículo, el autor nos ofrece un interesante análisis sobre las implicancias de los actuales cambios en las normas de la defensa de la competencia, realizando un estudio sobre el modelo Secretaría Técnica – Comisión empleado en el INDECOPI, diferenciando la separación funcional entre instructor y órgano que impone la sanción.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, mediante Ley N° 29157, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y Estados Unidos de América (en adelante, TLC¹ Perú - EEUU) así como respecto de materias vinculadas con la competitividad económica del país para el aprovechamiento de los beneficios de dicho acuerdo comercial. Entre las materias de implementación se encontraba el Capítulo de Políticas de Competencia del TLC, y entre las materias asociadas a la promoción de la competitividad económica se encontraba la mejora del marco regulatorio, lo que a su vez comprendía, entre otras normas, la legislación sobre libre competencia.

Es así que la delegación de facultades vinculada al TLC Perú – EEUU autorizaba plenamente al Poder Ejecutivo para modificar las normas de defensa de la libre competencia, siempre que esta modificación

implementara compromisos asumidos en el acuerdo comercial o significara una mejora regulatoria destinada a promover la competitividad económica del país.

En ese contexto, el 25 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el DL 1034 ó la LRCA, indistintamente), vigente desde el 25 de julio de dicho año, norma que derogó al Decreto Legislativo N° 701 (en adelante, el DL 701), Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, que había sido la norma nacional de defensa de la competencia por más de 16 años.²

La LRCA regula un procedimiento sancionador especial destinado a servir de cauce para la investigación y sanción de las conductas anticompetitivas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), el cual desarrolla de una manera más detallada y profusa aspectos procedimentales que estaban ausentes o se manifestaban deficientes en el DL 701.

* Abogado. Actualmente, Asesor del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, Presidente de la Comisión (Desconcentrada de Protección al Consumidor) Adscrita a una Oficina Regional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

Las opiniones vertidas en el presente artículo son de su exclusiva responsabilidad.

** El autor dirigió el proceso de reforma de la legislación del INDECOPI ocurrido el 2008, el cual incluyó la elaboración del Proyecto de Decreto Legislativo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

1 Más conocido como TLC por su referencia a Tratado de Libre Comercio.

2 El Decreto Legislativo 701 fue publicado el 07 de noviembre de 1991 y durante su vigencia fue modificado por el Decreto Ley 25868 (publicado el 24 de noviembre de 1992); el Decreto Ley 26004 (publicado el 27 de diciembre de 1992); el Decreto Legislativo 788 (publicado el 31 de diciembre de 1994); el Decreto Legislativo 807 (publicado el 18 de abril de 1996) y el Decreto Legislativo 957 (publicado el 29 de julio de 2004).

«A partir de la vigencia del DL 807 - y dada la modificación efectuada sobre el DL 25868 - operó una modificación tácita en el texto del Artículo 8° del DL 701, en el sentido de que dicha norma se refería a la “Comisión de Libre Competencia”, y no a la “Comisión de la Libre Competencia”»

Si bien el texto de la LRCA se publicó en el diario oficial El Peruano, no ocurrió lo mismo con su Exposición de Motivos, la que se encuentra publicada en el Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ del Ministerio de Justicia³. Precisamente es en dicha exposición, resulta redundante decirlo, donde se explican las razones que justifican las disposiciones que diseñan y estructuran el contenido del referido procedimiento sancionador.

Desde la publicación del DL 1034, a la fecha, he tenido la oportunidad de asistir a eventos académicos en los que se ha analizado, elogiado y criticado el contenido de dicha ley. Uno de los puntos materia de cuestionamiento ha sido las nuevas facultades que se ha atribuido a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Por tal razón, he creído pertinente explicar en el presente artículo las razones por las cuales se otorgó a la referida Secretaría Técnica atribuciones que la convierten en una auténtica autoridad de instrucción, tomando como base la línea argumentativa contenida en la referida Exposición de Motivos.

2. ANTECEDENTES

El texto primigenio del DL 701 (noviembre de 1991) creó la «Comisión Multisectorial de la Libre Competencia» como la autoridad nacional de defensa de la libre competencia. Ese era el nombre que llevaba su Capítulo I⁴ y el que aparecía en su artículo 8°. Esta Comisión no formaba parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (en adelante, el Indecopi), institución que se creó un año después, el 24 de noviembre de 1992, con la publicación del Decreto Ley N° 25868 (en lo sucesivo, el DL 25868).

Conforme a la versión inicial del DL 701, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia era un «organismo»⁵ con autonomía técnica y administrativa (artículo 8°) que estaba adscrita al entonces Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración e integrada por seis miembros nombrados por resolución suprema, dos en representación del referido Ministerio, uno de los cuales la iba a presidir, dos por el Ministerio de Economía y Finanzas y dos por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP (artículo 9°). Dicha Comisión contaba con una Secretaría Técnica como «organismo»⁶ ejecutivo dependiente de ella que funcionaba en el mencionado Ministerio y que estaba dirigida por un Secretario General designado por resolución ministerial de dicho Ministerio (artículo 13°).

Según el texto original del artículo 11° del DL 701, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia conocía en primera instancia administrativa los procedimientos por infracciones a dicha Ley o aprobaba los acuerdos sujetos al régimen de excepción previsto en los artículos 7° y 21° del texto original del DL 701. De conformidad con lo dispuesto en su artículo 18, la segunda instancia administrativa era el Ministro de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración.

