



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La aplicación del secreto profesional cliente - abogado
en las comunicaciones recogidas en las visitas de
inspección realizadas por el INDECOPI como
autoridad de libre competencia**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

José Ricardo JESÚS TICONA

ASESOR

Mg. Jorge Guillermo GUTIÉRREZ TUDELA

Lima, Perú

2024



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Jesús, J. (2024). *La aplicación del secreto profesional cliente - abogado en las comunicaciones recogidas en las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI como autoridad de libre competencia*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Jose Ricardo Jesus Ticona
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	74030398
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0004-3717-1281
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Jorge Guillermo Gutiérrez Tudela
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06155396
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-1064-9546
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Felix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08162135
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Julio Hernán Figueroa Bustamante
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08248540

Datos de investigación	
Línea de investigación	Derecho
Grupo de investigación	Derecho
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Metropolitana Latitud: -12.04318 Longitud: -77.02824
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2021-2023
URL de disciplinas OCDE	https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS

N°008

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTE: Dr. JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO
- 2.- Mg. JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA (ASESOR)
- 3.- Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ
- 4.- Abg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado, don:

José Ricardo Jesús Ticona

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

"LA APLICACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL CLIENTE - ABOGADO EN LAS COMUNICACIONES RECOGIDAS EN LAS VISITAS DE INSPECCIÓN REALIZADAS POR EL INDECOPI COMO AUTORIDAD DE LIBRE COMPETENCIA"

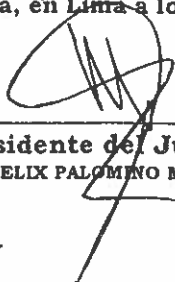
En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de:

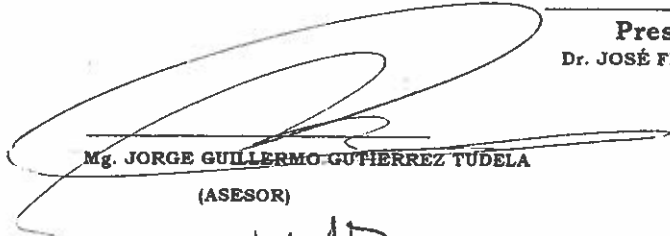
CATORCE (14)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

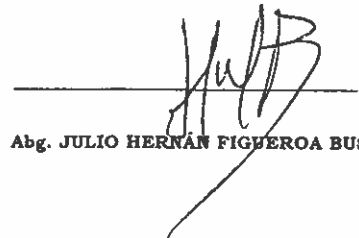
APROBADO POR UNANIMIDAD CON LA NOTA VEINTE (20) Y CON MAXIMOS HONORES

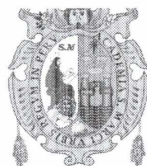
Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los VEINTINUEVE días del mes de ABRIL del año 2024.


Presidente del Jurado
Dr. JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO


Mg. JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA
(ASESOR)


Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ


Abg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Escuela Profesional de Derecho

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral N° 000138-2023-EPD-FDCP/UNMSM de 14 de junio de 2023 con relación a la Tesis, cuyo título es **LA APLICACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL CLIENTE – ABOGADO EN LAS COMUNICACIONES RECOGIDAS EN LAS VISITAS DE INSPECCIÓN REALIZADAS POR EL INDECOPI COMO AUTORIDAD DE LIBRE COMPETENCIA** presentada por el bachiller José Ricardo Jesús Ticona para optar el Título Profesional de Abogado, CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 15 % de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional.**

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado/ título/ especialidad correspondiente.

Firma del Asesor:

DNI: 06155396

Nombres y apellidos del asesor:

JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA



Dedicatoria

A mi abuela María Valencia y a "Oruguita".

Al pequeño José de 13 de años

Agradecimientos

A mis padres José Luis y María Mercedes.

A toda la familia Celeciana del INDECOPI.

A todos los amigos y profesores que me entregaron un poco de su tiempo para discutir sobre mi investigación.

RESUMEN

La investigación titulada "La aplicación del secreto profesional cliente-abogado en las comunicaciones recogidas en las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI como autoridad de libre competencia" tuvo como objetivo determinar si las comunicaciones entre el cliente y su abogado, que reflejen indicios de planeamiento, realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas durante inspecciones del INDECOPI, están protegidas por el secreto profesional.

El enfoque cualitativo guió la investigación, utilizando fuentes públicas como documentos oficiales, jurisprudencia y literatura jurídica. El método principal de recopilación de datos fue el archivo bibliográfico. Asimismo, en la elaboración de tesis se hizo un análisis crítico de las fuentes formales del derecho relacionadas con las instituciones jurídicas estudiadas.

La conclusión destaca que, aunque el secreto profesional es esencial en el ejercicio legal, su aplicabilidad debe evaluarse en situaciones donde su uso tenga como finalidad cubrir un acto ilegal, como lo es una práctica anticompetitiva. Sobre esto último, la transparencia y colaboración son esenciales en la relación abogado-cliente, pero frente a indicios de prácticas anticompetitivas, la autoridad de libre competencia puede requerir acceso a información que, por razones éticas y legales, no quede protegida por el secreto profesional.

ABSTRACT

The research titled "The Application of Attorney-Client Privilege in Communications Gathered During Inspections Conducted by INDECOPI as a Competition Authority" aimed to determine whether communications between the client and their attorney, reflecting indications of planning, execution, and/or implementation of anticompetitive practices during INDECOPI inspections, are protected by attorney-client privilege.

The qualitative approach guided the research, utilizing public sources such as official documents and jurisprudence. The primary method of data collection was bibliographic research.

The conclusion highlights that, although attorney-client privilege is essential in legal practice, its applicability should be assessed in situations where its use aims to cover up or conceal an illegal act, such as an anticompetitive practice. Regarding the latter, transparency and collaboration are essential in the attorney-client relationship, but when facing indications of anticompetitive practices, the competition authority may require access to information that, for ethical and legal reasons, is not protected by attorney-client privilege.

ABREVIATURAS

OECD / OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
DLC	Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia
DL	Decreto Legislativo
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
TC	Tribunal Constitucional
T.U.O.	Texto Único Ordenado
DL 1033	Ley de Organización y Funciones del INDECOPI
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General
UE	Unión Europea
DL 1034 / LRCA	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas / Ley de Competencia / Ley de Libre Competencia
CE	Comisión Europea
CMA	Competition & Markets Authority / Autoridad de Competencia del Reino Unido
CA98	Competition Act 98 / Norma de Competencia 98
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
CLC	Comisión de Defensa de la Libre Competencia
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
CAL	Colegio de Abogados de Lima
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Índice	
Dedicatoria.....	i
Agradecimientos	i
RESUMEN.....	ii
ABSTRACT	iii
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.....	iv
Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia	iv
Decreto Legislativo.....	iv
PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS	1
Capítulo 1: Planeamiento metodológico	1
1.1 Planteamiento del problema	3
1.1.1 Problema general	3
1.1.2 Problema específico	3
1.2 Objetivos de la investigación.....	4
1.2.1 Objetivo general.....	4
1.2.2 Objetivos específico	4
1.3 Justificación de la investigación	4
1.4 Antecedentes del problema.....	6
1.5 Método de la investigación	7
1.5 Diseño de la investigación.....	8
SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO	9
Capítulo 2: El Derecho a la libre competencia.....	9
2.1 Contextualización de la libre competencia en las constituciones peruanas del siglo XX	9
2.1.1 La libre competencia en las Constituciones	9
2.1.2 La libre competencia en la actual constitución	11
2.1.3 Libre competencia según el Tribunal Constitucional peruano.....	12
2.2 Marco normativo: TUO de la LRCA	13
2.3 El INDECOPI como agencia de competencia	17
Capítulo 3: Las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI como autoridad de competencia	19
3.1 La actividad administrativa de fiscalización o inspección.....	19
3.1.1 Fundamentos constitucionales de la actividad de fiscalización	20
3.1.2 Naturaleza jurídica.....	21
3.1.3 Principios de la actividad administrativa de fiscalización	22
3.1.4 Características de la Actividad de fiscalización	28
3.1.5 Finalidad de la actividad de fiscalización.....	29

3.1.6 Derechos y deberes de la administración pública en una visita de inspección	30
3.1.7. Derechos de los administrados.....	31
3.1.8. Deberes de los administrados.....	32
3.2 Las visitas de inspección en Libre Competencia.....	33
3.2.1. Regulación de las visitas de inspección de las autoridades de competencia en el extranjero	33
3.2.2. Las visitas de inspección por parte de la autoridad nacional	38
3.3. Las directrices publicadas por la autoridad de competencia para sus investigaciones	46
3.3.1 Inspecciones, paso a paso.....	46
3.3.2 Configuración legal de las visitas de inspección	47
3.3.3 Inicio de la visita de inspección	52
3.3.4 Desarrollo de la visita de inspección	58
3.3.5 Fin de la visita de inspección.....	59
3.4. Las visitas de inspección como mecanismo principal de detección de prácticas anticompetitivas	60
Capítulo 4: El secreto profesional cliente-abogado.....	62
4.1 El secreto profesional como derecho constitucional	62
4.1.1 El secreto profesional	62
4.1.2. La no aplicación del secreto profesional.....	68
4.1.3. Características del secreto profesional.....	70
4.2. Marco normativo del secreto profesional cliente-abogado en el Perú	71
TERCERA PARTE: CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS.....	76
Capítulo 5: Análisis de la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en las comunicaciones recogidas por el INDECOPI en visitas de inspección sobre libre competencia	76
5.1. Tratamiento del secreto profesional cliente-abogado por las autoridades de competencia en la experiencia comparada.....	76
5.2. Regulación actual en la norma de competencia peruana	79
5.3 Características que deben concurrir en una comunicación para estar protegida por el secreto profesional cliente-abogado	81
5.4 El secreto profesional no resulta aplicable en las comunicaciones que reflejan indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas.....	84
CUARTA PARTE: CONCLUSIONES.....	88
CONCLUSIONES.....	88
RECOMENDACIONES.....	91
REFERENCIAS Y MATERIAL BIBLIOGRÁFICO	93

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS

Capítulo 1: Planeamiento metodológico

Este principio trascendental del secreto profesional entre abogado y cliente no solo se erige como un fundamento esencial en el entramado del sistema legal, sino que también desempeña un papel crucial en el tejido mismo de la confianza que debe existir en la relación entre ambas partes. Más allá de ser un mero formalismo legal, este principio representa la garantía de que la comunicación entre el asesor legal y su cliente sea plena, franca y, sobre todo, libre de temores relacionados con la divulgación no autorizada. A nivel internacional, la amplitud de su reconocimiento y la solidez de su resguardo en diversas jurisdicciones subrayan la universalidad de su importancia como un derecho de defensa o derecho a recibir una asesoría u orientación jurídica.

La protección del secreto profesional cliente-abogado ha sido objeto de discusión y análisis en materia de libre competencia. En 2018, la OECD realizó un debate que involucró a más de diez agencias de competencia internacionales, concluyendo que “El alcance y la cobertura del secreto profesional varían según las jurisdicciones” (OECD, 2018). Este reconocimiento destaca las variaciones en la interpretación y aplicación de este privilegio en diferentes jurisdicciones, subrayando la complejidad del tema a nivel global.

En el ámbito jurídico peruano, el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM (2019) designa a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, DLC), previamente conocida como la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, como la entidad responsable de llevar a cabo la investigación de prácticas anticompetitivas.

Particularmente en el contexto peruano, la importancia del secreto profesional en las comunicaciones entre abogado y cliente se acentúa durante las visitas de inspección realizadas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI). En calidad de autoridad en libre competencia, el INDECOPI tiene la

facultad de realizar inspecciones y recopilar comunicaciones como parte integral de sus investigaciones. Sin embargo, la protección de estas comunicaciones mediante el secreto profesional, de manera local, no ha tenido una respuesta.

A pesar de las amplias atribuciones otorgadas, se plantea una problemática derivada de la falta de claridad en los Lineamientos de Visita de Inspección (2020) respecto a las comunicaciones entre un abogado y el agente investigado. Aunque se establece que la información protegida por el secreto profesional se consideraría ajena a las investigaciones, no se especifican las características o supuestos que deben concurrir en las comunicaciones para determinar dicha protección. Esta falta de precisión podría propiciar interpretaciones indiscriminadas del secreto profesional, generando incertidumbre en su correcta aplicación y planteando posibles desafíos en la protección efectiva del sistema competitivo. Abordar esta carencia normativa es esencial para asegurar la coherencia, la equidad y la transparencia en las prácticas de inspección de INDECOPI, al tiempo que se preserva adecuadamente la confidencialidad inherente a las comunicaciones entre abogados y sus clientes.

En vista de la falta de delimitación sobre la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en el ámbito de la libre competencia en Perú, surge la incertidumbre acerca de si dicho privilegio se aplica incluso a aquellas comunicaciones que podrían reflejar un indicio de una infracción a las normas de libre competencia. La relevancia de esta falta de claridad se evidencia en la posibilidad de que el privilegio sea invocado incluso en comunicaciones que sugieran la configuración de una práctica anticompetitiva por parte de los agentes económicos.

En este contexto, la investigación sobre la aplicación del secreto profesional en las comunicaciones recogidas en las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI emerge como un problema relevante y complejo que requiere un análisis detallado y riguroso. Esta indagación busca arrojar claridad sobre este tema, contribuyendo así al debate jurídico y a la práctica legal en el Perú. El planteamiento del problema resalta la necesidad apremiante de aclarar

y definir de manera precisa las normativas y lineamientos relacionados con el secreto profesional, especialmente en el contexto específico de las investigaciones de libre competencia, para asegurar una aplicación justa y efectiva de estas disposiciones.

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Problema general

¿Se encuentran protegidas bajo el secreto profesional las comunicaciones cursadas entre el cliente y su abogado que reflejen un indicio del planeamiento realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas, en el marco de una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia?

1.1.2 Problema específico

- ¿Cuál es el marco normativo que rige las facultades de inspección o fiscalización del INDECOPI como autoridad de libre competencia?
- ¿Cuáles son las normas y principios que regulan el alcance del secreto profesional cliente-abogado?
- ¿Cuáles son las posibles contingencias que surgen en la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en materia de libre competencia?
- ¿Como una comunicación (o extracto de ella) estaría o no protegida bajo el secreto profesional cliente-abogado durante una investigación realizada por la autoridad de competencia?

1.2 Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivo general

Determinar si se encuentran protegidas bajo el secreto profesional las comunicaciones cursadas entre el cliente y su abogado que reflejen un indicio del planeamiento, realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas, en el marco de una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia.

1.2.2 Objetivos específico

- Identificar el marco normativo respecto a las facultades de inspección o fiscalización del INDECOPI como autoridad de libre competencia.
- Identificar las normas y principios que regulan el alcance del secreto profesional cliente-abogado.
- Identificar las posibles contingencias que se presentan en la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en materia de libre competencia.
- Determinar los supuestos en los que una determinada comunicación (o extracto de ella) se encontraría o no amparada bajo el secreto profesional cliente-abogado, en una investigación realizada por la autoridad de competencia.

1.3 Justificación de la investigación

La investigación sobre la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en las comunicaciones recogidas durante las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI se presenta como esencial en el ámbito de la libre competencia. Este estudio adquiere relevancia a nivel internacional al alinearse con debates globales, como el llevado a cabo por la OECD, evidenciando la necesidad de abordar este tema también a nivel nacional para mantener coherencia con estándares internacionales.

El caso específico de hemodiálisis resuelto por el INDECOPI (Expediente 008-2012/CLC), en el cual se detectó la participación de un abogado en el planeamiento y realización de una práctica anticompetitiva entre centros de hemodiálisis que concertaron sus posturas (valor de cotizaciones) frente a licitaciones llamadas por el Estado, sirve como referencia para evidenciar la urgencia de clarificar el tratamiento del secreto profesional en estas circunstancias.

Este caso subraya la trascendencia de las comunicaciones entre clientes y abogados como evidencia crucial en la detección de conductas anticompetitivas y deja expresa mención que no resulta cuestionable el asesoramiento jurídico que puede prestar un abogado para el ejercicio de los derechos de su cliente, lo que es cuestionable es que el abogado brinde directrices o brinde estrategias que amedrenten el proceso competitivo en el mercado.

La falta de claridad sobre qué comunicaciones entre cliente y abogado están protegidas por el secreto profesional en el contexto de la libre competencia plantea riesgos significativos. Existe la posibilidad de que los agentes investigados utilicen el secreto profesional como mecanismo para ocultar información relevante, generando incertidumbre sobre la integridad de las investigaciones.

La carencia de definiciones precisas en los lineamientos u otra normativa del INDECOPI respecto a las características o supuestos que determinan la protección del secreto profesional de una comunicación crea un terreno ambiguo. Esta falta de claridad puede conducir a interpretaciones indiscriminadas de la normativa, generando incertidumbre en la correcta aplicación del secreto profesional.

La falta de predictibilidad sobre el tratamiento de las comunicaciones entre abogados y clientes durante las inspecciones coloca tanto a la autoridad como al agente investigado en posiciones desventajosas. Una investigación que busca establecer criterios claros en la aplicación del secreto profesional en las

investigaciones por presuntos actos anticompetitivos contribuirá a reducir esta incertidumbre y a mejorar la predictibilidad del procedimiento e investigaciones.

1.4 Antecedentes del problema

Internacionalmente Miranda (2020), llevó a cabo un estudio en Colombia que buscaba examinar los factores que podrían contribuir a que la Superintendencia de Industria y Comercio comprometiera el principio de confidencialidad profesional durante las visitas administrativas, así como los riesgos que la investigación implicaba tanto para el sujeto como para la autoridad. El tema resultaba pertinente debido a que las visitas sorpresa se consideraban un instrumento crucial para recopilar evidencia y, al mismo tiempo, eran objeto de debate a nivel mundial, incluido en Colombia, donde no se había investigado adecuadamente.

Para la autora, la tensión entre la confidencialidad profesional y la necesidad de recopilación de información por parte de la autoridad durante las visitas administrativas determina obstáculos sustanciales para la vigilancia, persecución y sanción de prácticas que infringen la competencia. La falta de regulaciones específicas, protocolos poco claros y la carencia de un organismo autónomo para la filtración de información generan incertidumbre y riesgos para las personas bajo escrutinio. La ambigüedad en torno al alcance de la confidencialidad profesional y la imposibilidad de impugnar de manera segura las decisiones de las autoridades durante las visitas administrativas añaden un nivel adicional de complejidad e inequidad al procedimiento. Se destaca la necesidad de establecer una entidad independiente e imparcial encargada de filtrar información y resolver conflictos entre la parte investigada y la autoridad gubernamental. Esto es para mantener la integridad del proceso de investigación en el ámbito de la libre competencia y garantizar una protección adecuada de los derechos.

Nacional en Lima Lopez (2017) realizó una investigación titulada “La actuación preliminar de la Administración Pública en materia de infracciones a la libre competencia en el ordenamiento peruano”, llegando a la conclusión de que el desarrollo de las funciones de la Administración Pública se ajusta al

ordenamiento vigente. Esto implica que las acciones llevadas a cabo por el INDECOPI en la revisión de correos corporativos cumplen con las normativas y leyes establecidas.

Se hace hincapié en la necesidad de ejercer estas funciones de manera menos perjudicial, buscando optimizar los derechos de los administrados. Es decir, se aboga por realizar las investigaciones de forma cuidadosa y respetuosa, teniendo en cuenta los derechos de las partes involucradas. Para lograr esto, se sugiere la implementación de directrices que orienten a los agentes económicos que podrían enfrentar una investigación por parte de la agencia de libre competencia.

En el análisis de esta situación, se resalta la importancia de comprender las particularidades del entorno actual, considerando la dinámica de la sociedad. Esto sugiere una adaptación a las circunstancias cambiantes y una mayor sensibilidad a las implicaciones éticas y legales en la revisión de información sensible como los correos corporativos.

Finalmente, se subraya que la Administración busca el interés general y el bien de la comunidad. Se recuerda que el Derecho Administrativo existe para limitar y controlar la actuación de la Administración. La conclusión enfatiza la necesidad de establecer parámetros claros y definidos para regular el ejercicio adecuado de la técnica invasiva de la actuación de inspección. Esto refuerza la importancia de mantener un equilibrio entre los objetivos de la agencia y el respeto a los derechos individuales, incluido el secreto profesional.

1.5 Método de la investigación

El estudio de investigación titulado “La aplicación del privilegio cliente-abogado en las comunicaciones recogidas durante las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI como autoridad de libre competencia” se llevó a cabo mediante un enfoque cualitativo. La información fue recopilada de fuentes públicas, que incluyen documentos oficiales, jurisprudencia y literatura relacionada a los conceptos materia de investigación.

El archivo bibliográfico se utilizó como método principal de recopilación de datos, permitiendo la obtención de información relevante para analizar el marco legal, los elementos contenciosos de los pronunciamientos autorizados y el alcance de los conceptos legales definidos en la literatura jurídica.

Como resultado de este análisis, se determinó que las controversias sobre la aplicación del secreto profesional en las visitas de inspección del INDECOPÍ en materia de libre competencia requerían que se establezcan criterios para su correcta aplicación.

1.5 Diseño de la investigación

Para el desarrollo de la tesis propuesta se realizó un análisis de las fuentes formales y documentales del derecho que respaldaran la institución jurídica objeto de estudio; así como la literatura jurídica que la soporta.

SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO

Capítulo 2: El Derecho a la libre competencia

2.1 Contextualización de la libre competencia en las constituciones peruanas del siglo XX

Perú ratificó tres constituciones en el siglo XX, concretamente en 1920, 1933 y 1979.

2.1.1 La libre competencia en las Constituciones

2.1.1.1 Constitución de 1920

Esta constitución garantizaba y reconocía la libertad de comercio e industria, siempre condicionada a los requisitos que sean establecidos según ley para su ejercicio. En aras de la seguridad pública o la necesidad, estas leyes podrían establecer o autorizar al gobierno a imponer limitaciones y restricciones a las operaciones de las industrias; dichas restricciones no tendrían carácter confiscatorio (Artículo 45). Asimismo, en su texto, la carta constitucional de 1920 establece la prohibición de monopolios y todo tipo de acaparamiento (Artículo 50), no obstante, deja la excepción de que el Estado sí puede establecer monopolios por “interés nacional”.

De su lectura integral, se advierte que la referida Constitución no regula expresamente la libre competencia; sin embargo, empieza a establecer principios que son parte de ella, como por ejemplo la libertad de comercio e industria. Cabe destacar también, la expresa prohibición de los monopolios como un primer acercamiento a el fomento de competencia en el mercado; no obstante, la salvedad de permitir que el Estado establezca monopolios refleja esa idea de que el Estado de ese entonces quería tener una participación activa en el mercado.

2.1.1.2 Constitución de 1933

El texto de la carta constitucional de 1933 igualmente no hace una mención expresa a la libre competencia.

De hecho, la referida norma constitucional repite la regulación sobre la prohibición de monopolios (Artículo 16) y la libertad de comercio e industria (Artículo 40).

2.1.1.3 La Constitución de 1979

Si bien en la referida constitución se continua sin hacer una mención expresa sobre la libre competencia, esta incluye mayores referencias que reflejan el avance establecer una política de competencia.

Por un lado, la carta constitucional del 79 estableció el pluralismo económico (Artículo 112), lo cual significa que podían coexistir todo tipo de empresa (estatal, privada o mixta).

No obstante, la referida norma, bajo un enfoque intervencionista o de rol activo en la actividad empresarial del país, estableció que el Estado podía realizar actividad empresarial (Artículo 113) e incluso, por razones de interés o seguridad nacional, podía reservarse determinadas actividades productivas o de servicios para ella y más aún podía determinar que dichas actividades podían ser realizadas únicamente por peruanos.

Sin perjuicio de las anteriores regulaciones, el Estado en su carta magna del 79 estableció que la iniciativa privada era libre (Artículo 115), no obstante, el ejercicio de esta iniciativa debía estar armonizada con el interés social por lo que se ejercía en una economía social de mercado.

De igual manera que las constituciones que la precedieron, esta norma reconoce la libertad de comercio e industria (Artículo 131) y la prohibición de monopolios (Artículo 133). No obstante, sobre esto último, adicionó la idea de también prohibir los oligopolios y además hace expresa mención de que se

encuentran prohibidas las prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad mercantil e industrial.

Asimismo, es preciso mencionar que, en la norma constitucional del 79, el Estado estableció una postura firme en contra del acaparamiento de los medios de comunicación (Artículo 134).

Es preciso mencionar que la constitución del 79 es la primera que contiene una mención expresa en contra de las prácticas anticompetitivas, al indicar que prohíbe todo tipo de prácticas y acuerdos restrictivos en el mercado.

2.1.2 La libre competencia en la actual constitución

La noción de libre competencia fue incorporada formalmente en la Constitución Peruana en 1993, constituyendo un componente esencial de los principios fundamentales del sistema económico. Esta noción representa un elemento fundamental del marco económico que está ratificado en la Constitución de Perú. Dentro de este marco, el primer párrafo del Artículo 61 de la Constitución actual declara de manera inequívoca lo siguiente:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”

Consistente con la noción previamente mencionada, la validación constitucional del principio de libre competencia ha permitido que posteriormente se origine un marco legal que protege y garantiza el sistema competitivo en el mercado.

En términos generales, de la lectura de la referida norma, se advierte que se ha establecido un Estado más pasivo y menos interventor, colocándose más en un rol de garante y protegiendo la libertad de empresa e iniciativa privada.

El hecho de que se haya establecido una mención expresa de la libre competencia en la más alta norma (constitución), refleja la preocupación e

importancia que actualmente el Estado tiene en supervisar un correcto desenvolvimiento de la competencia en el mercado, condenando cualquier intento de limitarla u obstaculizar, ya sea a través de acuerdos restrictivos o prácticas abusivas.

Para Rodríguez (2021), la competencia es el mecanismo más eficaz para fomentar la distribución eficiente de los recursos del mercado. La entrada al mercado sin restricciones irrazonables, la participación en las transacciones u operaciones del mercado, libertad para fijar los precios y la igualdad jurídica entre los competidores son los componentes fundamentales de este sistema. La preservación de la libre competencia, que es una garantía constitucional, requiere el establecimiento de un estado vigilante ante prácticas anticompetitivas que puedan ocurrir y un estado garante de las libertades económicas de los actores del mercado, todo ello siempre en relación al interés nacional y en beneficio de la sociedad (consumidores).

En ese sentido, de acuerdo con lo indicado en el texto de la constitución, la libre competencia es esencial ya que fomenta la eficiencia del mercado, alentando a los empresarios a ofrecer productos de alta calidad y diversificados que satisfagan las necesidades de los consumidores, buscando una aceptación constante de sus ofertas. Esto último, trae como consecuencia positiva, que los agentes económicos se esfuercen siempre en mantener en el mercado una oferta competitiva (innovación en tecnología, precios, reducción de costos, etc.) para obtener la preferencia de los consumidores. Un ciclo eficiente se establece cuando los proveedores se esfuerzan por ofrecer productos de calidad adaptados a las necesidades de los consumidores, y los precios se mantienen bajos como resultado de la producción impulsada por la creciente demanda.

2.1.3 Libre competencia según el Tribunal Constitucional peruano

El TC en múltiples pronunciamientos ha sostenido que la libre competencia es un principio que fomenta a las personas (naturales y jurídicas) acceder y participar en el mercado, teniendo ellos la misma igualdad ante la ley. Esto último, significa que los agentes del mercado deben contar con las mismas condiciones para desempeñarse en el mercado (Ver. Exp. 4408-2005-PA/TC).

Asimismo, dicho ente constitucional ha resaltado que el referido principio define la coexistencia de un número indeterminado de proveedores en el mercado, lo cual permite se mantenga una pluralidad de ofertas sobre un determinado bien o servicio, bajo el libre juego de la oferta y la demanda. Para ello, se presupone la existencia de 3 requisitos: (i) autodeterminación de iniciativa o acceso al mercado, (ii) autodeterminación de cómo realizar tu actividad económica y (iii) la igualdad entre competidores (Ver. Exp. 1405-2010-PA/TC).

Ahora, cabe destacar que el TC no solo ha establecido cuales son los requisitos para garantizar la defensa de la competencia relacionada a intereses individuales, sino que también ha establecido requisitos que garantizan la armonía de la libre competencia con el interés social o comunitario (Ver. Exp. 0008-2003-AI/TC).

- a) Cumplimiento de marcos legales y la Constitución
- b) Salvaguarda de derechos fundamentales
- c) La orientación de los esfuerzos económicos en busca del bienestar social

En conclusión, aunque puede haber restricciones en el ejercicio de la actividad económica, estas limitaciones no deben obstaculizar la autonomía legítima ni impedir que los operadores económicos privados formulen sus estrategias de mercado en un mercado guiado por la competencia justa y leal.

2.2 Marco normativo: TUO de la LRCA

Para Dávila (2018) las conductas anticompetitivas son prácticas empresariales que distorsionan el juego limpio en el mercado y perjudican la competencia justa entre empresas. En lugar de priorizar valores como la integridad, la transparencia, el cumplimiento de regulaciones y la ética empresarial, estas prácticas se caracterizan por comportamientos perjudiciales, conspiratorios, sediciosos y desleales.

Estas acciones pueden manifestarse de diversas maneras, como acuerdos secretos entre empresas para fijar precios, dividir mercados o boicotear a competidores.

El impacto de estas prácticas va más allá de las empresas involucradas, ya que pueden afectar negativamente a los consumidores al limitar la elección, la innovación, la oferta y la competencia en calidad o precios. Para combatir estas prácticas, existen leyes y regulaciones que buscan preservar un entorno empresarial equitativo y fomentar la competencia justa.

Las autoridades de competencia y los organismos reguladores desempeñan un papel crucial en la identificación y sanción de conductas anticompetitivas, contribuyendo así a mantener la integridad del mercado y proteger los intereses de consumidores y competidores por igual. La aplicación efectiva de estas regulaciones promueve la eficiencia económica y estimula la innovación, creando un entorno empresarial más saludable y equitativo.

Actualmente, nuestro sistema y ordenamiento jurídico protege y vigila el sistema competitivo en el mercado, no solo por la regulación constitucional, sino que también ha creado una norma que le brinda un mayor desarrollo a la defensa de la libre competencia. Así, el T.U.O de la LRCA, el cual se fundamenta en el DL 1034, aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que es la normativa por excelencia de competencia en Perú.

Esta norma que tiene como propósito prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas para fomentar la eficiencia económica en favor de los consumidores, a lo largo del tiempo, ha sido pasiva de mejoras en su regulación, por ejemplo, con el Decreto Legislativo 1205 (2015), Decreto Legislativo N.º 1396 (2018), Decreto Legislativo 1510 (2020) se realizaron ajustes a la norma original e insertaron herramientas como el programa de clemencia, programa de recompensas y el criterio de poder sancionar a los facilitadores de cárteles.

Esta norma establece los criterios que deben ser considerados o evaluados en libre competencia. Por ejemplo:

- Mercado relevante: Compuesto por el mercado producto y mercado geográfico.

- Posición de dominio: Posibilidad de un agente económico de distorsionar el mercado, sin que sus clientes, proveedores o competidores puedan contrarrestarlo.

Por otro lado, este cuerpo normativo aborda aspectos fundamentales sobre los criterios de prohibición de conductas anticompetitivas. Así, en relación con la esencia de las prohibiciones, la referida norma establece dos tipos de prohibiciones que pueden ser aplicables a conductas investigadas como anticompetitivas:

- Prohibición absoluta: Aplicada para los actos colusorios horizontales intermarcas que tienen por objeto fijar los precios, restringir la producción, distribuir a los consumidores o fijar las ofertas de los concursos y no son complementarios ni accesorios de otros acuerdos legales. Estas conductas para ser sancionadas solo bastan confirmar que la conducta existe (*per se*). No se requiere más investigación para examinar los efectos del comportamiento.
- Prohibición relativa: Aplicada para las conductas como los abusos de posición dominante y los actos colusorios que no están estrictamente prohibidos y que son evaluados bajo la regla de la razón. Así, es requisito que además de confirmarse la presencia de la conducta, deben demostrarse las consecuencias perjudiciales sobre la competitividad para que el comportamiento sea sancionado.