La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, tal como fue concebida por el texto primigenio del DL 701, inició algunas investigaciones. Sin embargo, antes de que pudiera concluir sus procedimientos, fue trasladada al Indecopi a través del DL 25868 de noviembre de 1992. El texto original de los artículos 18°, 20° y 46° del DL 25868 mencionaban que una de las seis comisiones que integraban el naciente Indecopi era la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, cuyos miembros eran designados por el Directorio de esta institución, y su Secretaría Técnica, cuya cabeza también era nombrada por dicho directorio, le servía de órgano de enlace con la estructura orgánica administrativa del Indecopi.

La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia empezó sus actividades resolutorias en abril de 1993, como un órgano del Indecopi conforme al diseño previsto en el DL 25868. Un año y ocho

3 La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que dio origen al DL 1034 fue elaborada por una comisión especial conformada al interior del INDECOPI, e integrada por Luis Carlos Adrianzén, Hugo Figari, Tilsa Oré, Roxana Arellano, Andrés Calderón, María Antonieta Merino, Robert Venero, Gianfranco Mejía, Sandra Aliaga y el autor del presente artículo.

4 «DE LA COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA».

5 La Ley decía «organismo» a pesar de no reconocerle personalidad jurídica, por lo que en rigor estaba hablando de «órgano administrativo».

6 *Ibidem*.

meses después, el 31 de diciembre de 1994, se publicó el Decreto Legislativo N° 788, Ley que declaró en reorganización al Indecopi y que señaló, en su artículo 4°, que toda mención hecha en la legislación vigente a la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia se debía entender referida a la «Comisión de la Libre Competencia». El cambio obedecía a que la Comisión, una vez incorporada al Indecopi como un órgano de esta institución, ya no era multisectorial, pues no representaba a varios sectores de la manera como había sido concebida inicialmente.

El Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi (en lo sucesivo, el DL 807), publicado el 18 de abril de 1996, modificó diversas disposiciones del DL 25868. El artículo 49° del DL 807, al modificar el texto del artículo 18° del DL 25868, le dio a la Comisión la denominación de «Comisión de Libre Competencia». De ahí que, a partir de la vigencia del DL 807 - y dada la modificación efectuada sobre el DL 25868 - operó una modificación tácita en el texto del artículo 8° del DL 701, en el sentido de que dicha norma se refería a la «Comisión de Libre Competencia», y no a la «Comisión de la Libre Competencia», como el órgano funcional del Indecopi encargado de velar por el cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia. Dicho nombre lo mantuvo hasta la derogación del DL 701.

Conforme a lo dispuesto en el DL 701, la Secretaría Técnica cumplía principalmente tres funciones: (i) era el soporte administrativo de la Comisión, rol en el cual servía de enlace a ésta con la estructura orgánica administrativa del Indecopi; (ii) era la autoridad instructora del procedimiento administrativo de investigación y sanción de conductas anticompetitivas; y (iii) realizaba labores de abogacía de la competencia a través de estudios e informes. Como órgano de soporte funcional, la Secretaría Técnica dependía de la Comisión; como órgano instructor y para sus labores de abogacía de la competencia, gozaba de autonomía técnica; como órgano de gestión administrativa, se encontraba subordinada a la Gerencia General del Indecopi.

El artículo 47° del DL 25868 señalaba que eran funciones de la Secretaría Técnica, las siguientes:

- Prestar a la Comisión el apoyo que requería para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos funcionales y administrativos del Indecopi.
- Iniciar de oficio los procedimientos que se seguían ante la Comisión cuando consideraba que el caso lo ameritaba, o cuando la Comisión así lo disponía.

- Realizar las investigaciones requeridas para que la Comisión cuente con los elementos de juicio necesarios para emitir la resolución correspondiente.

- Otras que se le encomendara.

Por su parte, el artículo 14° del DL 701 mencionaba que eran funciones de la Secretaría Técnica, las siguientes:

- Dictar opinión en los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.
- Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias de las Comisiones de Indecopi.
- Realizar estudios y publicar informes.
- Elaborar las propuestas de reglamentos y adoptar las directivas que pudieran requerirse.
- Cualquier otra que señalaran las leyes o los reglamentos.

En síntesis, la Secretaría Técnica realizaba diversas funciones, cumpliendo en ellas roles diferentes, en unos casos como órgano subordinado a la Comisión y en otros actuando de manera autónoma.

3. LA NUEVA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI

El Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, DL 1033) mantiene el diseño institucional «Secretaría Técnica – Comisión». Ha cambiado el nombre de este órgano por el de «Comisión de Defensa de la Libre Competencia» (en adelante, la Comisión) y ha reducido su conformación a sólo cuatro miembros. En cuanto a la Secretaría Técnica, ahora se encuentra en la estructura de los órganos resolutivos - funcionales y no en los de administración interna.

Según el artículo 44° del DL 1033, las funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia - donde se ubica la que es materia de análisis en el presente artículo - son las siguientes:

- a) Prestar a las Comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos de línea y de administración interna del Indecopi;
- b) Instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, ejerciendo facultades de investigación y de actuación de medios probatorios, a fin de proporcionar a las Comisiones elementos de juicio para la

resolución de los asuntos sometidos a su competencia;

- c) Realizar acciones de prevención e investigaciones preliminares;
- d) Por delegación de su Comisión, admitir a trámite los procedimientos, imputar cargos, impulsar la tramitación de los procedimientos, declarar rebelde a una parte del procedimiento, conceder recursos administrativos y declarar firme o consentida la resolución final que expida la Comisión, salvo régimen establecido en ley especial;
- e) Emitir informes técnicos no vinculantes a la función resolutoria, cuando así lo disponga la ley de la materia, la respectiva Comisión o el Presidente del Consejo Directivo; y,
- f) Otras que se encuentren previstas en sus respectivas normas legales de creación o que se le encomienden.