Consecutivamente, en el Artículo 10 de la referida norma se desarrolla detenidamente el tema del abuso de posición. Así, se define a esta como el abuso que un agente con posición de dominio realiza para restringir la competencia, obteniendo beneficios a expensas del perjuicio a competidores reales o potenciales. Se establecen diversas formas de abuso, como la negativa

injustificada de trato, condiciones desiguales en relaciones comerciales, ventas atadas, acuerdos de exclusividad, abuso de procesos legales, boicot, entre otros.

Por otro lado, los artículos 11 y 12 del T.U.O de la LRCA, dan el contenido respecto a lo que se debe entender por prácticas colusorios horizontales y verticales, respectivamente

Así, cuando se trata de prácticas colusorias **horizontales**, éstas se caracterizan por ser acuerdos, decisiones, recomendaciones o arreglos entre organizaciones económicas que compiten entre sí en el mismo nivel de producción, distribución o comercialización con el fin de imponer limitaciones, crear barreras o distorsionar el mercado. Estas tácticas pueden adoptar diversas formas, como la fijación de precios, la imposición de límites a la producción o las ventas, o la distribución coordinada de clientes o zonas geográficas.

Es imperativo subrayar que las prácticas colusorias horizontales pueden incluirse en la categoría de prohibiciones absolutas o relativas. Tal como se mencionó, las prohibiciones absolutas son aquellas que no son complementarias o auxiliares de acuerdos lícitos y cuya finalidad principal es fijar precios, restringir la producción, asignar clientes o establecer posturas en licitaciones. Por el contrario, las prácticas de colusión horizontal que no entran dentro de las categorías anteriores se consideran prohibiciones relativas.

Por su parte, la referida norma establece que las prácticas colusorias **verticales** son aquellos acuerdos o concertaciones entre agentes económicos que operan en distintas fases de la cadena de producción, distribución o comercialización para falsear o restringir la competencia en el mercado.

De manera general, se establece que se puede considerar como una práctica colusoria vertical aquellas modalidades as similares a las mencionadas como prácticas de abuso de posición de dominio y colusorios horizontales. No obstante, para su configuración es imprescindible que al menos una de las partes implicadas ostente una posición dominante en el mercado correspondiente.

De otro lado, si bien la prohibición de prácticas anticompetitivas se encuentra en el T.U.O. de la LRCA y son calificadas como infracciones administrativas, es preciso mencionar que la importancia de la Libre Competencia ha cobrado mayor envergadura recientemente en nuestro país a tal punto que la configuración de prácticas anticompetitivas pueden ser no solo sancionadas administrativamente, sino también penadas con cárcel en contra de las personas que participan en su realización.

Así, actualmente el artículo 232 del Código Penal (2023) indica que

“Quien participe en un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeta a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo No 1034 (2008), que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que la sustituya, con el propósito de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, acompañada de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.”

Lo mencionado anteriormente refleja que una práctica anticompetitiva no puede ni debe ser vista solo como una falta administrativa, sino también como un delito económico, pasible de ser sancionado con una pena privativa de la libertad.

2.3 El INDECOPI como agencia de competencia

La creación del INDECOPI en Perú estuvo motivada por el deseo de salvaguardar la libre competencia y el bienestar de los consumidores, lo cual se considera una política fundamental en el proceso de liberalización económica del país y el correcto desenvolvimiento de los mercados.

Es bajo el Decreto Ley 25868, hoy derogado por el Decreto Legislativo 1033, que se promulgó en noviembre de 1992 establecer la creación del INDECOPI en medio de una iniciativa de reforma estatal. A la fecha, INDECOPI ha evolucionado y crecido en paralelo con los mercados y el crecimiento económico del país a lo largo del tiempo e incluso su norma de “organización y funciones” ha tenido una nueva génesis a través del Decreto Legislativo 1033.

Entre los pilares u objetivos que se mencionan en la referida norma, se establece que el INDECOPI tiene como función:

- Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, mediante la eliminación de barreras burocráticas ilegales e irracionales
- Defender la libre y leal competencia, procurando que los agentes del mercado se desenvuelvan en un ambiente de competencia efectiva
- Proteger a los consumidores

Finalmente, para poder ejecutar estos pilares, la organización estructural del INDECOPI se define de manera general, entre órgano investigador (secretarías técnicas) y órganos resolutores (Comisiones y Salas Especializadas). Así, en el caso de la persecución y sanción de prácticas anticompetitivas, es la DLC el órgano encargado de tramitar las investigaciones correspondientes, a través de las facultades que el ordenamiento jurídico le brinda, y es la CLC o la Sala Especializada en Defensa de la Competencia la encargada de decidir si sancionar o no a los agentes económicos por la configuración de prácticas anticompetitivas.

Capítulo 3: Las visitas de inspección realizadas por el INDECOPI como autoridad de competencia

3.1 La actividad administrativa de fiscalización o inspección

Para Sánchez (2020), la actividad fiscalización es: “aquella actividad que permite a la Administración comprobar y examinar que la conducta de los administrados o ciertas realidades se ajustan a los deberes, prohibiciones y limitaciones bajo los que se encuentran sometidos”

De lo citado, se advierte que esta actividad, como potestad administrativa, implica una intervención en la esfera de derechos de los ciudadanos con el propósito de comprobar y garantizar el cumplimiento del marco normativo vigente. Este proceso se traduce en un despliegue de diversas facultades por parte de las entidades fiscalizadoras, las cuales se sumergen en las actividades de personas naturales o jurídicas (Maraví, 2020).

Este involucramiento abarca un amplio espectro de acciones que van desde la revisión de documentos hasta inspecciones presenciales, lo que confiere a la fiscalización una presencia notoria en la vida de individuos y empresas. Sin embargo, la legalidad de estas acciones a veces es objeto de discusión, ya que la necesidad de salvaguardar el cumplimiento de normativas se contrapone con el respeto a la privacidad y los derechos individuales.

En ese sentido, es esencial reconocer que si bien la fiscalización desempeña un papel crucial en el mantenimiento del orden normativo, es necesario equilibrar estas medidas para evitar posibles excesos y garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos; así como también evitar el uso de herramientas legales por parte de los ciudadanos para evitar ser correctamente inspeccionados. La discusión en torno a la legalidad y la proporcionalidad de las acciones de fiscalización destaca la importancia de encontrar un justo equilibrio entre el control necesario y el respeto a la autonomía y privacidad de los sujetos fiscalizados.

3.1.1 Fundamentos constitucionales de la actividad de fiscalización

Según lo afirmado por Tirado (2011), la función de supervisión de la Administración Pública no se aborda explícitamente en un artículo específico de la Constitución de 1993 en cuanto a su regulación. Sin embargo, reconoce indirectamente esta función constitucional a través de la provisión de pautas para la actividad económica y desarrollo de derechos fundamentales específicos.

En ese sentido, si bien la Constitución carece de disposiciones explícitas referentes a la manera en que las autoridades dentro de la Administración Pública pueden ejercer sus poderes de inspección, esta sí delinea una serie de preceptos constitucionales que se relacionan con estas funciones.

- i. En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, se establece de manera explícita en el Artículo 2.10 de la Constitución que la autoridad pertinente puede investigar o inspeccionar los registros y documentos contables y administrativos.
- ii. En lo que respecta al régimen tributario aplicable a los centros educativos, la norma más alta especifica que las inafectaciones serán examinadas a través de los mecanismos legalmente establecidos.
- iii. La protección de los intereses de los consumidores es reconocida como un valor constitucional en el Artículo 65 de la Constitución, el cual ordena que el Estado tome medidas proactivas para asegurar su bienestar y garantizar sus derechos a la información y la salud. En este sentido, el Estado está obligado a supervisar las actividades de los proveedores en el mercado de acuerdo con este mandato.
- iv. Respecto a la libre competencia, el Estado está obligado a defenderla activamente, persiguiendo y sancionando conductas que la vulneren o distorsionen, según lo establecido en el Artículo 61 de la Constitución. En diversas decisiones oportunas

relacionadas con esta disposición, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha reconocido la importancia de salvaguardar y fomentar la libre competencia, reafirmando que el Estado está obligado a hacerlo (Expediente N°. 3479-2011-PA/TC, 2011)

De lo mencionado, se advierte entonces que para garantizar el correcto cumplimiento del ordenamiento jurídico, se brinda facultades de inspección a distintas autoridades, como por ejemplo el INDECOPI, para que cumplan, en su caso, un papel de garantizador de los derechos de los consumidores y promotor de la competencia en el mercado. Para ello, estas autoridades llevan a cabo tareas de supervisión, regulación y sanción, estando estas acciones respaldadas por un marco legal otorgado para este propósito específico.

Respecto a la libre competencia, el TC, refiriéndose al artículo 61 de la constitución que menciona la obligación del Estado de vigilar la competencia en el mercado, ha reafirmado que la defensa del referido principio tiene un valor fundamental que garantiza la asignación eficiente de los recursos económicos y contribuye al progreso de la sociedad. (Expediente N°. 1963-2006-PA, 2006)/(Expediente. N.º 03116-2009-PA/TC, 2009).

Como se mencionó anteriormente, la protección de la libre competencia es un interés legal protegido por la Constitución y un elemento fundamental del orden público económico.

3.1.2 Naturaleza jurídica

La actividad supervisora, según se define en el Artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Texto Único de la LPAG), consiste en una serie de acciones específicas destinadas a verificar el cumplimiento de obligaciones impuestas de manera preventiva. Por lo tanto, es crucial conceptualizar la función supervisora como una actividad concreta que no se relaciona a la naturaleza de un procedimiento administrativo.

Por ejemplo, la verificación del incumplimiento de las normas de higiene por parte de un supervisor de seguridad alimentaria, la detección de una grieta en un recipiente que contiene líquidos contaminantes por parte de un inspector ambiental, o la incineración no autorizada de residuos peligrosos reflejan acciones puramente materiales que no se encuentran relacionadas a un procedimiento administrativo como tal.

En línea de lo mencionado anteriormente, Maraví (2020) sostiene que la supervisión, a pesar de su capacidad para emitir medidas correctivas o precautorias, no funciona como un procedimiento administrativo, ya que ese no suele ser su propósito. Así, destaca que la vigilancia es responsabilidad de la actividad de inspección, que verifica el cumplimiento o incumplimiento de las regulaciones que al igual que cualquier actividad administrativa, su funcionamiento se rige por el capítulo y los principios rectores del Texto Único Ordenado de la LPAG.

En ese sentido, a efectos de la presente investigación se ha adoptado la postura de considerar la inspección como una actividad y no un procedimiento administrativo, lo cual no implica que se desconozca que todos los administrados cuentan los derechos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1.3 Principios de la actividad administrativa de fiscalización

Zegarra (2016) propone que la actividad administrativa de fiscalización se encuentre regida por principios fundamentales, tales como la legalidad, proporcionalidad e igualdad. Estos principios establecen pautas esenciales para garantizar que esta función se desarrolle de manera justa y equitativa.

La fiscalización, según Zegarra, no debería limitarse únicamente a ser una intervención material y vigilancia de comportamientos específicos, sino que también debería ser dirigida y limitada por estos principios rectores.

Por ejemplo, la legalidad asegura que la fiscalización esté amparada por la normativa vigente, evitando arbitrariedades y garantizando el respeto a los derechos de los administrados.

La proporcionalidad establece que las acciones de fiscalización deben ser proporcionadas a la magnitud y gravedad de la presunta infracción, evitando excesos o medidas desproporcionadas.

Por último, el principio de igualdad asegura que la fiscalización se aplique de manera imparcial y justa, sin discriminación ni favoritismos.

En los siguientes párrafos desarrollaremos con mayor detalle cada principio.

A. Principio de legalidad

Molina (2001) define el concepto del principio de legalidad en el contexto de la supervisión como la aplicación de la autoridad policial del Estado. Esto significa que cualquier medida relacionada con la limitación y/o control de la esencia fundamental de un derecho debe ser autorizada por una norma legal.

El inciso 1 del Artículo 239 del “Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General”, (Texto Único de la LPAG) establece que la actividad de supervisión debe ser otorgada exclusivamente mediante una ley o decreto legislativo, ya que es un poder regulado. En consecuencia, el ejercicio de esta autoridad está limitado a entidades debidamente autorizadas, dado que su ejecución podría imponer restricciones y limitaciones a los derechos. Este principio funciona como una restricción a la capacidad de realizar supervisión.

Es crucial enfatizar que las autoridades administrativas, en conformidad con el Principio de Legalidad delineado en el Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único de la LPAG, están obligadas a comportarse de manera consistente con la Constitución, la ley y el derecho. Además, están vinculadas por los

poderes que se les han conferido y deben actuar en busca de los objetivos previstos para los cuales se les ha otorgado autoridad.

B. Principio de razonabilidad y proporcionalidad

Tal y como exige el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), las decisiones de la autoridad administrativa relativas a la imposición de sanciones, creación de obligaciones, calificación de infracciones y restricción de los administrados deben guardar una adecuada proporción entre los recursos empleados y los bienes públicos que se pretenden servir y ceñirse a los límites de la competencia otorgada. Esto garantiza que estas decisiones se tomen únicamente con el fin de cumplir el objetivo designado.

Toda evaluación y/o decisión de la autoridad administrativa debe fundamentarse en una evaluación de los hechos pertinentes. Dicha evaluación debe asegurar que las decisiones sean razonables, proporcionadas y libres de presunciones arbitrarias.

En el ámbito de la fiscalización, este principio exige a la autoridad administrativa seguir criterios de proporcionalidad al: (i) solicitar información o cualquier otro requerimiento a los administrados, (ii) recomendar el inicio de procedimientos sancionadores e (iii) imponer medidas administrativas.

Para determinar el cumplimiento de la autoridad con los preceptos inherentes al principio mencionado, se deben cumplir las siguientes obligaciones:

- Las autoridades inspectoras deben asegurar que sus decisiones y acciones se mantengan dentro de los parámetros normativos y no comprometan el propósito previsto para el cual se les confió competencia. Con esto en mente, el objetivo es garantizar que cada intervención se adhiera a los principios y protocolos establecidos por

las regulaciones pertinentes, evitando así desviaciones o interpretaciones erróneas.

- Es crucial que la decisión o acción de la autoridad inspectora mantenga un equilibrio adecuado entre los objetivos y métodos perseguidos por las regulaciones. En pocas palabras, la determinación de la medida aplicable no queda completamente a discreción del organismo rector. En cambio, se espera que la selección de dicha medida sea coherente con los objetivos y principios rectores establecidos por las normas predominantes.
- La autoridad inspectora debe determinar qué medida es estrictamente necesaria para satisfacer los criterios establecidos normativamente. Se deben evitar medidas excesivas o superfluas, limitando la intervención al mínimo necesario para lograr los objetivos especificados por las regulaciones pertinentes.

Por otro lado, respecto al principio de proporcional el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 2192-2004-AA/TC (2004) ha establecido que este se evalúa a través de un test relacionado a 3 criterios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

En relación con la evaluación de idoneidad, el Tribunal Constitucional (2004) establece en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC (2004) que la finalidad prevista debe estar vinculada a la medida restrictiva que se va a imponer. Una sanción o medida administrativa no debe funcionar únicamente como medida punitiva, sino también como medida preventiva; esto se demuestra cuando el infractor muestra mayor diligencia para abstenerse de cometer nuevas infracciones.

En el Expediente N° 04466-2007-PA/TC (2007), el Tribunal Constitucional estableció que el juicio de necesidad requiere la presencia de múltiples alternativas viables, cada una capaz de lograr el mismo objetivo. En comparación con otras alternativas, la medida elegida debería imponer las restricciones más mínimas posibles a los derechos e intereses.

En el mencionado Expediente N° 04466-2007-PA/TC (2007), el Tribunal Constitucional (2007) estableció que el principio de proporcionalidad significa que la medida restrictiva debe guardar una relación razonable con la finalidad perseguida. Para aclararlo, es imprescindible llevar a cabo un análisis coste-beneficio que sopesa el daño potencial a los derechos frente al beneficio pretendido de la protección.

En este contexto, es fundamental comprender la importancia de la justificación adecuada en las decisiones de la administración durante el proceso de fiscalización. La razonabilidad y la proporcionalidad se convierten en criterios esenciales para evaluar la validez y la legitimidad de las medidas adoptadas. La administración no solo debe considerar los derechos e intereses públicos en juego, sino también equilibrarlos cuidadosamente con la necesidad de imponer restricciones o limitaciones.

De acuerdo con el principio de razonabilidad, las acciones de la administración deben basarse en un marco lógico sólido, y los medios empleados deben estar en conexión lógica y coherente con los resultados deseados. La justificación y explicación de cada medida deben ser explícitas y comprensibles para garantizar que la decisión se toma de forma lógica y equitativa.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad destaca la necesidad de que las medidas adoptadas sean proporcionadas a la gravedad de la situación o la infracción. Esto implica que las restricciones impuestas no deben ser excesivas ni ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo deseado. La administración debe considerar alternativas menos restrictivas antes de optar por medidas más intrusivas.

C. Principio de igualdad

El principio de igualdad, tal como subraya Zegarra (2016), constituye un pilar esencial en el diseño y aplicación de la fiscalización administrativa. Su importancia radica en la imperiosa necesidad de preservar un trato equitativo y

justo para todos los sujetos sometidos al escrutinio durante el proceso de fiscalización

Desde una perspectiva más amplia, este principio se erige como una salvaguarda fundamental contra la discriminación arbitraria y asegura que ninguna entidad o individuo sea objeto de trato preferencial o desfavorable durante la evaluación administrativa. La neutralidad que exige este principio se traduce en la obligación de los órganos de administración de mantener una posición imparcial, basando sus decisiones y acciones en criterios objetivos y normativos en lugar de consideraciones subjetivas.

La relevancia de la igualdad se hace evidente en la capacidad de este principio para fomentar la confianza y legitimidad en el proceso de fiscalización. Cuando los administrados perciben que están siendo tratados con equidad y que el órgano de administración se adhiere rigurosamente a normas imparciales, se fortalece la integridad del proceso de fiscalización y se construye una relación más sólida entre la administración y los administrados.

Este principio no solo tiene implicaciones en el ámbito inmediato de la fiscalización, sino que también proyecta su influencia en la construcción de una sociedad más justa y democrática. Al asegurar que las normas y procedimientos se apliquen de manera uniforme, sin importar el estatus, antecedentes o características particulares, se promueve la idea de justicia en toda la sociedad.

En ese sentido, el principio de igualdad se erige como un cimiento esencial en el proceso de fiscalización, garantizando que todas las partes involucradas sean tratadas de manera justa y equitativa. Al hacerlo, contribuye no solo a la legitimidad de las acciones regulatorias, sino también a la construcción de un entorno administrativo que inspire confianza y respeto.

3.1.4 Características de la Actividad de fiscalización

A. Actividad administrativa unilateral

La actividad de supervisión está categorizada como una potestad administrativa, lo que implica que está legalmente encomendada a la Administración Pública. Se resalta su naturaleza individual, ya que su ejercicio exitoso no está supeditado a la participación voluntaria de los inspeccionados.

En línea con lo anterior, el Artículo 243 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General estipula que los sujetos investigados deben colaborar activamente y brindar todas las facilidades necesarias para que se puedan llevar a cabo las actividades de inspección de la entidad pública. Por ejemplo, permitir el acceso a sus dependencias, instalaciones, bienes y equipos, ya sean de administración directa o no, a los funcionarios, servidores y terceros encargados de la fiscalización.

En ese sentido, es posible afirmar que la actividad de supervisión es un poder administrativo cuya función administrativa se realiza de manera independiente, sin esperar la voluntad de los administrados en cooperar, ya que están debidamente obligados a dar las facilidades correspondientes.

B. Actividad administrativa limitativa o restrictiva de derechos

Los órganos de supervisión están facultados para realizar exámenes periciales, solicitar la exhibición de documentos diversos, realizar interrogatorios y obtener copias o impresiones de expedientes o videos, entre otras facultades otorgadas por el artículo 240 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) (LPAG, 2019). El supervisado puede estar sujeto a la notificación previa o a la falta de ella antes del ejercicio de esta facultad.

C. Actividad administrativa reglada

La capacidad de restringir derechos o imponer obligaciones al administrado, junto con las posibles repercusiones que pueden derivarse de la inspección, exigen que esta actividad se encuentre reglada.

Es necesario indicar que la aplicación de las acciones de supervisión usualmente se encuentra a discreción de la entidad correspondiente al decidir si iniciar o no la operación de supervisión en caso de un posible incumplimiento de normas o en todo caso a decidir cuál serán las medidas que considere idóneas para llevar a cabo la inspección.

Para evitar ello, consideramos que una característica a tener en cuenta en la actividad de fiscalización es que esta es una actividad reglada debido a la exigencia de que las acciones que se establezcan en su ejercicio estén acordes con la legislación vigente y sean idóneas a sus fines.

3.1.5 Finalidad de la actividad de fiscalización

La supervisión desempeña una función de persuasión. Su objetivo es fomentar un entorno en el que los administrados opten por cumplir voluntariamente con el marco legal bajo amenaza que algún incumplimiento por su parte pueda ser advertido y sancionado.

En relación con su objetivo preventivo, Moron (2019) sostiene que la prevención puede manifestarse de manera inmediata o mediata.

La prevención inmediata, también conocida como prevención a corto plazo, implica la implementación de medidas precisas para asegurar que los agentes económicos cumplan con una regulación específica. Este tipo de prevención busca persuadir a los investigados para que modifiquen su comportamiento de acuerdo con los requisitos legales, con la conciencia de que están siendo examinadas de manera constante en busca de posibles violaciones.

Por otro lado, la fiscalización administrativa también puede tener un enfoque preventivo a largo plazo para mejorar la eficacia de la implementación de políticas a nivel sectorial. La eficacia de la supervisión tributaria realizada por la SUNAT, por ejemplo, potencialmente resultará en un aumento de los ingresos estatales.

Considerando lo anterior, es esencial que el entidad encargada de supervisar infracciones al ordenamiento jurídico concentre sus esfuerzos en identificar riesgos y señales de alerta dirigidas a los agentes económicos para prevenir posibles incumplimientos. El objetivo es fomentar la adopción de iniciativas de mejora que corrijan su conducta de acuerdo con el marco legal. Sin embargo, en caso de violación de disposiciones legales, se hace indispensable la aplicación de medidas correctivas para rectificar irregularidades y asegurar el bienestar público.

3.1.6 Derechos y deberes de la administración pública en una visita de inspección

De acuerdo con su contenido, se advierte que el artículo 240 del Texto Único Ordenado de la LPAG reconoce explícitamente una serie de facultades que la Administración puede ejercer en el desarrollo de su función inspectora. Estas facultades son:

- i) Capacidad de exigir la presentación de toda la documentación e información requerida, con respeto irrestricto a las leyes
- ii) Tomar copia de archivos físicos y digitales
- iii) Interrogar a las personas investigadas;
- iv) capacidad para realizar inspecciones, con o sin notificación previa, respetando el derecho a la inviolabilidad del domicilio
- v) autoridad, entre otras cosas, para ampliar o modificar el alcance de la investigación.

No obstante, es pertinente señalar que, así como la Administración cuenta con facultades, ningún poder es irrestricto y/o absoluto, y esta también debe

cumplir ciertas obligaciones garantizando que sus actuaciones no sean caprichosas, adoptando todas las medidas que considere necesarias desde un punto de vista racional y proporcional y evitando cualquier actuación arbitraria e ilegal. Así, según el artículo 241 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General los deberes de la administración fiscalizadora son:

- i) Identificarse frente a los administrados
- ii) Citar la base normativa que sustente su actividad de fiscalización, así como sus obligaciones y facultades
- iii) Entregar una copia del acta de fiscalización que se levante
- iv) Guardar imparcialidad y reserva de la información obtenida
- v) Abstenerse en caso de estar en una situación de conflicto de interés

El cumplimiento de lo señalado en esta subsección permite que el administrado tenga confianza de que la entidad pública ejercerá su poder de fiscalización con respeto a sus derechos, de manera diligente y sobre todo adoptando únicamente las medidas idóneas para esclarecer los hechos investigados.

3.1.7. Derechos de los administrados

La legislación otorga derechos y garantías a los individuos afectados por actividades o procesos administrativos que pueden resultar en sanciones o medidas en su contra con el fin de preservar sus derechos fundamentales y asegurar el funcionamiento efectivo del sector público.

En cuanto a este tema, el Artículo 242 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General detalla los derechos de las partes que están siendo fiscalizadas. Estos son:

- La parte administrada tiene el derecho de ser informada sobre la razón y base legal de la acción de supervisión, y, si la

previsibilidad lo permite, se le informe la duración de la inspección; también deben ser informados de sus responsabilidades y derechos.

- El derecho a solicitar la identificación de los fiscalizadores y/o funcionarios de supervisión, quienes deben presentar su documento nacional de identidad y credenciales.
- El derecho de la parte administrada a conservar grabaciones de audio o video del desarrollo de las actividades de supervisión como evidencia.
- El derecho a que las observaciones presentadas por la parte administrada se incorporen al Acta de Supervisión.
- El derecho a presentar argumentos, documentos o evidencia adicional después de recibir el Acta de Supervisión.
- El derecho de la parte administrada a contar con asesoramiento experto durante todo el proceso de supervisión, de considerarlo

En ese sentido, se advierte que la legislación reconoce los derechos y garantías fundamentales que debe poseer el administrado mientras se llevan a cabo las actividades de supervisión administrativa. Esto es elemental en lo que respecta para que el administrado tenga conocimiento sobre el alcance y el objeto de la actividad de inspección, la duración razonable de la investigación y el conocimiento de sus derechos y responsabilidades, entre otros factores. Las exigencias de la entidad supervisora sólo pueden atenderse adecuadamente de este modo.

3.1.8. Deberes de los administrados

De acuerdo con el Artículo 243 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General los deberes de los administrados

adquieren relevancia en el marco de la fiscalización, siendo esenciales para el correcto desenvolvimiento de las actividades de supervisión y control por parte de la Administración Estatal.

En consonancia con la ley mencionada, el primer deber de facilitar y proporcionar las facilidades necesarias para ejecutar las facultades de fiscalización se alinea con los principios de colaboración y transparencia establecidos en el marco normativo.

Por otro lado, el permitir el acceso de la administración pública a sus dependencias, instalaciones y documentos, garantizando la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda, refleja la necesaria armonización entre el ejercicio del control y el respeto a los derechos fundamentales.

Asimismo, el deber de suscribir el acta de fiscalización, como se dispone en el Artículo 243, refleja la importancia de documentar y formalizar los resultados de dicha fiscalización, lo cual está en concordancia con los principios de legalidad y seguridad jurídica establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por último, la disposición final del Artículo 243, que hace referencia a las demás obligaciones establecidas por leyes especiales, resalta la flexibilidad de la normativa para adaptarse a las particularidades y especificidades que otras leyes puedan imponer en el ámbito de la fiscalización.

3.2 Las visitas de inspección en Libre Competencia

3.2.1. Regulación de las visitas de inspección de las autoridades de competencia en el extranjero

La supervisión de la competencia en el mercado requiere dotar a autoridades la facultad de investigar y detectar comportamientos anticompetitivos. Aunque las características precisas de estos organismos

pueden variar según las políticas institucionales de cada país, actualmente existe consenso sobre la importancia de que las agencias de competencia posean capacidades de investigación adecuadas y suficientes para proteger la integridad del mercado.

A continuación, se enumeran las principales autoridades de inspección extranjeras que se encuentran encargadas de velar y proteger la libre competencia, con la finalidad de proporcionar una comprensión básica del alcance de estos sistemas.

A. Unión Europea

Las visitas de inspección dentro de los Estados miembros de la UE pueden ser llevadas a cabo por la Comisión Europea siempre y cuando no obstaculicen el régimen de inspección de la ley de competencia aplicable a cada Estado miembro de la Unión Europea.

El Reglamento (CE) nº 1/2003 establece la jurisdicción de esta autoridad con respecto a la aplicación de las normas de competencia en todo el mercado común europeo. Como resultado, las visitas de inspección pueden llevarse a cabo en conformidad con el artículo 20 del referido reglamento, el cual hace mención a las siguientes facultades:

- Permiso para acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas.
- Examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material.
- Obtener duplicados completos o de partes selectivas de los datos especificados en cualquier formato de documentación.
- Precintar, si es necesario, todos los activos y documentos de la empresa.

- Documentar las declaraciones solicitadas a los investigados sobre hechos o documentos pertinentes al objeto de la inspección.

Además, el artículo previamente citado delinea las condiciones bajo las cuales los agentes de inspección están autorizados a ejercer su autoridad: deben presentar una orden de inspección que cumpla con un conjunto mínimo de criterios establecidos. El documento debe delinear los objetivos y el alcance de la inspección, junto con las posibles repercusiones que podrían derivarse del incumplimiento.

Es preciso mencionar que la colaboración entre las autoridades de competencia de los Estados miembros y las inspecciones realizadas por la Comisión Europea (u otro Estado miembro) están permitidas de acuerdo con las regulaciones comunitarias y el Reglamento (CE) N° 1/2003. Este esfuerzo colaborativo se lleva a cabo por iniciativa y en nombre del organismo rector mencionado anteriormente, lo cual evidencia que la autoridad comunitaria posee amplios poderes de inspección. Frente a ello, los agentes económicos están obligados a otorgar su consentimiento para las inspecciones y cooperar activamente con los funcionarios que las llevan a cabo; el incumplimiento conllevará medidas sancionatorias.

En un esfuerzo por mejorar su eficacia operativa y fomentar una mayor apertura, la Comisión Europea ha publicado una serie de manuales informativos que describen exhaustivamente las metodologías que reglan su actividad de fiscalización. Estos manuales proporcionan una exploración detallada y exhaustiva de diversas dimensiones vinculadas a las competencias de inspección de la autoridad, abordando tanto los procedimientos para llevar a cabo dichas inspecciones como la amplitud de su alcance.

En el contexto de la CA98, la noción de "comunicaciones privilegiadas" engloba aquellas comunicaciones, o partes de ellas, entre un asesor jurídico profesional y su cliente, destinadas a brindar o recibir asesoramiento legal.

Asimismo, también abarca las comunicaciones realizadas en relación con procedimientos legales o aquellas contempladas en la perspectiva de tales procedimientos. Un ejemplo ilustrativo sería una carta del abogado de una empresa informando a esta la estrategia de defensa a seguir.

En situaciones de disputa durante una inspección respecto a si las comunicaciones, o partes de ellas, gozan de carácter privilegiado, un funcionario de la CMA puede requerir que estas se coloquen en un sobre o paquete sellado.

B. España

Autorizada por la Ley No. 3/2013, la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la entidad competente en España encargada de garantizar el cumplimiento de las regulaciones de competencia es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC).

Las regulaciones de la Unión Europea y estas disposiciones antes referidas otorgan a la CNMC el permiso para ingresar a cualquier establecimiento o local de empresas bajo investigación.

Asimismo, los inspectores de la CNMC tienen la jurisdicción para, entre otras cosas, interrogar a representantes o empleados de las empresas bajo investigación y, una vez obtenido el acceso, solicitar, verificar y duplicar cualquier información (libros, ordenadores y otros documentos) necesaria para determinar la posible configuración del ilícito anticompetitivo en investigación.

En consecuencia, durante la inspección, los agentes de la CNMC pueden solicitar cualquier explicación o información considerada crucial para la investigación. Es obligatorio que las entidades bajo investigación cumplan con estas solicitudes y se abstengan de cualquier comportamiento que pueda obstaculizar el avance de los investigadores.

La autorización para las visitas de inspección por parte de representantes de la CNMC está condicionada a la presentación de una autorización escrita del

Director de Investigación, la cual se adjunta a la orden de inspección correspondiente. Si las empresas se oponen a que los inspectores ingresen a sus oficinas, o si se prevé dicha oposición, la CNMC puede solicitar al tribunal una orden judicial y, si es necesario, buscar la asistencia de las fuerzas del orden.

C. México

La Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante COFECE) tiene la responsabilidad de salvaguardar el proceso de competencia en México y asegurar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica.

Con el fin de alcanzar los objetivos antes indicados, COFECE ha establecido una Autoridad Investigadora con facultades para iniciar y llevar a cabo investigaciones relacionadas con posibles prácticas anticompetitivas. En el ejercicio de sus funciones, la Autoridad Investigadora puede solicitar información a cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos investigados, convocar a personas con información relevante para que proporcionen testimonio y realizar visitas de inspección (también conocidas como visitas de verificación) para recopilar evidencia de posibles conductas prohibidas.