Aparte de ello, la Secretaría Técnica de la Comisión recibe un tratamiento particular en la LRCA, que es el que se explica a continuación.

4. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Para empezar, el artículo 18° de la LRCA⁷ señala que el procedimiento administrativo de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte. Esta disposición reconoce la naturaleza sancionadora del procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas, razón por la cual éste sólo puede iniciarse de oficio por decisión de la autoridad administrativa, que en este caso es la Secretaría Técnica. La denuncia presentada por un consumidor o una empresa no da inicio al procedimiento, simplemente lo promueve. Si el Secretario Técnico considera que el escrito de denuncia no contiene indicios razonables de la presunta existencia de una conducta anticompetitiva, y considera impertinente efectuar una investigación preliminar conducente a obtener tales indicios, declarará improcedente la denuncia. De manera que sólo el convencimiento del Secretario Técnico, en función de la presencia de indicios razonables y del cumplimiento de los otros requisitos de forma señalados en el artículo 19° del DL 1034, provocará el inicio del procedimiento sancionador.

He escuchado cuestionamientos en el sentido de que no debió otorgarse al Secretario Técnico la facultad de decidir el inicio del procedimiento. Se afirma que este funcionario se habría convertido en un Secretario Técnico «superpoderoso» como consecuencia de esta nueva facultad. La verdad es que dicha facultad no es tan nueva. En cierta medida ya estaba recogida en el DL 701; basta prestar atención a los siguientes artículos de la ley derogada:

«

 _____ .»

«

 _____ .»

De la primera parte del artículo 15° del DL 701 se infiere claramente que sólo en caso de que la investigación se iniciara de oficio se necesitaba la aprobación de la entonces llamada Comisión de Libre Competencia, hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, y para ambos casos, la Comisión), mientras que si era a petición de parte, no se requería tal aprobación, lo que significaba que era una decisión que competía únicamente al Secretario Técnico. Ello, además, quedaba corroborado con lo dispuesto en su artículo 22, en el sentido de que la Secretaría Técnica, y no la Comisión, podía desestimar aquellas denuncias (peticiones de parte) que eran manifiestamente infundadas. Quizá con una terminología más apropiada lo que la norma debió decir era que la Secretaría Técnica podía declarar improcedentes aquellas denuncias de parte que no tuvieran sustento alguno, que es lo que ocurre cuando el escrito de denuncia carece de indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva.

De modo que en su texto, el DL 701 aceptaba que fuera el Secretario Técnico el que iniciara el procedimiento administrativo cuando se trataba de una denuncia de parte. En la práctica, sin embargo, fue siempre la Comisión la que decidió, al amparo de la ley derogada, el inicio del procedimiento. Y esto lo digo con pesar puesto que entre los años 2003 y 2005 fui Secretario Técnico de la Comisión, y pese

7 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-

«Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-

18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte. (...).»

a las dudas que tenía, acepté como una práctica natural el que fuera la Comisión, y no el Secretario Técnico, el que iniciara el procedimiento.

Con la LRCA no hay lugar a dudas. El inicio del procedimiento le compete sólo al Secretario Técnico. La razón es simple, el procedimiento previsto en esta ley apuesta por una clara distinción entre la autoridad de instrucción y la autoridad de decisión, tal como lo aconseja el numeral 1 del artículo 234 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.⁸

5. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El artículo 20° de la LRCA dispone que antes del inicio del procedimiento, la Secretaría Técnica puede efectuar actuaciones previas con la finalidad de reunir información o identificar indicios razonables de conductas anticompetitivas. Ello guarda correspondencia con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 235° de la Ley N° 27444⁹, que establece que, en ejercicio de la potestad sancionadora y con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, las entidades pueden realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.¹⁰

La experiencia de las labores de la Comisión y de la Secretaría Técnica ha permitido apreciar que en algunos casos los denunciantes se encuentran imposibilitados de acceder a información estadística o del mercado involucrado que les permita determinar cuestiones fundamentales, tales como el nivel de sustitución del producto o servicio, la existencia de barreras a la entrada, la cuota de participación de los agentes involucrados, entre otros. Por tanto, se requiere de actuaciones preliminares que apunten a subsanar aquellos aspectos de la denuncia que

la autoridad de competencia se encuentra en mejor condición de determinar.¹¹

Esta etapa preliminar se debe desarrollar en un plazo no mayor de 45 días hábiles a partir de la interposición de la denuncia. Con este plazo se pretende establecer un equilibrio entre contar con un periodo prudencial para determinar la existencia de indicios razonables suficientes para el inicio de un procedimiento y garantizar que los investigados o involucrados no se encuentren sujetos de manera indefinida a los requerimientos de la autoridad de competencia sin contar con un pronunciamiento.¹²

6. LA SEPARACIÓN ENTRE INSTRUCTOR Y ÓRGANO DE DECISIÓN

Compete al Secretario Técnico imputar los cargos, investigar y opinar si los investigados han realizado o no una o más de las conductas anticompetitivas imputadas. Compete a la Comisión decidir si los investigados infringieron la ley y determinar la sanción a aplicar, de ser el caso.

Una de las particularidades del proceso de reforma de la legislación del Indecopi que se dio el año pasado aprovechando la delegación de facultades otorgada a raíz del TLC Perú – EEUU, fue el fortalecer en todos los órganos resolutivos de dicha entidad la división entre la autoridad de instrucción (los Secretarios Técnicos) y la de decisión (las Comisiones). Esa fue una de las razones por las cuales se introdujo la figura de Comisiones y Secretarías Técnicas en el Área de Propiedad Intelectual para la tramitación de los procedimientos contenciosos (las oposiciones al registro de derechos de propiedad intelectual, las denuncias por infracciones a dichos derechos, las solicitudes de nulidad de registro, entre otros¹³). También ello explica el reconocimiento explícito de que las Secretarías Técnicas son órganos

8 Ley del Procedimiento Administrativo General-

«Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita.