Para llevar a cabo estas actividades, se emite una orden de visita, que incluye información exhaustiva sobre el objeto, el alcance y el calendario de la inspección.

Asimismo, los inspectores tienen la autorización para ingresar y examinar cualquier tipo de oficina o lugar asociado con las entidades investigadas, verificar y obtener copias de documentos o archivos relevantes y realizar cualquier otra consulta que consideren necesaria. En consecuencia, para evitar sanciones, las entidades investigadas deben cooperar con los agentes de inspección durante todo el proceso facilitando el acceso a sus instalaciones y equipos, o proporcionando información.

D. Colombia

La entidad encargada de garantizar la competencia justa en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la cual prohíbe a las entidades económicas participar en prácticas anticompetitivas que perjudiquen el mercado. El Decreto 4886 de 2011 otorga a la SIC la autoridad para realizar visitas de inspección y recopilar información que considere esencial para llevar a cabo sus funciones. La autoridad también puede interrogar a los agentes económicos y solicitar la presentación de cualquier documento, informe, libro u otro material necesario para cumplir con sus responsabilidades durante estos procesos.

La SIC tiene el poder legal para llevar a cabo visitas de inspección, como lo demuestra su acceso a las instalaciones de las empresas y su capacidad para recopilar información relevante para cada investigación.

De acuerdo a lo indicado, es indiscutible que el derecho comparado reconoce consistentemente la importancia de otorgar facultades de investigación a las autoridades de competencia bajo un amplio espectro de capacidades. Esto incluye la capacidad de duplicar información específica y solicitarla durante las visitas de inspección. Además, es importante destacar que las autoridades de competencia suelen tener la jurisdicción para iniciar estas acciones de manera autónoma, sin necesidad de autorización de entidades externas. Tras la identificación de estos modelos, la siguiente fase implica examinar el sistema de inspección vigente en Perú, con un enfoque particular en la Secretaría Técnica, hoy Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia.

3.2.2. Las visitas de inspección por parte de la autoridad nacional

Tal como se indicó anteriormente, el artículo 61 de la Constitución declara que el Estado es el responsable de promover y velar por la libre competencia, oponiéndose con vehemencia a cualquier acción ilícita que la impida o limite, lo cual resalta que el mantenimiento de una competencia libre en el mercado es un principio esencial que rige el marco económico de la nación.

Un mercado marcado por la competencia genera una asignación equitativa de los recursos y una multitud de ventajas para los consumidores y la sociedad en su conjunto.

No obstante, como se ha indicado los agentes económicos pueden distorsionar el mercado buscando beneficios que no podrían adquirir en un mercado competitivo. Por lo tanto, es crucial que las entidades gubernamentales investiguen y sancionen tales conductas anticompetitivas.

De acuerdo con esta premisa, la LRCA establece el marco normativo nacional a través del cual se ejecuta el mandato constitucional mencionado anteriormente.

El objetivo principal de esta regulación es investigar e imponer sanciones a prácticas anticompetitivas que obstaculizan un mercado competitivo y “promover la eficiencia económica en beneficio de los consumidores” (Lineamientos de Visita de Inspección, 2020).

Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la LRCA, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia tiene asignada la facultad de realizar investigaciones preliminares sobre el cumplimiento de las normas de libre competencia. Esta facultad, comprende una variedad de tareas destinadas a determinar si las acciones de quienes están siendo investigados se ajustan al marco legal establecido o, si por el contrario, se está atentando contra la libre competencia.

En el marco de estas actuaciones, las referidas visitas son de considerable importancia. Los representantes autorizados llevan a cabo estas inspecciones acercándose físicamente a las operaciones de los agentes investigados, obteniendo acceso a cualquier registro, documentación o activo mantenido en esas instalaciones. Cabe resaltar que el ingreso a las instalaciones de las entidades puede ser realizada sin previo aviso.

Un mayor desarrollo sobre estas investigaciones preliminares se indican en el artículo 15.3 de la LRCA, el cual indica que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia cuenta con la autorización para realizar diversas acciones:

- Posee la facultad de requerir a individuos o entidades, ya sean personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares o patrimonios autónomos, la entrega de toda la documentación relevante. Esto abarca desde libros contables y societarios hasta comprobantes de pago, correspondencia interna o externa, así como registros magnéticos, incluyendo los programas necesarios para su interpretación. Además, tiene la capacidad de solicitar información relacionada con la organización, las actividades comerciales, la composición accionarial y la estructura de propiedad de las empresas.
- Puede convocar e interrogar a las personas bajo investigación, así como a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y terceros designados para el caso. Para registrar de manera completa y fidedigna sus declaraciones, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia puede utilizar medios técnicos como grabaciones magnetofónicas, videos, discos compactos u otros instrumentos electrónicos.
- Tiene la autoridad para llevar a cabo inspecciones en los locales de personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, ya sea con o sin previo aviso. Durante estas inspecciones, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia puede examinar libros, registros, documentación y bienes, verificar procesos productivos y tomar declaraciones de las personas presentes. En el proceso de inspección, se puede tomar copia de archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento relevante, y realizar fotografías o filmaciones si es necesario. En casos donde

se requiera, se puede solicitar el apoyo de la fuerza pública para el ingreso.

- Solicitar el levantamiento de las comunicaciones, en caso corresponda.

Cabe resaltar que estas facultades no son irrestrictas, por lo cual la normativa específica las circunstancias en las que se requiere autorización judicial previa para que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejecute las actuaciones subsiguientes:

- Si la empresa investigada deniega el acceso a sus instalaciones o éstas se encuentran cerradas, la entidad investigadora podrá solicitar al juzgado autorización judicial para entrar por descerraje, con el apoyo de la fuerza pública.
- El investigado se niega a colaborar en la duplicación de su correspondencia: Este requerimiento sólo será necesario cuando el administrado se oponga a que los investigadores dupliquen sus comunicaciones. En consecuencia, la autorización judicial será obligatoria únicamente en el caso de que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia desee continuar con la adquisición de dicha correspondencia. Cabe señalar que los órganos jurisdiccionales nacionales también respaldan este criterio.
- Por último, se requiere de autorización judicial previa para el levantamiento del secreto de las comunicaciones. Así, para acceder y realizar un copiado de la información privada registrada en un dispositivo móvil personal (por ejemplo, un celular) se requiere previamente el permiso del Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo.

En relación con esta necesidad imperiosa de contar con autorización judicial para realizar determinadas acciones, es relevante señalar que en una disputa judicial contra agentes económicos del mercado del cemento, el Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo (ver Expediente No. 2873-2015) de la Corte Superior de Justicia de Lima, determinó que la autorización judicial es requerida únicamente para la reproducción de correspondencia del agente administrado en caso este se niegue a acceder a dicha solicitud.

De igual modo, en respuesta a una demanda presentada por una cadena farmacéutica sancionada por coordinar los precios de varios medicamentos, la autoridad judicial (Expediente No. 04855-2018-0-1801-JRCA-25) concluyó que la autorización judicial en cuestión tiene un carácter residual y solo es necesaria en situaciones donde se deniegue la solicitud de reproducción de dichos documentos.

Considerando lo anterior, es importante resaltar que existe una diferencia si se desea acceder y copiar comunicaciones de la empresa (información administrativa/comercial), la cual está sujeta a fiscalización de acuerdo a lo indicado en el último párrafo del numeral 10 del artículo 2 de la constitución; o, si las comunicaciones a las que desean acceder son de naturaleza privada (personal). El sustento de ello es que los correos electrónicos de una empresa son una herramienta básica para el desarrollo de sus actividades económicas o comerciales por lo que constituyen documentos administrativos.

Lo mencionado en el párrafo anterior incluso guarda relación con los criterios sostenidos por las autoridades de competencia extranjeras de España (Ver. Expediente R/AJ/168/16-PERSUADE), México (Acción de inconstitucionalidad 33-2006) y Colombia (Resolución 53878 - SIC)

En suma, como se ha sostenido hasta el momento, las visitas de inspección tienen un valor significativo en el ámbito de la libre competencia, ya que permiten que el Estado cumpla de manera eficiente con su responsabilidad de identificar prácticas anticompetitivas, especialmente aquellas vinculadas a

cárteles duros que son universalmente reconocidos en la doctrina económica y legal como los más perjudiciales para la competencia.

Dada la dificultad asociada con la sustanciación de evidencias de la configuración de una conducta anticompetitiva, las visitas de inspección son cruciales para aclarar revelar y descubrir signos de tales violaciones a la normativa. Dichas visitas se realizan de manera inopinada, permitiendo que el personal autorizado ingrese a las instalaciones de la organización sin que previamente se haya notificado al investigado sobre ello. Al hacerlo, se optimiza el proceso de obtención de documentación específica, y se reduce la probabilidad de su alteración o eliminación de los medios probatorios.

Además, la flexibilidad y velocidad de estas investigaciones permiten al personal investigador examinar o duplicar datos pertinentes, así como formular una multitud de preguntas a los asociados del agente económico.

A nivel jurisprudencial, la Sala de Defensa de la Competencia, en la Resolución N° 0486-2017/SDC-INDECOPI, emitida en el marco del Expediente N° 001-2013/CLC, subrayó esta importancia haciendo hincapié en la naturaleza crítica de obtener pruebas rápidamente para evitar su destrucción.

De hecho, los mecanismos mencionados con frecuencia permiten a la autoridad recopilar pruebas de la existencia de un acuerdo de cártel entre competidores, lo cual es crucial para determinar la necesidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de los agentes investigados. En ese sentido, la concepción del legislador fue el brindar estas atribuciones a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia a fin de resguardar la protección de la libre competencia y dotar de eficacia a las investigaciones realizadas.

Es imperativo destacar que, si bien las visitas de inspección sin duda tienen una importancia considerable en la identificación de casos de cárteles, esto no impide que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia las utilice eficazmente en investigaciones relacionadas con

otras manifestaciones de conductas anticompetitivas -como lo son las prácticas colusorias verticales o prácticas de abuso de posición de dominio-. Esto debido a que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no restringe ni excluye el uso de estas funciones de investigación únicamente para los casos de cárteles, sino que resulta aplicable a cualquier otro tipo de manifestaciones anticompetitivas, en tal sentido, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia puede emplearlas según considere apropiado. La experiencia nacional e internacional respalda la importancia de las visitas de inspección para revelar una amplia gama de prácticas anticompetitivas.

A manera de ejemplo, como parte de una investigación en la industria del cemento, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia llevó a cabo visitas de inspección que proporcionaron acceso a diversas comunicaciones. Estos correos electrónicos revelaron una práctica de abuso de posición de dominio, que incluía restricciones anticompetitivas adicionales a una negativa deliberada e injustificada de vender a los puntos de venta que adquirirían y comercializaban productos de la competencia. Posteriormente, los agentes económicos en cuestión fueron responsabilizados por sus infracciones sobre la base de la evidencia presentada; finalmente, la segunda instancia confirmó la sanción impuesta (INDECOPI, 2020).

La eficiencia de las investigaciones de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia depende en gran medida de las facultades inspectoras. En tal sentido, las agencias de competencia deben contar con un nivel adecuado de eficacia en sus acciones investigativas para persuadir a los agentes económicos de que sus acciones en el mercado están sujetas a un examen riguroso de legalidad en esta materia.

Debido a estas características distintivas, las visitas de inspección representan una acción compleja que requiere que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia lleve a cabo una amplia variedad de actividades que tienen un impacto directo en la esfera privada de los agentes económicos. Dadas las circunstancias y reconociendo la necesidad de

respaldo legal y legitimidad en cualquier ejercicio de poder, es fundamental garantizar que tales acciones se ajusten al marco legal establecido y no exhiban un comportamiento arbitrario o desproporcionado.

Dada la situación imperativa de verificar el cumplimiento de numerosas responsabilidades por parte de las entidades inspeccionadas durante estos procesos, resulta práctico que se haya establecido un conjunto de principios rectores para las visitas de inspección llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, abarcando sus objetivos, límites y alcance. Así, se emitieron los lineamientos de visita de inspección, cuyo objetivo es proporcionar a las partes inspeccionadas principios que rijan su conducta y derechos durante la referida actividad, con el fin de salvaguardar las capacidades de investigación de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia y mantener el interés legal constitucional en un mercado competitivo en beneficio de la sociedad.

Basándonos en este principio, el propósito de los lineamientos antes mencionados es promover una mayor transparencia y establecer límites más precisos en relación con las facultades de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia durante una visita de inspección. El documento describe las características clave y las cualidades distintivas del tema en cuestión, así como los derechos y responsabilidades de los participantes económicos involucrados en estos procesos. Con el objetivo de cumplir con esta meta y servir como referencia, la publicación de estos lineamientos se respalda en la legislación nacional e internacional relevante, así como en precedentes judiciales y doctrina pertinente.

La Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, según lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y normativa pertinente, opera como una entidad técnica e independiente encargada de investigar posibles prácticas anticompetitivas, a través de investigaciones preliminares que a su vez pueden tener como consecuencia el inicio de un procedimiento sancionador en contra de presuntos infractores a las normas de competencia. Con el fin de garantizar la ejecución

oportuna de sus esfuerzos de investigación, la LRCA otorgó las facultades a la DLC antes mencionada.

En ese sentido, si la parte investigada no aporta la documentación requerida, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia podrá iniciar los trámites para obtener la autorización judicial conforme a lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. De igual forma podrá solicitar dicha autorización a la entidad judicial para acceder y duplicar información almacenada en registros de llamadas o dispositivos móviles (teléfonos, etc.) con el fin de investigar y detectar prácticas anticompetitivas (levantamiento del secreto de las comunicaciones). Asimismo, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia conserva la capacidad de obtener esta información a través de programas de clemencia, enfoques alternativos o con el consentimiento explícito de un participante en dichas comunicaciones; en tales casos, la autorización judicial se vuelve superflua.

3.3. Las directrices publicadas por la autoridad de competencia para sus investigaciones

3.3.1 Inspecciones, paso a paso

Las directrices para las visitas de inspección publicadas por el INDECOPÍ detallan los criterios que deben satisfacerse para iniciar dichas inspecciones, las competencias de los inspectores, así como los derechos y responsabilidades de las entidades o individuos objeto de la investigación. Además, abordan temas relevantes como la conclusión de la visita y la gestión de la información recopilada por el ente administrativo.

El objetivo primordial es establecer un equilibrio adecuado entre los derechos de las partes sometidas a inspección y la eficacia de las investigaciones llevadas a cabo por la DLC. Estas investigaciones tienen como finalidad preservar y fomentar la libre competencia en los mercados, contribuyendo así al bienestar de los consumidores.

Con esta iniciativa, el INDECOPI reiteró su compromiso y esfuerzo continuo para fomentar una cultura de libre competencia, fortalecer el cumplimiento de las leyes en este ámbito y garantizar el funcionamiento adecuado del mercado. Todo ello se traduce en beneficios tangibles para los consumidores y la salud general de la economía. La transparencia y claridad en los procesos de inspección son elementos clave para el logro de estos objetivos, asegurando que se respeten los derechos de todas las partes involucradas mientras se promueve la competencia leal y justa (El Peruano, 2020b)

3.3.2 Configuración legal de las visitas de inspección

Al planificar y ejecutar una visita de inspección, la DLC determina que se debe considerar principalmente dos parámetros relacionados con la autorización legal requerida para llevar a cabo este proceso.

3.3.2.1 Parámetro material

Previo al inicio de un proceso sancionador por violaciones a la LRCA, es necesario contar con motivos razonables para sospechar que se ha participado en conductas anticompetitivas. En este marco, el propósito de las visitas de inspección es examinar y recopilar información relacionada con la presunta infracción, con el fin de verificar la presencia de pruebas suficientes que justifiquen el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

La ejecución de una visita de inspección requiere la asignación de recursos económicos y técnicos por parte del organismo rector, así como el despliegue de inspectores en los establecimientos de las empresas a lo largo de la inspección. Las condiciones mencionadas, junto con la obligación de la DLC de verificar la eficacia de estas actuaciones y sus características invasivas respecto a las actividades de las entidades bajo escrutinio, hacen necesario que las visitas de inspección se realicen cuando se consideren productivas y existan motivos razonables para sospechar la presencia de pruebas relacionadas con la infracción en investigación.

Previo a la realización de visitas de inspección, es imperativo que la DLC lleve a cabo una investigación confidencial previa con el fin de recopilar información que le permita determinar la necesidad de emprender dichas visitas. Es así que, en el ejercicio de sus funciones de investigación, la DLC obtiene información de diversas fuentes, ya sean públicas o privadas. Estas fuentes incluyen comunicaciones de terceros, testimonios obtenidos a través de programas de clemencia o recompensas, informes de otras organizaciones, quejas y el monitoreo del mercado realizado por el personal del organismo rector (conocido como screening).

Como parte de esta indagación preliminar, la DLC evaluará la información para validar su idoneidad y determinar posibles motivos de sospecha en relación con el desarrollo de un posible esquema anticompetitivo. Es en este momento, cuando la DLC está formulando su hipótesis de investigación, que cualquier información que la lleve a considerar razonablemente sobre la posible existencia de prácticas anticompetitivas se clasificará como sospechas. Esta clasificación requeriría una inspección para verificar estas sospechas y recopilar más pruebas relacionadas con los hechos investigados.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la información recopilada durante la fase de indagación preliminar suele ser insuficiente, limitada y/o fragmentaria, se evaluará la conveniencia de llevar a cabo una visita de inspección in situ tras analizar estos elementos. Con este fin, la DLC llevará a cabo estas diligencias en el caso de que surjan sospechas acerca de la posible participación de agentes económicos específicos en prácticas anticompetitivas. Es esencial destacar que la autoridad cuenta con la discrecionalidad inherente para programar una visita de inspección.

Esta investigación preliminar, previa a la ejecución de visitas de inspección en los locales de los agentes económicos, es necesaria por dos razones:

- Garantizar que las entidades inspeccionadas no estén sujetas a visitas de inspección injustificadas o búsquedas infundadas, comúnmente denominadas expediciones de pesca; y
- Evaluar la eficacia de estas visitas limitándolas a situaciones en las que la autoridad de competencia posea sospechas razonables sobre la posible ocurrencia de las infracciones examinadas. De hecho, la DLC podría deducir la existencia de prácticas anticompetitivas precisamente a partir de estas sospechas, lo que justifica la realización de una visita de inspección para profundizar en la investigación.

Es crucial enfatizar que en una fase inicial de investigación preliminar, la DLC no ha realizado una visita de inspección. En ese sentido, carece de información específica para definir el alcance de la supuesta violación o identificar sus características con precisión. Es decir, en ese estado la autoridad está desarrollando su hipótesis de investigación sobre prácticas anticompetitivas en función de información que aún debe ser confirmada. En consecuencia, no es posible exigir que estas sospechas cumplan con los criterios de evidencia de una posible violación o justifiquen un juicio calificado o un estándar de certeza (de hecho, durante la investigación no existen acusaciones formales ni imputaciones de responsabilidad contra los sujetos bajo investigación).

Por otro lado, es ampliamente reconocido en la comunidad internacional que el umbral para llevar a cabo una visita de inspección es intrínsecamente inferior al necesario para iniciar un proceso sancionador. Esto se debe a que las visitas de inspección brindan la oportunidad de validar sospechas, recopilar evidencia sobre el comportamiento investigado y, de ser el caso, iniciar el procedimiento sancionador.

Lo mencionado guarda relación con la postura adoptada por el Tribunal General de la Unión Europea:

“Para que las inspecciones estén justificadas, no es necesario establecer la prueba de la infracción declarada en la decisión impugnada más allá de una duda razonable utilizando la información disponible para la Comisión”

Este nivel de prueba es, de hecho, obligatorio para las decisiones de la Comisión que establecen la presencia de una violación e imponen sanciones pecuniarias. Sin embargo, para que se decida realizar una inspección, es suficiente contar con elementos materiales e indicios que estén fundamentados y den motivos razonables para sospechar que se está cometiendo una infracción.

De otro lado, la CNMC también ha afirmado que:

Es evidente que si la Dirección de Investigación (DI) decide llevar a cabo una inspección, es porque, por un lado, necesita evidencia adicional para cumplir con la función atribuida a la información confidencial por la Ley de Defensa de la Competencia, es decir, para determinar si procede o no iniciar un procedimiento sancionador. Por otro lado, se buscan documentos diferentes a los que la DI podría obtener mediante el procedimiento de solicitud de información (Expediente R/0009/08, 2008).

Como consecuencia del carácter confidencial de estas sospechas, la DLC no está obligada a divulgar a los sujetos investigados ninguna información que obre en su poder relativa a ellas. Dicha divulgación o comunicación menoscabaría la eficacia y viabilidad de la inspección, impidiendo la detección de la práctica anticompetitiva que se examina. Sin duda, en el caso de que los agentes económicos conocieran los motivos de la visita, podrían ofuscar o suprimir cualquier documentación relativa a la investigación, además de revelar la información a otras organizaciones que pudieran haber sido cómplices de infracciones análogas. Dicha conducta impediría el avance de la investigación y comprometería la capacidad de la DLC para cumplir con su obligación constitucional de proteger la competencia.

3.3.2.2 Parámetro formal: la Orden de Inspección

De acuerdo con la DLC y la Comisión, el derecho de los sujetos a ser informados de la motivación y fundamentación jurídica de la inspección se satisface cuando esta orden se presenta en la sede de la empresa investigada con posterioridad a la llegada de los inspectores, tal como exige el artículo 242.1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Partiendo de esta premisa, la orden de inspección que autoriza el acceso a las instalaciones examinadas cumple con dos objetivos:

- Garantizar el cumplimiento y obligación de poner en conocimiento del sujeto investigado los parámetros y alcance de la investigación para evitar cualquier tipo de mala interpretación o confusión; y
- Limitar la visita de inspección a actividades específicas que podrían constituir prácticas anticompetitivas.

Para lograr estos objetivos, la orden de inspección debe incluir los siguientes elementos y estipulaciones:

- El nombre de la organización sujeta a inspección;
- El lugar de la inspección;
- La identificación de los inspectores responsables de la diligencia;
- La fecha de inicio de la visita;
- La base legal que respalda las facultades inspectoras, incluyendo los documentos e información a obtener y/o evaluar;
- Las responsabilidades y obligaciones de la entidad inspeccionada.

Los requisitos antes indicados aseguran que los investigadores estén debidamente autorizados y designados para llevar a cabo tales investigaciones.

Así, al acercarse a los establecimientos del agente investigado, los investigadores de la DLC exhibirán sus credenciales en el área de recepción de la organización y declararán formalmente su presencia al ingresar a las oficinas de los agentes económicos. En ese momento, la orden de inspección se presenta ante la presencia de un representante de la empresa y se le proporcionará una copia de la orden para que la firmen, sirviendo como prueba de recepción. A través de estas actividades, los inspectores logran dos objetivos principales:

- i. Permitir a las entidades reguladas, debidamente autorizadas para hacerlo, identificar a las personas que realizan la visita.
- ii. Registrar la hora de inicio de la investigación mediante la obtención de una firma en la orden de inspección, que está disponible para su recogida en el área de recepción o la oficina correspondiente. Este procedimiento ayuda a verificar posibles aplazamientos o ampliaciones de la visita.

Es fundamental subrayar que la interpretación del término "representante de la empresa" debe ser amplia, abarcando a cualquier individuo debidamente autorizado para llevar a cabo estas investigaciones, en lugar de ser estrictamente formal. En este contexto, no se requieren poderes corporativos o registrales precisos. Además, el funcionamiento de la DLC podría verse obstaculizado por repercusiones adversas, ya que las entidades reguladas podrían aprovechar la situación para posponer o eludir inspecciones argumentando la ausencia de un "representante con autoridad". Por lo tanto, exigir la presencia del gerente general para la inspección o condicionar el progreso de la visita a la llegada o presencia de un representante específico obstaculizaría de manera injustificada las operaciones de la DLC.

3.3.3 Inicio de la visita de inspección

Las directrices del INDECOPI hacen un recordatorio, tal como hemos señalado en párrafos anteriores, que la visita que se realice con ocasión de verificar las sospechas de una práctica anticompetitiva se debe realizar en el marco del principio de proporcionalidad

Así, al igual que cualquier acción administrativa, la potestad de inspección debe ajustarse a diversos parámetros y principios, siendo el más significativo el principio administrativo de razonabilidad o proporcionalidad.

En ese sentido, dado que las visitas de inspección imponen deberes y obligaciones y son inherentemente restrictivas de derechos, la aplicación del principio de razonabilidad se vuelve crucial. Es imperativo que el ejercicio de estas facultades se realice de manera adecuada, en conformidad con el interés público y adaptado a las circunstancias particulares de cada caso, evitando obstrucciones o interrupciones innecesarias de las operaciones de la parte inspeccionada. Esto no significa que las actividades de inspección no deban tener ningún efecto en las operaciones de entidades privadas (ya que esto sería intrínsecamente impracticable); más bien, cualquier influencia debe estar alineada con el objetivo previsto, lograda mediante los métodos menos perjudiciales y con la menor cantidad de interrupciones (Zegarra, 2016).

En este contexto, las investigaciones que realice la DLC debe concentrarse en aspectos específicos que puedan servir como indicadores de una posible violación a las normas de competencia. Es de suma importancia que las visitas de inspección no requieran la suspensión total de las actividades comerciales en el establecimiento donde el agente económico está siendo examinado. Además, se menciona en la directriz del INDECOPI que es aconsejable que estas visitas tengan lugar durante horas de oficina específicamente designadas.

Por otro lado, en sintonía con lo mencionado en el contenido del Texto único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, las directrices del INDECOPI establecen que los inspeccionados están obligados a cooperar con las autoridades y a aceptar las consecuencias de su labor de supervisión. Esta obligación se denomina colectivamente deber de cooperar. Garantizar que las partes inspeccionadas permitan a los inspectores ejercer estas funciones y facilitar toda la información que consideren pertinente para la investigación es de suma importancia durante las visitas de inspección,

especialmente en el ámbito de la libre competencia, donde se buscan hechos e información que escapen a su control, son secretas o encubiertas y que se encuentra ocultas en los archivos de los investigados.

Las facultades de investigación de la Administración Pública se ven significativamente fortalecidas por la obligación de colaborar; sin ella, las entidades no podrían salvaguardar adecuadamente los intereses legalmente protegidos (como la defensa de la libre competencia) que el sistema legal les ha encomendado.

El incumplimiento de este requisito es un tema relevante, pues constituye una infracción tipificada en el artículo 46.7 de la LRCA, lo cual es sancionable con multas de hasta mil UIT. Este incumplimiento se puede presentar en distintas actuaciones que el investigado puede realizar en la inspección, entre ellas:

- La presentación de datos inexactos
- Ocultamiento de información
- Modificación o destrucción de información
- Negativa injustificada a atender los requerimientos de la autoridad de competencia
- Negativa a comparecer y la obstrucción de las funciones de la autoridad.
- Retener injustificadamente a los inspectores en una sala de espera (o fuera de las instalaciones) hasta que llegue un asesor designado.

La prohibición de obstaculizar las labores de la autoridad de competencia durante una inspección se fundamenta en el incumplimiento del deber de colaboración por parte del administrado. Asimismo, cabe destacar que para la configuración de la referida infracción, es intrascendente que dicho incumplimiento u obstaculización haya afectado o no la ejecución de la visita de inspección.

Es de destacar que el hecho que se haya brindado ejemplos de qué tipo de conductas por parte del agente investigado pueden ser consideradas por la autoridad de competencia como obstaculización a sus funciones de inspección otorga una garantía adicional a los administrados, permitiéndoles discernir qué conductas en particular pueden ser consideradas impedimentos para las operaciones de la autoridad. Como resultado, aumenta la previsibilidad sobre los agentes económicos que operan en el mercado. Es importante reconocer que los ejemplos ilustrativos de este tipo de conductas son habituales en el ámbito del derecho de la competencia.

En caso de que se produzcan tales transgresiones, independientemente de la posibilidad de responsabilidad penal, la Comisión evaluará estos comportamientos a través de un procedimiento sancionador aparte.

Es preciso mencionar que el hecho de que se pueda sancionar a un agente investigado por obstaculizar una investigación de la autoridad de competencia, de ninguna manera constituye una amenaza, intimidación o acoso hacia aquellos que están siendo investigados. Por el contrario, estas directrices son una consecuencia directa de la responsabilidad del ente regulador de informar a los inspeccionados sobre las posibles repercusiones que podrían derivar de no cumplir con el deber de colaboración durante la investigación. Es importante resaltar que no afectan ni comprometen el consentimiento otorgado para ejercer dichas facultades.

En este marco específico, se reconoce la importancia de que las entidades supervisadas colaboren con los inspectores de la DLC durante toda la visita según el sistema legal. Esta obligación tiene su fundamento inicial en garantizar la eficacia de la investigación, pero su estatus fundamental está arraigado en la supervisión de la competencia en el mercado, una responsabilidad otorgada por la Constitución. En la búsqueda de este objetivo, cualquier acción con la intención de obstaculizar las operaciones de la DLC o interrumpir la visita de inspección está explícitamente prohibida por la LRCA.

Considerando entonces el desarrollo del principio de proporcionalidad y el deber de colaboración de los agentes investigados, es necesario hacer mención que las facultades que brinda la LRCA a la DLC, le permiten que esta visite directamente los establecimientos donde los agentes económicos desarrollan sus actividades comerciales con el fin de verificar posibles prácticas anticompetitivas, lo cual no sería posible con simples requerimiento de información a través de oficios o cartas.

Asimismo, tal como se mencionó anteriormente, estas vistas pueden realizarse con o sin previo aviso, esto último con el objetivo de acceder de inmediato a la información buscada y reducir el riesgo de su eliminación ya que, la comunicación previa de una visita de inspección distorsionaría inevitablemente su propósito, permitiendo a las partes inspeccionadas no solo ocultar o incluso destruir dicha evidencia, sino también alertar a otras partes involucradas en la posible infracción, haciendo que la diligencia resulte ineficaz.

Por esta razón, las visitas de inspección adquieren su auténtica importancia cuando se llevan a cabo de manera inesperada y, si es necesario, de forma simultánea en las sedes de los agentes económicos bajo investigación.

Ahora bien, en el marco de la visita de inspección, conforme a lo dispuesto en el artículo 242.6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se concede a las partes investigadas el derecho de buscar asesoramiento profesional durante una visita de inspección, en caso de que lo consideren necesario.

Por lo general, este privilegio implica la presencia de un abogado a lo largo de todo el proceso de diligencia para brindar asesoramiento legal, acompañar a los inspectores, plantear observaciones pertinentes y revisar el contenido del informe una vez que concluye la visita. No obstante, el ejercicio de este derecho no debe traducirse en comportamientos abusivos o negligentes que obstruyan el desarrollo de la visita. La legitimidad de la inspección no debe depender de la presencia o ausencia de asesor legal, ni debe obstaculizar su inicio.

Sin duda, dada la naturaleza secreta de las infracciones, los momentos iniciales de la diligencia son cruciales para obtener información relevante que busca la autoridad. La falta de esta actuación temprana conlleva un riesgo de alteración o destrucción de datos de manera exponencial, así como la posibilidad de que otras empresas involucradas en las presuntas actividades ilegales obstaculicen las operaciones de la DLC.

En este contexto, retrasar la inspección hasta la llegada del asesor legal a las oficinas de la empresa sería perjudicial y contraproducente; tal condición dependería de una multitud de factores que escapan al control de la DLC, socavando su eficacia y utilidad. Por lo tanto, es crucial subrayar la importancia de llevar a cabo las visitas de inspección de manera pronta para evitar que la presencia o no del asesor legal por parte de los administrados obstaculice o prolongue la diligencia.

De hecho, es tan evidente que la presencia del abogado durante la inspección no es obligatoria que se establece expresamente en el Artículo 242.6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General que este derecho puede ejercerse “si el administrado lo considera necesario”.

Por lo tanto, el legislador reconoce que la falta de asesoramiento legal no representa un obstáculo para iniciar la visita. No obstante, los inspectores pueden autorizar un período de espera razonable para la llegada del asesor legal u otra persona considerada esencial, siempre y cuando no obstaculice su capacidad para ingresar a las oficinas y comenzar los preparativos para la diligencia.