9 Ley del Procedimiento Administrativo General.-

«Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

10 Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.-

«Artículo 42.- De las Comisiones de Propiedad Intelectual.-

42.1 Las Comisiones son:

a) Comisión de Signos Distintivos.
b) Comisión de Invenciones y Nuevas Tecnologías.
c) Comisión de Derecho de Autor.

resolutivos y no de la administración interna¹⁴. Claro está, es en la LRCA y en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) donde la división es más clara y contundente, siendo que en las otras Comisiones del Indecopi tal división operará, aunque con una menor intensidad, cuando lo dispuesto en los literales b) y c) de los numerales 44.1 y 44.3 del artículo 44° del DL 1033 se combine con la delegación de competencias previstas en los literales d) de dichos numerales.¹⁵

Cuando la autoridad que imputa cargos e investiga es una y la que decide la imposición de la sanción otra, la persona investigada se encuentra inmersa en un procedimiento más «garantista» del debido procedimiento y de su derecho de defensa.¹⁶

En la Sentencia de Hábeas Corpus de fecha 13 de marzo de 2006, recaída en el Expediente N° 2005-2006-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló

que un principio que rige los procesos penales es el acusatorio, siendo una característica de este principio que la acusación debe ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador¹⁷. Dicha afirmación fue reiterada en la Sentencia de Hábeas Corpus de fecha 07 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente N° 03155-2007-PHC/TC, donde el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú señaló lo siguiente:

42.2 Las Comisiones mencionadas en el numeral anterior son competentes para pronunciarse respecto de:

- a) En el caso de la Dirección de Signos Distintivos, sobre oposiciones a solicitudes de registro; nulidades y cancelaciones de registro de oficio o a pedido de parte; y las acciones por infracción a los derechos de propiedad intelectual bajo su competencia;
- b) En el caso de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, sobre oposiciones a solicitudes de registro; nulidades de oficio o a pedido de parte; y las acciones por infracción a los derechos de propiedad intelectual bajo su competencia; y,
- c) En el caso de la Dirección de Derecho de Autor, sobre nulidad y cancelación de partidas registrales de oficio o a pedido de parte; y las acciones por infracción a los derechos de propiedad intelectual bajo su competencia.

42.3. Las Comisiones de Propiedad Intelectual tienen las siguientes características:

(...)

h) Cuentan con una Secretaría Técnica, la que se regirá por lo establecido en el numeral 44.3 del Artículo 44 de la presente Ley; y,

14 Ver Capítulo IV del Título V de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

15 Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.-

«Artículo 44.- Funciones de las Secretarías Técnicas.-

44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia:

(...)

b) Instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, ejerciendo facultades de investigación y de actuación de medios probatorios, a fin de proporcionar a las Comisiones elementos de juicio para la resolución de los asuntos sometidos a su competencia;

c) Realizar acciones de prevención e investigaciones preliminares;

d) Por delegación de su Comisión, admitir a trámite los procedimientos, imputar cargos, impulsar la tramitación de los procedimientos, declarar rebelde a una parte del procedimiento, conceder recursos administrativos y declarar firme o consentida la resolución final que expida la Comisión, salvo régimen establecido en ley especial;

(...)

44.3 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Propiedad Intelectual:

(...)

b) Instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, ejerciendo facultades de investigación y de actuación de medios probatorios, a fin de proporcionar a las Comisiones elementos de juicio para la resolución de los asuntos sometidos a su competencia;

c) Realizar acciones de prevención e investigaciones preliminares;

d) Por delegación de su Comisión, admitir a trámite los procedimientos, imputar cargos, impulsar la tramitación de los procedimientos, declarar rebelde a una parte del procedimiento, conceder recursos administrativos y declarar firme o consentida la resolución final que expida la Comisión, salvo régimen establecido en ley especial;

16 Y esta es la tendencia seguida por los procedimientos sancionadores modernos. Así, por ejemplo, mediante Resolución CONASEV N° 008-2009-EF/94.01.1, publicada el 22 de febrero de 2009, se ha aprobado un Procedimiento Sancionador Especial por el cual se tramitarán las denuncias de comitentes afectados patrimonialmente por la conducta de sus sociedades agentes de bolsa. En este procedimiento, el órgano instructor es la Dirección de Mercados Secundarios de la CONASEV, el que está facultado para realizar indagaciones preliminares, investigaciones, inspecciones, imputar cargos y actuar las pruebas que considere pertinentes. El órgano sancionador (de decisión) es el Tribunal Administrativo de la CONASEV.

17 En la Sentencia referida el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente:

«La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: «a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreesido necesariamente...»

(el resaltado es nuestro)

La sentencia antes citada tiene importantes consideraciones en torno al ejercicio del poder punitivo del Estado. Primero, que el principio acusatorio es un elemento consustancial al debido proceso. Segundo, que sobre la base de este principio, la autoridad que acusa (que imputa los cargos) no puede ser la misma que aquella que dicta la sentencia (la que decide). Y tercero, que para garantizar la absoluta imparcialidad del juzgador, a éste no puede atribuirse poder de dirección material del proceso que cuestionen dicha imparcialidad.