Debido a las particularidades de las investigaciones y las características distintivas de cada caso, resulta inviable determinar un período máximo de espera aplicable de manera universal. Durante la diligencia pueden surgir diversas circunstancias que requieran un procedimiento acelerado o prolongado. En este sentido, los inspectores evaluarán dichas circunstancias y determinarán el período de espera designado para la llegada de la representación legal,

manteniendo constantemente en mente la importancia de iniciar la visita de manera pronta y aspirar a una duración breve.

Adicionalmente, los agentes económicos pueden obtener asesoramiento de su abogado o representante por teléfono o en línea si así lo desean. Asimismo, se permite que estos asesores se comuniquen con los inspectores a cargo de la visita.

3.3.4 Desarrollo de la visita de inspección

Una vez la autoridad logra ingresar a los establecimientos de las empresas investigadas, inicia a realizar las solicitudes o requerimientos que estime convenientes de acuerdo a la hipótesis preliminar o sospechas de la conducta anticompetitiva que se encuentra investigando.

Una primera actuación es acceder y copiar toda documentación e información que considere relevante para la investigación que viene tramitando. En ese sentido, considerando que las conductas anticompetitivas se canalizan o coordinan a través de comunicaciones, usualmente la autoridad solicita acceder a los correos electrónicos de los trabajadores de la empresa investigada que considera pertinentes.

Sin perjuicio de lo anterior, a sabiendas que no necesariamente toda la información que se solicita acceder y copiar se encuentra relacionada a información comercial relevante para la investigación, la autoridad permite que los administrados puedan señalar que información consideran ajena para la inspección que se viene realizando (por ejemplo, información personal e íntima, información protegida por el secreto profesional o en general archivos totalmente desligados a la actividad comercial que realiza la investigada).

Lo mencionado anteriormente, no implica que de manera automática la autoridad no pueda observar someramente dicha información para confirmar que efectivamente es ajena para los efectos de la investigación que viene realizando. Lo contrario significaría que so pretexto de que el administrado califique

indiscriminadamente la información como “no relevante o ajena”, se pueda perder material probatorio que refleje la comisión de conductas anticompetitivas.

Finalmente, es pertinente destacar que además de acceder y copiar información, la agencia de competencia podrá tomar declaraciones (entrevistas) a los trabajadores de la empresa investigada que consideren relevantes para revelar los hechos de su hipótesis.

3.3.5 Fin de la visita de inspección

Siguiendo los lineamientos también establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, una vez culminada la visita en las sedes de los agentes investigados, los inspectores deberán elevar un acta, la cual debe contar con el detalle de la actuación que se llevó a cabo.

De acuerdo con las directrices del INDECOPÍ en inspecciones por temas relacionados a la competencia en el mercado, estas actas deben contar con los siguientes datos:

- Identificación del agente que ha sido investigado
- Precisar la fecha, lugar y hora de la visita realizada
- Brindar detalle de las actuaciones realizadas en la visita, por ejemplo:
 - Qué información se recabó
 - Cuáles fueron las personas que se lograron entrevistar con los funcionarios
 - Compromisos de la parte investigada en cumplir con requerimientos de información complementarios
 - De ser el caso, los hechos de obstrucción que se habrían dado a lugar en la visita
 - Observaciones del agente investigado
- Firma de los participantes en la visita (representante del agente investigados y funcionarios de la autoridad de competencia)

3.4. Las visitas de inspección como mecanismo principal de detección de prácticas anticompetitivas

Tal como se ha reflejado hasta este punto de este trabajo de investigación, respecto a la información que es recogida en las visitas de inspección por el INDECOPI como autoridad de competencia, esta última ha reconocido que los correos electrónicos son uno de los instrumentos utilizados por los agentes económicos para coordinar y ejecutar prácticas anticompetitivas, constituyendo incluso una de las pruebas más directas de dicho ilícito.

Tal afirmación tiene sentido con la casuística internacional y nacional, la cual refleja que el medio de comunicación por excelencia entre los funcionarios de una empresa (o entre empresas) en los que se advirtió la realización de una práctica anticompetitiva, es a través de e-mail's, en los cuales se observa la participación de distintos actores, tales como: gerentes comerciales, asistentes administrativos o de ventas, coordinadores comerciales, asistente logísticos e incluso abogados.

De hecho, a nivel internacional, las visitas de inspección son reconocidas por la OCDE como un instrumento crítico y altamente efectivo para combatir conductas anticompetitivas. Asimismo, estas acciones incrementan la probabilidad de detección y fortalecen la capacidad disuasoria de las autoridades de competencia tanto en Perú como a nivel mundial; por lo cual es reconocida internacionalmente por su eficacia.

En ese sentido, una de las principales facultades investigativas otorgadas por la LRCA es la capacidad para realizar visitas de inspección a los locales de las empresas bajo investigación incluso sin previo aviso.

Lo mencionado anteriormente guarda relación con lo descrito hasta este punto del presente trabajo de investigación, ya que como se advierte en la visita de inspección, la autoridad podrá acceder y tomar copias de documentos o cualquier información física o digitales que considere pertinentes para su

investigación, de las cuales no podría haber tenido conocimiento si no fuera por la inspección *in situ*. Asimismo, estas visitas permitirán a la autoridad de competencia solicitar explicaciones al personal de las organizaciones inspeccionadas y con ello tener una mayor claridad sobre el mercado que se encuentra investigando y sobre los hechos que considere relevantes.

Estas inspecciones han demostrado ser instrumentos altamente efectivos para identificar prácticas anticompetitivas, especialmente cárteles, como lo demuestran ejemplos nacionales e internacionales. Su naturaleza inmediata y sorpresiva permite a los inspectores acceder a diversas pruebas.

Por lo tanto, resulta imperativo y hasta necesario llevar a cabo visitas a las sedes de las empresas bajo investigación con el propósito de recopilar información y documentación específica vinculada a las prácticas anticompetitivas que se vendrían investigando. Este procedimiento se realiza con el objetivo de obtener elementos adicionales que refuercen la base de la investigación (Montoro, 2022).

Capítulo 4: El secreto profesional cliente-abogado

4.1 El secreto profesional como derecho constitucional

4.1.1 El secreto profesional

El secreto profesional, definido como la inherente obligación de mantener la confidencialidad en el ejercicio de las responsabilidades profesionales, se evidenciaba en la discreción otorgada a las personas que utilizaban el conocimiento adquirido en el desempeño de sus funciones profesionales. La justificación detrás de este compromiso con la confidencialidad radicaba en la dependencia de esa información para llevar a cabo los servicios o responsabilidades encomendadas.

Al adquirir información pertinente en el desarrollo de sus responsabilidades, el profesional asume la responsabilidad de salvaguardar la privacidad y confidencialidad de la información obtenida permanentemente. Respetar este deber ético constituye una piedra angular en la relación profesional, dado que la divulgación no autorizada de esta información podría erosionar la credibilidad y la confianza en el entorno laboral.

El carácter permanente del resguardo al secreto profesional permite establecer y mantener una comunicación productiva y transparente. Por ejemplo, en el caso de los abogados, Helena Carrera Bascuñán, citando a Garuad, indica que:

Los abogados, al igual que cualquier otra categoría de personas que, debido a su condición o profesión, están sujetas al secreto profesional, tienen el derecho de mantener dicho secreto y están obligados a resguardarlo, ya sea que desempeñen funciones de manera permanente, temporal o simplemente ocasional (Azerrad, 2007).

Lo señalado en el párrafo anterior, guarda relación con lo señalado en el Código de Ética de Abogados de Lima, el cual en su artículo 33 indica que la vigencia del secreto profesional es permanente.

El mantenimiento de la confidencialidad profesional fue históricamente un aspecto fundamental de la profesión, en el cual los profesionales se comprometían a resguardar la información sensible obtenida en el ejercicio de sus responsabilidades (Kemelmajer de Carlucci, 2012).

Una ilustración de esto se puede encontrar en la Constitución, que afirma la reserva del secreto profesional como un derecho fundamental en una sociedad democrática: “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional”.

Dicho apartado constitucional, ha sido objeto de análisis en pocos casos por parte del TC.

Uno de ellos es un caso en el que se invocó la violación del secreto profesional fue uno a nivel policial, en tanto el abogado de una persona investigada brindó declaraciones que fueron utilizadas en el atestado policial en contra de su patrocinada (EXP. N° 7811-2005-PA/TC, 2005).

En dicho caso, el TC determinó que el derecho a “preservar el secreto profesional” abarca un doble ámbito de resguardo y, por lo tanto, funciona tanto como una garantía como un derecho. Se reconoce que el legítimo propietario de la información confidencial puede exigir su resguardo no solo al profesional legal a quien se le confió directamente o que tuvo acceso en el ejercicio de sus funciones profesionales, sino también a sus asistentes, colaboradores y personal de servicio que puedan tener acceso directo a la información. Además, cuando se aplica adecuadamente, la confidencialidad profesional protege al profesional legal, quien no está sujeto a ninguna forma de coerción por parte de individuos, autoridades o funcionarios para divulgar la información.

Además, en cuanto al carácter garantista del secreto profesional, el Tribunal Constitucional enfatiza que esta confidencialidad es crucial cuando el ejercicio de ciertas profesiones está vinculado con otras libertades públicas. Por ejemplo, se menciona el caso de los periodistas y su relación con la libertad de

información o expresión, así como el caso de los abogados y su ejercicio del derecho de defensa de sus representados.

Por otro lado, indicó que en cuanto al contenido que debe considerarse como confidencial para su resguardo, aunque es difícil definirlo en principio, puede definirse de manera amplia como cualquier noticia, información, circunstancia fáctica, proyecciones o deducciones derivadas de la pericia o conocimientos de un profesional, adquiridos o conocidos mediante el ejercicio de una profesión, arte, ciencia o técnica en general.

Finalmente, con relación al caso investigado, para el TC no se habría configurado una afectación al secreto profesional, en tanto la información fue revelada por el propio profesional sin mediar ninguna coacción en el marco de una investigación policial sobre un delito que a la fecha no había concluido y que más aún cuando el proceso penal, que aún se encontraba abierto, no dependía del atestado policial en el que se encontraba las declaraciones del abogado.

Tanto es el valor significativo atribuido a la confidencialidad profesional que los códigos penales definen su violación como un delito. En el contexto peruano, un ejemplo se encuentra en el Artículo 165 del Código Penal. Esta disposición establece: "Aquella persona que, teniendo acceso a información en virtud de su posición, empleo, profesión o deber, y que revele secretos cuya divulgación pueda ocasionar perjuicio, sin el consentimiento del afectado, será sancionada con una pena privativa de libertad no superior a dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa" (Capítulo V Violación del secreto profesional, Título IV Delitos contra la libertad).

Sobre este apartado normativo, a nivel jurisprudencial se ha advertido que no se configuraría el delito siempre que no se haya causado daño al interesado o titular de la información y la información no sea secreta.

Por otro lado, respecto a los medios probatorios que pudiesen contener información protegida por el secreto profesional, el Código Procesal Civil (en adelante, CPC) en el artículo 220 establece que: "Nadie puede ser compelido a

declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de ley pueda o deba guardar secreto [...]."

De igual manera y más desarrollada, el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) en el numeral 2) del artículo 165 sostiene que deberán abstenerse de rendir testimonio aquellos vinculados por el secreto profesional, salvo el caso en que tenga la obligación de declararlo ante la autoridad judicial o sean liberados por el interesado del deber de guardar el secreto.

Esta regulación en el Código Procesal Penal da luces de que el secreto profesional no es de aplicación absoluta, sino que la misma no será aplicable para los casos en que el profesional sea liberado por el interesado de guardar el secreto o cuando tenga la obligación legal de declarar o revelar información de su cliente.

Otra disposición relevante sobre el secreto profesional que vale la pena destacar se encuentra en el Decreto Supremo 43-2003-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: "Artículo 17. El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a lo siguiente: [...] 4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso."

Con lo expuesto se puede entender que la responsabilidad de mantener el secreto profesional es simultáneamente **un derecho y un deber**. Así, es un derecho del interesado que el profesional que le brinda un asesoramiento o apoyo guarde reserva de la información y que esta sea oponible a la solicitud de un revelamiento sin consentimiento o sin justificación legal; y es un deber desde el lado de que el profesional debe guardar una conducta ética y resguardar la información confiada.

La dedicación del profesional a preservar la privacidad y confidencialidad demuestra una comprensión de la naturaleza delicada de los datos obtenidos durante el ejercicio de sus responsabilidades como profesional.

La divulgación no autorizada dentro de este marco particular no solo constituiría una violación ética, sino que también podría generar repercusiones sustanciales en el lugar de trabajo y en la relación de confianza entre el profesional y su cliente. Por lo tanto, la preservación de la privacidad y confidencialidad constituye un principio fundamental para sostener la posición profesional y mantener la integridad del entorno laboral.

Según Salinas (2015), este privilegio profesional abraza y preserva la intimidad de las personas que buscan el respaldo o la asesoría de un profesional en relación con un tema específico. En este contexto, se establece que el bien jurídico protegido es la inviolabilidad del secreto profesional en sí mismo, resguardando la privacidad personal y familiar como parte integrante del derecho a la libertad individual de aquellos que depositan su confianza en un profesional.

El propósito del secreto profesional, un principio legal y ético que exigía a contadores, banqueros, abogados y economistas mantener la privacidad de la información obtenida en el ejercicio de sus funciones, es fomentar la confianza entre estos profesionales y sus clientes. Esta responsabilidad implicaba la gestión de información relacionada con casos, transacciones financieras y diversos asuntos profesionales.

Por otra parte, en concordancia con la resolución del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la protección del secreto profesional, Peña (2009) destaca la importancia de que los profesionales hayan adquirido el conocimiento o la información que se busca resguardar en el ejercicio de su propia profesión, y no como individuos particulares o mediante la realización de otras ocupaciones.

Asimismo, el mencionado autor sostiene que las actividades ilícitas no deben quedar amparadas por el privilegio del secreto profesional. Este criterio,

con el cual estoy de acuerdo, ha sido respaldado también por Salinas (2015), quien ha subrayado que el privilegio del secreto profesional no es absoluto. Esta consideración guarda relación con el hecho de que, frente a la posible comisión o incluso la confirmación de un acto ilícito, no debería permitirse que estos queden impunes en aras de preservar el secreto profesional, ya que tal situación socavaría el valor de la justicia.

Sobre lo antes mencionado, nos encontramos completamente de acuerdo con ambos autores, en tanto se debe considerar que el secreto profesional no debe ser utilizado como una herramienta para soportar información que no haya sido brindada en el marco del ejercicio de la profesión y/o que permita cubrir o dejar sin reproche alguno una conducta ilegal o ilegítima.

De manera similar, compartimos la opinión de que la información considerada privilegiada es exclusivamente aquella que surge durante el ejercicio pleno de una profesión. En este sentido, diversos autores establecen una distinción entre el núcleo esencial de la profesión y las actividades de gestión. Tomando como ejemplo la práctica de la abogacía, Coca (2013) destaca que solo se amparan las actividades inherentes a la labor de un abogado, como el patrocinio en un proceso legal (derecho de defensa), la asesoría jurídica en diversas áreas y la garantía de una tutela judicial efectiva. En contraste, la información generada en el contexto de funciones accesorias, que podrían ser llevadas a cabo por alguien sin necesidad de poseer conocimientos especializados en derecho, no sería considerada privilegiada.

Lo mencionado en el párrafo anterior, guarda relación también con el hecho de que una persona que no haya llevado y/o culminado estudios técnicos o universitarios en una institución superior certificada por la nación no puede ser catalogada bajo el título de “profesional” y por ende la información que se le haya brindado no se encuentra cubierta por el secreto profesional.

4.1.2. La no aplicación del secreto profesional

Tal como se ha mencionado en líneas anteriores, el secreto profesional no es una garantía que sea aplicable de manera absoluta, existiendo situaciones en la cual esta no resultara aplicable.

En relación con las restricciones o la falta de aplicación del secreto profesional en el ámbito de los abogados, Medina (2019) señala que este ha experimentado una evolución histórica influida por los cambios sociales y políticos a lo largo de nuestra historia. Destaca que el secreto profesional entre cliente y abogado, que alguna vez fue considerado una garantía impenetrable, ha evolucionado hacia una categoría que puede soportar limitaciones o excepciones.