A estas alturas ya nadie duda de que la potestad sancionadora de la Administración Pública - que, al igual que el sistema penal, constituye una vertiente o expresión del poder punitivo del Estado - se inspira en gran medida en los principios aplicables al derecho penal, obviamente con los matices y modulaciones propias del traspaso de las instituciones jurídicas de un régimen a otro.

Si el principio acusatorio da una mayor garantía de un debido proceso en el sistema penal, también lo es en el ámbito del procedimiento sancionador. Y si en el derecho penal lo apropiado es que quien acusa no sea quien decida, esta máxima también es aplicable al sistema sancionador administrativo. De ahí que, como se ha señalado, el numeral 1 del artículo 234° de la Ley del Procedimiento Administrativo General aconseja que para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere seguir un procedimiento caracterizado, entre otros elementos, por diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, obviamente cuando la organización de la entidad lo permita.

Considerando dicho contexto, y ante la posibilidad de diseñar un procedimiento sancionador especial para la investigación y sanción de conductas anticompetitivas, resultaba un imperativo diferenciar claramente en la estructura de dicho procedimiento el rol de la Secretaría Técnica como órgano instructor del papel de la Comisión como órgano de decisión. Ello, por cierto, como se ha señalado líneas arriba, tampoco era una gran novedad, pues ya el DL 701 contemplaba algunas disposiciones que apuntaban a dicha diferenciación.

Había un límite en cuanto la separación de funciones, que era que ambas debían ser desarrolladas por órganos ubicados al interior de una misma persona jurídica: el Indecopi. Posiblemente en el futuro se avance a una mayor separación al punto que la autoridad de instrucción esté en una persona jurídica y la decisión en otra, como ocurre en Chile,

donde el instructor es la Fiscalía Nacional Económica y el órgano de decisión el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (órgano jurisdiccional).

La prudencia aconsejaba ir paso a paso. El modelo «Secretaría Técnica – Comisión» empleado en el Indecopi, que ya tenía varios años funcionando, y creemos acertadamente, debía mantenerse, pero tratando al máximo de que exista la separación funcional entre instructor y órgano que impone la sanción. Y eso es lo que creo que se ha logrado en la LRCA. Se conserva la figura de que la Secretaría Técnica es el órgano que canaliza el apoyo de los órganos de administración interna, pero al mismo tiempo es el órgano de instrucción.

El artículo 15° de la LRCA señala que 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, siendo atribuciones de ella, lo siguiente:

- a) Efectuar investigaciones preliminares;
- b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;
- c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda;
- d) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar;
- e) Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, y ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI;
- f) Excepcionalmente y con previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de 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 15 días hábiles, requiriendo de autorización judicial para proceder al retiro;
- g) Realizar estudios y publicar informes;
- h) Elaborar propuestas de Lineamientos;
- i) Canalizar el apoyo administrativo que requiera la Comisión;

- j) Realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia; y,
- k) Otras que le asignen las disposiciones legales vigentes.

7. LA IMPUTACIÓN DE CARGOS POR PARTE DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

Una auténtica autoridad instructora no sólo investiga, sino que es ella quien formula los cargos de imputación, la que denuncia, la que acusa. La LRCA reconoce la competencia de la Secretaría Técnica en cuanto a ser la autoridad que imputa los cargos, es decir, la que imputa a una o más empresas el haber realizado una conducta anticompetitiva. La imputación de cargos debe expresarse a través de una resolución (y no un mero proveído) que debe contener lo señalado en el artículo 21° del DL 1034.¹⁸

Para que la Secretaría Técnica admita a trámite una denuncia, debe verificar los supuestos de procedencia y los de admisibilidad. Los de procedencia son verificar la competencia de la Comisión¹⁹ y comprobar la presencia de al menos indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva. Los de admisibilidad se refieren al cumplimiento de los requisitos de forma establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del Indecopi.

Si la Secretaría Técnica advierte la falta de los primeros, declarará improcedente la denuncia; si advierte la falta de los segundos, declarará inadmisibles la denuncia sólo si el denunciante no cumple con subsanar el requerimiento correspondiente. En

ambos casos, el pronunciamiento se materializa en una resolución, la cual es apelable ante el Tribunal del Indecopi²⁰. Este es un cambio significativo con relación al tratamiento del DL 701. El literal a) del numeral 14.1 del artículo 14° del DL 1033 reconoce que son actos administrativos apelables ante las Salas del Tribunal del Indecopi, entre otros, los expedidos por las Secretarías Técnicas cuando ponen fin a la instancia, causan indefensión o determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento.²¹

Es evidente que la Sala del Tribunal del Indecopi podría revocar el pronunciamiento de la Secretaría Técnica y ordenar que la denuncia sea admitida a trámite; por ejemplo, si es que la segunda instancia considera, a diferencia de la primera, que hay indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva.

Lo curioso es que respecto de la admisión a trámite, no hay participación alguna de la Comisión, órgano que mantiene una distancia prudente respecto de la etapa postulatoria. Ello precisamente es la garantía del principio acusatorio. Si bien la Secretaría Técnica no es exactamente un fiscal, ni la Comisión un juez penal, la tendencia recogida en la norma es que el modelo acusatorio se impregne en el procedimiento administrativo sancionador en el contexto de órganos resolutivos establecidos al interior de una misma entidad (el Indecopi) pero con independencia funcional respecto de sus actos.

Cuando al amparo de la distorsionada aplicación del DL 701 era la Comisión la que iniciaba el procedimiento, imputando los cargos, el mensaje que daba a las empresas investigadas era que ella tenía

18 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-

«Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.

19 Esto es, el control ex post de conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) en aquellos mercados donde la competencia es posible, lo que no ocurre en las industrias de red con características de monopolio natural, en los que es necesario que los problemas asociados al poder de mercado (p.e. acceso a facilidades esenciales) sean resueltos vía regulación económica por el organismo regulador competente.

20 Hoy la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

21 Ley de Organización y Funciones del Indecopi.-

«Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.-

14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

- a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda. En tal sentido, podrán conocer y resolver sobre la imposición de multas por la realización de infracciones administrativas o multas coercitivas por el incumplimiento de resoluciones finales, de medidas cautelares, preventivas o correctivas, de acuerdos conciliatorios y de pagos de costas y costos; así como sobre el dictado de mandatos o la adopción de medidas cautelares, correctivas o complementarias; (...).»

un prejuzgamiento, que a su juicio había indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva, pues si no tenía tales indicios, si no tenía tal prejuzgamiento, no hubiera admitido a trámite la denuncia. Pero si lo hacía, la carga era pesada para las empresas investigadas, pues éstas tenían que defenderse de una autoridad administrativa que ya había emitido un pronunciamiento preliminar e indiciario en la etapa postulatoria. Por el contrario, en el contexto de la LRCA, las empresas investigadas no tienen que centrar su atención en demostrarle al propio acusador, la Secretaría Técnica, que se ha equivocado, sino que sus baterías de defensa se van a centrar en demostrar a la Comisión, quien no ha manifestado prejuzgamiento alguno en la etapa postulatoria, que el acusador se ha equivocado. La diferencia entre uno y otro caso es significativa. Una cosa es convencer a alguien que inició el procedimiento medio convencido de la existencia de una infracción administrativa (a raíz de los indicios razonables que motivaron el inicio del procedimiento), y otra muy distinta convencer a un tercero que se ha mantenido distante de la imputación de cargos y de los actos de investigación. Es evidente que el segundo escenario es uno más garantista del derecho de defensa, que es precisamente el propósito perseguido por la LRCA.

8. LOS SUPUESTOS «SUPERPODERES» DEL SECRETARIO TÉCNICO

Pese a lo ya explicado, hay quienes afirman que bajo la aplicación del DL 701 (en mi opinión, «aplicación distorsionada») era más saludable que el inicio del procedimiento fuera dispuesto por un colegiado de seis personas (la Comisión) y no por una persona (el Secretario Técnico) como sucede ahora al amparo del DL 1034. En definitiva, para quien va a ser investigado es preferible que cuatro ó seis personas decidan el inicio del procedimiento a que lo decida uno solo. Sin embargo, no es menos cierto que sería preferible que los cuatro ó seis que inician el procedimiento no sean los mismos que deciden la imposición de la sanción. Esto último significaría un gasto burocrático excesivo (estamos hablando de ocho ó doce funcionarios). Resulta suficiente que una persona impute cargos y que un colegiado (de 4 personas) decida si hay infracción o no.

Hay un factor adicional a tener presente. El inicio del procedimiento no es en sí mismo un acto que restrinja derechos o que cause indefensión, y tan es así que dicho acto no es impugnabile así sea

emitido por una persona o por un colegiado. El inicio de un procedimiento sancionador tampoco afecta al principio de presunción de inocencia²². Son actos del Secretario Técnico que sí originan un estado de indefensión o la paralización del procedimiento, según como se vea, las declaraciones de improcedencia o inadmisibilidad de la denuncia, pero en estos casos el afectado por la decisión del Secretario Técnico puede impugnar su decisión ante el Tribunal del Indecopi.

La LRCA ha cuidado que aquellos actos que pueden restringir derechos e imponer obligaciones, como la imposición de sanciones, medidas cautelares y correctivas, esté en manos de la Comisión y no de la Secretaría Técnica. ¿Dónde está la amenaza entonces? ¿Acaso el temor es que un Secretario Técnico decida iniciar una investigación de manera arbitraria sin hallar indicio alguno? Si fuera éste el caso - que es más un cuestionamiento a la persona que ocupa el cargo que a la previsión conceptual prevista en la norma jurídica -, es evidente que llegado el momento, si en verdad no hay siquiera indicios de la existencia de la infracción, la Comisión declarará infundada la denuncia, así de simple.

Si a pesar de todo lo expuesto, hay quienes añoran al colegiado decidiendo el inicio del procedimiento, la verdad que no encuentro explicación alguna, salvo la desconfianza de la persona que ocupa el cargo de Secretario Técnico, pero si se trata de desconfiar de las personas, ello no es problema atribuible únicamente a éste, se puede desconfiar también de los miembros de la Comisión, de los vocales del Tribunal, de los miembros del Consejo Directivo, en fin se puede desconfiar de todo el mundo.

Todos deseamos que las personas que ocupan cargos públicos, en el Indecopi y en otras entidades públicas, actúen con probidad, integridad, honestidad, transparencia, apegados al ordenamiento jurídico y con respeto a los derechos fundamentales. Ello es la mejor garantía de un Estado de derecho. Pero lo que estamos discutiendo aquí es el diseño del procedimiento, un diseño que, más allá de la calificación e idoneidad de las personas, busca que haya una mejor garantía del debido procedimiento y del derecho de defensa. Este fue el norte que inspiró a quienes, desde el INDECOPI y fuera de él, apostaron por implementar un procedimiento sancionador que privilegiara la separación entre autoridad de instrucción y autoridad de decisión.

22 Resulta pertinente traer a colación la Sentencia de Hábeas Corpus de fecha 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 08300-2005-PHC/TC, en la cual el Tribunal Constitucional afirmó, respecto del principio de presunción de inocencia, lo siguiente:

«...también debe tenerse presente que el principio de presunción de inocencia, tal como lo ha señalado este Colegiado de manera reiterada, no resulta afectado por el solo inicio de un proceso administrativo, puesto que se mantiene durante toda la secuela del procedimiento, hasta el momento en que se emita la resolución que resuelva lo pertinente, de acuerdo con los hechos acreditados a través de los medios probatorios actuados.»

9. ACTUACIONES DE INSTRUCCIÓN

La Secretaría Técnica está facultada, en razón de su competencia, a realizar de oficio cuantas actuaciones probatorias resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los documentos, información u objetos que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia o no de la infracción administrativa que se imputa.²³

Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento.²⁴

Un mes antes de finalizar el período de prueba, la Secretaría Técnica informará a las partes de dicha circunstancia²⁵. Dentro de un plazo no mayor de 10 días hábiles contados a partir de la notificación a que se refiere el numeral anterior, las partes que lo consideren pertinente podrán presentar, como pruebas adicionales, únicamente documentos, de lo que se correrá traslado a todas las partes del procedimiento²⁶. Al finalizar el período de prueba, la Secretaría Técnica informará a las partes que la etapa probatoria a su cargo terminó, por lo que ya no admitirá la presentación de medios probatorios adicionales.²⁷

10. LA NOTIFICACIÓN DEL INFORME TÉCNICO

La Secretaría Técnica denuncia (resolución de admisión a trámite), investiga y opina sobre la existencia o inexistencia de infracción administrativa. Esta opinión se materializa en un Informe Técnico, un simple acto de la administración. No es vinculante para la Comisión, sólo contiene la posición (autónoma) de la Secretaría Técnica con relación a la investigación que ella ha efectuado.

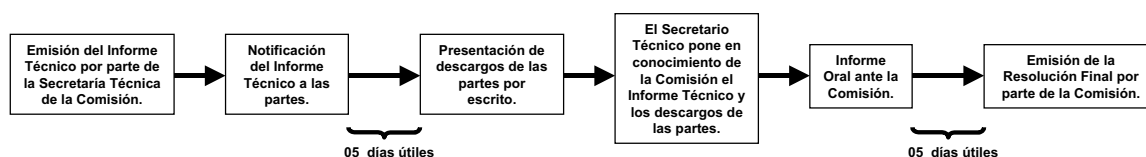
El DL 701 no preveía la notificación del Informe Técnico. Este acto procedimental se introdujo en la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI (Caso SOAT) de fecha 16 de junio de 2003. En dicha oportunidad, la Sala de Defensa de la Competencia afirmó lo siguiente:

«...a efectos de garantizar el derecho de defensa de las investigadas y conforme a lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, una vez emitido el informe de la Secretaría Técnica de la Comisión, éste debió ser puesto en conocimiento de las investigadas, otorgándoles un plazo de 5 días para que presenten sus alegatos con respecto a las conclusiones de la instrucción. En el momento de la presentación de los alegatos, las investigadas pudieron haber solicitado el informe oral, de considerarlo conveniente.

Sólo una vez vencido dicho término, la Secretaría Técnica pudo poner su informe en conocimiento de la Comisión, conjuntamente a los alegatos que hubiesen sido presentados por los investigados, para que dicho órgano emita pronunciamiento sobre la cuestión controvertida en el caso, contando con la opinión y propuesta del órgano encargado de la instrucción y con las conclusiones de la defensa. Este acto, es el que corresponde a la vista de la causa. En el caso que se hubiera solicitado dicho informe y la autoridad decidiera concederlo, la vista de la causa se señalará para una fecha posterior en la audiencia pública que se realice a los efectos de que la Comisión conozca de la presentación del informe y los descargos.

El plazo de cinco días a que hace referencia el Decreto Legislativo N° 701 que tiene la Comisión para emitir pronunciamiento, se computa desde la vista de la causa, la misma que como se ha señalado se realiza cuando el informe de la Secretaría Técnica es puesto en conocimiento de los miembros de comisión o cuando éstos señalan una fecha para la audiencia de informe oral, en el caso que hubiera sido solicitado.

El siguiente gráfico muestra el curso de la actuación debida de conformidad con las normas aplicables:



23 Numeral 30.1 del artículo 30 de la LRCA.

24 Numeral 30.2 del artículo 30 de la LRCA.

25 Numeral 30.3 del artículo 30 de la LRCA.

26 Numeral 30.4 del artículo 30 de la LRCA.

27 Numeral 30.5 del artículo 30 de la LRCA.

28 Dando cuenta de los hechos probados; la determinación de la infracción administrativa; la identificación de los responsables; la propuesta de graduación de la sanción; y, la propuesta de medidas correctivas pertinentes.

(...))»

Hasta antes del Caso SOAT, podía darse el caso que el informe técnico fuera notificado conjuntamente con la resolución final de la Comisión. De modo que si el informe de la Secretaría Técnica decía que había infracción, y esto era validado por la Comisión en su resolución final, a los investigados sólo les quedaba apelar la decisión de la Comisión. Esta era lógica prevista en el DL 701.

Más allá de si el pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia en el Caso SOAT se apegaba o no al texto del DL 701 (pareciera que no), lo cierto es que introdujo una etapa procedimental: la notificación del informe técnico; y fortaleció la autonomía instructiva de la Secretaría Técnica. Según dicho pronunciamiento, una vez culminada su investigación, la Secretaría Técnica elaboraba su informe técnico y lo notificaba a las partes del procedimiento (denunciante y denunciado), quienes podían presentar descargos con relación a al aludido informe. Luego, la Secretaría Técnica ponía en conocimiento de la Comisión tanto su informe técnico como los alegatos de las partes. Evidentemente, las partes se enteraban antes que la Comisión sobre la opinión de la Secretaría Técnica, lo que evidenciaba una mayor distancia entre ambos órganos.

El DL 1034 recoge la línea trazada por el Caso SOAT. Su artículo 33° señala que en un plazo no mayor de 30 días hábiles contados desde el vencimiento del período de prueba, la Secretaría Técnica emitirá su informe técnico²⁹, el que será notificado a las partes del procedimiento, quienes contarán con un plazo de 15 días hábiles para formular alegaciones y presentar escritos solicitando el uso de la palabra ante la Comisión. Vencido dicho plazo, la Secretaría Técnica dispondrá de un plazo de 5 días hábiles para poner en conocimiento de la Comisión lo actuado en el procedimiento, su informe técnico, las alegaciones de las partes respecto del Informe Técnico y, de ser el caso, las solicitudes de uso de la palabra que se hubieran presentado.

No es que la Secretaría Técnica sea una instancia y la Comisión otra. Sin embargo, no puede negarse que la notificación del informe técnico separa en dos etapas el procedimiento de primera instancia. Desde la imputación de cargos hasta la notificación del informe técnico, el procedimiento está en manos de la Secretaría Técnica. Lo que sigue y hasta la resolución final está en manos de la Comisión.

La notificación del informe técnico, qué duda cabe, permite a las personas investigadas un mejor ejercicio de su derecho de defensa. Les da la posibilidad de cuestionar la opinión del instructor. Pero además, aunque de un modo más sutil, fortalece aun más la autonomía del instructor. Es revelador que sean las partes quienes conozcan la posición del instructor antes que la Comisión. El legislador buscó con esto el que hubiera la mayor distancia posible entre ambos órganos, buscando una mayor separación entre órgano de instrucción y órgano de decisión en aras de garantizar el debido procedimiento.

11. LA APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN FINAL POR PARTE DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

En esta lógica de separar las funciones de instrucción de las de decisión, una disposición revolucionaria es la prevista en el numeral 37.1 del artículo 37° del DL 1034²⁹, norma que dispone que la Secretaría Técnica pueda apelar la resolución que exculpa a los investigados así como la multa impuesta. Ello no sólo resulta coherente con el modelo acusatorio recogido en la ley, sino que consolida una auténtica separación e independencia entre el órgano de instrucción y el de decisión. Si la Secretaría Técnica puede impugnar la decisión de la Comisión, es inadmisibles ver en dicho órgano a un mero secretario o relator. La LRCA ha fortalecido la actuación de la Secretaría Técnica para hacer de ella un auténtico órgano de instrucción.

«Con la LRCA no hay lugar a dudas. El inicio del procedimiento le compete sólo al Secretario Técnico. La razón es simple, el procedimiento previsto en esta ley apuesta por una clara distinción entre la autoridad de instrucción y la autoridad de decisión»

29 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-

«Artículo 37.- Recurso de apelación.-

37.1. La resolución final de la Comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, ante el Tribunal, en el plazo de quince (15) días hábiles. La Secretaría Técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.

30 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.


No es inusual que Secretaría Técnica y Comisión tengan pareceres distintos con relación a los hechos investigados. En el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión y el OSITRAN³⁰ contra Ferrocarril Transandino S.A., tramitado bajo los Expedientes N° 010 y N° 012-2004/CPC (acumulados), la Secretaría Técnica opinó hasta en dos oportunidades³¹ que la empresa investigada había violado el DL 701 al abusar de su posición de dominio, pero la Comisión consideró que no había infracción administrativa³². Sin embargo, apelada la decisión de primera instancia (gracias a la oportuna intervención del OSITRAN), la Sala de Defensa de la Competencia declaró que dicha empresa había abusado de su posición de dominio³³, ratificando la posición asumida por la Secretaría Técnica.

Con la LRCA, la revisión de lo resuelto por la Comisión por parte del Tribunal no estará supeditada a que la parte afectada presente recurso de apelación, sino que la Secretaría Técnica, también titular de la potestad de velar por la libre competencia, podrá impugnar la decisión de la primera instancia.

12. CONCLUSIONES

En el marco del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha fortalecido la actuación instructora de la Secretaría Técnica, estableciendo disposiciones que permiten una verdadera separación entre instructor y órgano de decisión (la Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Lo caracteres que perfilan el nuevo rol instructor de la Secretaría Técnica, son:

- (i) Corresponde a la Secretaría Técnica efectuar la imputación de cargos, es decir, emitir la resolución de admisión a trámite del procedimiento, tanto a pedido de parte como de oficio. Los actos administrativos mediante los cuales declara la improcedencia o inadmisibilidad de la denuncia son apelables ante la Sala correspondiente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- (ii) La Secretaría Técnica se encarga de las indagaciones preliminares y de la investigación correspondiente luego de iniciado el procedimiento sancionador, recopilando los medios probatorios que considere pertinentes, así como analizando aquellos aportados por las partes.
- (iii) El informe técnico de la Secretaría Técnica, el cual contiene su opinión sobre los hechos investigados y de la existencia o inexistencia de infracción administrativa, se notifica a las partes antes que a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.
- (iv) La Secretaría Técnica puede apelar la resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que exculpa a los investigados así como la multa impuesta si considera que el monto impuesto por la primera instancia no tendrá un efecto disuasivo sobre el infractor. 

31 Informe N° 023-2005/ST-CLC del 13 de junio de 2005 e Informe N° 013-2006/ST-CLC del 23 de mayo de 2006.

32 Resolución N° 064-2006/CLC del 4 de setiembre de 2006.

33 Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI del 02 de julio de 2007.