Este cambio responde a la evolución de la sociedad y a la creciente comisión de actos ilegales, como fraudes corporativos, estafas multimillonarias, el aumento del fenómeno del terrorismo, actos de corrupción transnacionales y el fenómeno del lavado o blanqueo de activos. En este contexto, la noción de secreto profesional ha tenido que adaptarse para abordar situaciones que exigen un equilibrio entre la protección de la confidencialidad y la necesidad de enfrentar delitos cada vez más complejos y globalizados.

Lo mencionado en el párrafo anterior guarda sentido en situaciones que actualmente pueden suceder.

Un profesional puede encontrarse en una situación crítica en la que la omisión de revelar información protegida por la confidencialidad profesional podría potencialmente causar daño a un individuo o provocar un desmedro en la sociedad en general. En tales casos, el abogado puede apoyarse en el principio de proporcionalidad o invocar un estado de necesidad para romper la barrera de la confidencialidad profesional y evitar la ejecución de acciones que, de no ser informadas, podrían objetivamente constituir delitos esencialmente graves, ya que de no hacerlo podría incluso verse involucrado como un participante en la configuración del acto ilegal.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en relación con la confidencialidad médica establece que, cuando se enfrenta a una decisión difícil entre mantener la confidencialidad y preservar la vida, circunstancias extremas dictan que la prioridad se otorga a la preservación de la vida en lugar del secreto. En este sentido, la Corte ha declarado lo siguiente:

“De todas formas, se espera que el guardián del secreto demuestre una conducta profesional fundamentada en la confidencialidad. Sin embargo, esta obligación alcanza un umbral objetivo cuando la decisión del médico de abstenerse compromete su deber de preservar la sacralidad de la vida”. Cuando se ven obligados a observar, en contra de los dictados de su propia conciencia, cómo su silencio contribuye y favorece su propia destrucción”.

Esta posición demuestra una comprensión de la importancia de la confidencialidad médica al tiempo que destaca que existen situaciones críticas en las que las medidas para preservar la vida prevalecen sobre el deber de mantener el secreto profesional (Gamarra Ronald, 2011).

De manera similar, para el caso del ejercicio profesional de la abogacía, Miranda, autora citada en los antecedentes de la Tesis, ha señalado que la Corte Constitucional Colombiana sostiene que aunque no se exige al abogado revelar el secreto, tiene la autoridad para hacerlo con el fin de evitar acusaciones de negligencia en la obligación de informar. (Miranda, 2020).

Así la referida autora, sobre el sistema legal de Colombia, destaca que las instancias judiciales mantienen el criterio de que, en el marco de la obligación de informar, un abogado puede optar por violar el privilegio abogado-cliente cuando exista una posibilidad clara de que la retención de la información pueda dar lugar a acusaciones de negligencia en el cumplimiento de la obligación de informar sobre posibles actividades ilícitas.

Esta interpretación se alinea con la necesidad de que los abogados equilibren su obligación ética de mantener la confidencialidad con la

responsabilidad de evitar graves daños o actividades delictivas futuras. En consecuencia, la autora indica que un abogado puede revelar información confidencial solo en circunstancias limitadas y específicas, siempre que cumpla con su deber de informar sobre posibles delitos sin incurrir en negligencia.

Sobre lo mencionado es prioritario destacar que la no obligación del secreto profesional está sujeta a evaluaciones éticas prudentes y a las leyes y regulaciones locales aplicables.

En el ámbito de los delitos económicos, la corrupción, entendida desde una óptica entre privados y entre estos últimos con el aparato estatal, emerge como la manifestación preeminente en la cual el secreto profesional puede ser utilizado para la configuración de actos ilícitos.

Así, la corrupción se manifiesta también en niveles más bajos, donde se observan frecuentemente casos de sobornos en proyectos civiles, tráfico de influencias, encubrimiento de delitos e incluso faltas. Este fenómeno tiene un impacto perjudicial en la economía de todos los peruanos, especialmente en aquellos que se encuentran en situaciones vulnerables, por ejemplo, en el caso de una fijación de precios que impide que personas con un sueldo bajo puedan acceder a productos de primera necesidad.

Con relación a lo anterior, más adelante se advertirá que Perú ha empezado a adecuar su marco normativo para evitar que el uso de herramientas como el secreto profesional sean utilizados para cubrir actos ilegales, como por ejemplo el lavado de activos.

4.1.3. Características del secreto profesional

Sobre la base de lo indicado en los acápites anteriores, de manera resumida se puede establecer las siguientes características que deben concurrir para que una información sea considerada como privilegiada por el secreto profesional.

- Solo es aplicable para la información que se obtiene en el ejercicio de una profesión y no como particulares.

- La información no debe ser de conocimiento público o accedida por terceros distintos al titular o interesado.
- El deber de confidencialidad, además de ser aplicable al profesional, también es exigible a sus ayudantes, colaboradores, asistentes o cualquier otro personal de servicio que tuvo acceso a la información privilegiada.
- El deber de confidencialidad es permanente y no temporal.

4.2. Marco normativo del secreto profesional cliente-abogado en el Perú

En la actualidad, en el Perú no existe un marco jurídico específico establecido en ninguna ley o decreto legislativo que regule el secreto profesional en el ejercicio de la abogacía, más allá de lo establecido en el artículo 2 de la constitución vigente.

Únicamente la Ley Orgánica Del Poder Judicial Art. 288, 1993) establece como uno de los deberes del abogado patrocinante la obligación de preservar el secreto profesional. Este artículo arroja luz sobre la perspectiva del legislador acerca de lo que debe considerarse como secreto profesional en el contexto de la relación entre cliente y abogado, limitándolo exclusivamente a la información que el abogado utiliza o adquiere en calidad de abogado patrocinante, es decir, cuando actúa en la defensa de los intereses legales de su cliente.

Por otro lado, actualmente quienes ejercen leyes y se encuentren colegiados en el Colegio de Abogados de Lima (en adelante, CAL) deben tomar conocimiento y respetar el Código de Ética Del Abogado (2012) emitido por la Junta de Decanos de dicha institución.

El referido código marca la pauta de las acciones y compromisos que los abogados colegiados por dicha entidad deben resguardar.

“Se marca el alcance de la referida confidencialidad, indicando que esta es un deber del profesional abogado, quien deberá proteger la

información de su cliente o potencial cliente con ocasión de la relación profesional". (Código de Ética Del Abogado, Art. 30, 2012)

Por otro lado, el citado código respecto a la revelación de la información entre un abogado y su cliente hace la diferencia entre revelación facultativa y revelación obligatoria.

En el caso de la revelación facultativa indica que el abogado podrá revelar información en caso de que:

1. Sea autorizado por el cliente.
2. Sea necesaria para la defensa de sus intereses legítimos dentro o fuera de un proceso sancionador.

Sin embargo, destaca que el abogado estará obligado a divulgar la información obtenida en el ejercicio de su profesión ante la autoridad competente cuando ello evite que el cliente cause un daño grave a la integridad física, psicológica o a la vida de una persona.

Lo mencionado en líneas anteriores respecto a la regulación en el código de ética sobre el ejercicio profesional de la abogacía permite tener como primer punto relevante que el gremio de los abogados de lima, acertadamente, han establecido que el secreto profesional no es absoluto y que existen circunstancias en la cual el secreto profesional no resulta aplicable e incluso se plantea la obligación al profesional en leyes de informar sobre aquellos hechos.

Señalamos que esta postura del CAL es acertada porque efectivamente sería un sin razón que el secreto profesional pueda ser aplicable en circunstancias en las que medie la configuración de un acto ilegal, como lo es la comisión de actos delictivos en contra de una persona.

Este entendimiento de la CAL guarda relación con que, al momento de trazar los límites de la aplicación del secreto profesional, es bastante importante considerar cuáles son los objetivos que este privilegio persigue (Luyo, 2013).

Si bien el citado código solo hace referencia a la obligación de revelar información cuando medie la posible configuración de un acto delictivo en contra de una persona, es de destacar que dicho código fue aprobado en el año 2012; sin embargo, a la fecha existen regulaciones que han expandido la no aplicación del secreto profesional en ciertas circunstancias.

Por ejemplo, sobre la prevención y lucha contra el lavado de activos y otros delitos contra la minería ilegal y el crimen organizado, el Decreto Legislativo 1106 (2012) en el artículo 5 indica que será reprimido con cárcel aquel que, incumpliendo sus obligaciones profesionales, omite informar a la autoridad competente sobre operaciones sospechosas de origen ilícito que hubiera detectado.

De manera complementaria a la norma antes citada, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1249 (2016), destaca que el abogado es un sujeto obligado a informar a la UIF sobre las sospechas de actividad ilícitas relacionadas al lavado de activos, cuando de manera independiente o en sociedad, se disponen a realizar en nombre de un tercero, las siguientes actividades:

1. Compra o venta de un inmueble
2. Administración de activos en el sistema financiero
3. Aportaciones para la administración de personas jurídicas
4. Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras.
5. Compra o venta de acciones o participaciones en empresas.

No obstante, dicho apartado normativo hace la precisión de que la información que los abogados deben brindar en el marco de la regulación contra el lavado de activos solo será aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional.

Continuando con la regulación sobre lavado de activos y su implicancia con el secreto profesional cliente abogado, la Resolución SBS N° 789-2018 (2018) en el artículo 4 de su disposición complementaria final, indica que el

abogado es un sujeto obligado de informar a la UIF cuando obtiene dicha información sospechosa en el ejercicio de su profesión.

Lo anteriormente citado permite confirmar que el legislador no mantiene la idea que el secreto profesional cliente-abogado sea absoluta para toda la información que obtiene el profesional en leyes, siendo que estará obligado a informar a la UIF cuando realice alguna de las cinco actividades antes listadas.

Ahora si bien se puede asumir que esta regulación sobre lavado de activos infringiría el secreto profesional cliente abogado, acertadamente en el artículo 5 del Reglamento de La Ley 30424 (2019) se ha indicado que el sistema de prevención contra el lavado de activos tiene como fin evitar que los servicios o actividades brindadas por los sujetos obligados, entre ellos los abogados, puedan ser utilizado para la comisión de delitos. Esto último, confirma el hecho de que para el legislador sí existe la posibilidad de que el secreto profesional pueda ser utilizado como defensa para cubrir determinados actos ilegales y es por eso que para prevenir su configuración ha esquematizado una regulación especializada, en este caso, para la prevención de lavado de activos.

Lo mencionado anteriormente, tiene relación con que en el 2018 el legislador a través de la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1372 (2018) que regula también la lucha contra la elusión y evasión fiscal, el lavado de activos y el financiamiento contra el terrorismo, el legislador finalmente ha dejado mención expresa de cuál es la información que se debe entender amparada por el secreto profesional y cual no.

En ese contexto, la normativa mencionada establece que las comunicaciones entre el abogado y su cliente están resguardadas siempre y cuando el profesional esté desempeñando su labor y no otra actividad. Por ende, los abogados no podrán rehusarse a proporcionar información bajo el argumento del secreto profesional cuando actúen en calidad de titulares de empresas, socios, accionistas, representantes legales, apoderados, u ocupen alguna posición similar o vinculada a estas actividades.

Lo mencionado en el párrafo anterior, permite confirmar entonces que no toda información obtenida por un profesional se encuentra amparada por el privilegio del secreto profesional, siendo que, en el caso de los profesionales en leyes, si realizan actividades que pueden ser realizadas por otras personas que no son abogados, ello no se encontraría privilegiada por el secreto profesional.

En ese sentido, garantizar la confidencialidad de la información confiada a un abogado es un aspecto fundamental de su relación profesional con el cliente. Esta obligación legal, respaldada por marcos regulatorios y éticos, tiene como objetivo proteger los intereses legales del cliente y fomentar la confianza entre el abogado y el cliente. La confidencialidad abarca una amplia gama de modalidades de comunicación, incluyendo, pero no limitándose, a formas escritas y orales.

Asimismo, es crucial reconocer que este deber no solo perdura durante la representación activa del cliente por parte del abogado; más bien, continúa existiendo incluso después de que la relación profesional haya concluido. Para preservar la integridad del sistema legal y permitir que los clientes se comuniquen abiertamente con sus abogados, la confidencialidad posterior a la relación es vital.

Sin embargo, también debe reconocerse que existen circunstancias limitadas y específicas en las que el secreto profesional es inaplicable. Estas circunstancias suelen estar relacionadas con la prevención de delitos futuros o daños graves, y los parámetros y condiciones que permiten dicha divulgación están establecidos por la legislación local y los estándares éticos profesionales.

En esencia, el deber de confidencialidad constituye un componente fundamental de la ética y la práctica legal, y su cumplimiento es crucial para preservar la credibilidad del sistema legal y salvaguardar los derechos e intereses de los clientes. No obstante, el mismo no debe ser utilizado como una herramienta para la ejecución de conductas ilegales.

TERCERA PARTE: CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

Capítulo 5: Análisis de la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en las comunicaciones recogidas por el INDECOPI en visitas de inspección sobre libre competencia

Habiendo analizado la regulación del secreto profesional, enfatizando que su aplicación no es absoluta, así como también cuales serían sus características, en las siguientes líneas estudiaremos su aplicación en concreto respecto a las comunicaciones que son recogidas por el INDECOPI, cuando tiene sospechas preliminares de la configuración de una práctica anticompetitiva y por ende realiza una visita de inspección inopinada o sin previo aviso.

5.1. Tratamiento del secreto profesional cliente-abogado por las autoridades de competencia en la experiencia comparada

A través de una revisión de la literatura relevante, se identificó que distintas agencias de competencia ya han venido desarrollando la aplicación del secreto profesional.

Como ejemplo, la Comisión Federal de Competencia Económica de México publicó el Acuerdo N° CFCE-215-2019 (2019), en el cual se establece de manera expresa que se considerarán como comunicaciones privilegiadas únicamente aquellas que tengan como propósito la obtención de asesoría legal.

Por otro lado, la Unión Europea ha publicado el Documento (2011/C 308/06) (2011) relacionado a la aplicación del secreto profesional en el ejercicio de las actividades de la autoridad de competencia regional. Así, sostiene que las comunicaciones cursadas entre el profesional en leyes y sus clientes se encontrarán protegidas por el secreto profesional siempre que se efectúen en interés y a efectos del derecho de defensa del cliente en el marco de un procedimiento de competencia y que emanen de abogados independientes.

En su mesa de discusión sobre el tratamiento del privilegio legal en procedimientos de libre competencia, la OCDE (2019) señala que la aplicación del secreto profesional difiere según el objeto del asesoramiento que brinde el

abogado, ya que solo estará protegido la información relacionada a un asesoramiento jurídico y no asesoramientos empresariales, incluso cuando estos provengan de un abogado. (p.3)

Por otro lado, en Alemania se tiene el enfoque de que únicamente estará privilegiada por el secreto profesional cliente-abogado aquella información que se da ya iniciado un proceso o procedimiento contra el cliente. En ese sentido, la información intercambiada antes del procedimiento o proceso respectivo no tiene alguna prohibición de embargo, incluso si esta se relaciona al objeto del procedimiento. Asimismo, en Alemania no resulta aplicable el secreto profesional si el abogado se encuentra como sospecho de haber participado en el acto ilegal (Ballo et al., 2019, p. 83 y 84)

Finalmente, en España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como agencia de competencia publicó en el año 2020 su Guía sobre el Tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007 (2007).

En el referido documento, la agencia de española mantiene la concepción de la aplicación del secreto profesional de manera restrictiva, según lo regulado por la Unión Europea y otras agencias de competencia, y destaca que este solo es aplicable cuando el abogado es un asesor jurídico externo y está relacionado con su cliente por asistirlo en su defensa jurídica.

Ahora bien, respecto a jurisprudencia resaltante internacional, un caso europeo ECLI:EU:C:2010:512 (2010) proporciona una perspectiva esclarecedora sobre el tratamiento del secreto profesional cliente-abogado en el contexto de autoridades de competencia. El caso involucra a la empresa Akzo Nobel Chemicals Ltd y su resistencia a divulgar ciertos documentos durante una investigación de prácticas anticompetitivas.

En este caso, la empresa invoca el privilegio de confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, destacando la importancia de proteger la confidencialidad en el asesoramiento legal. La Comisión deniega la

solicitud, y se desencadena un proceso legal que llega al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El tribunal aborda la cuestión fundamental de la independencia del abogado interno y destaca que su posición como empleado asalariado puede comprometer su capacidad para actuar con completa independencia. Este análisis proporciona una visión detallada de los desafíos asociados con el secreto profesional cuando se trata de abogados internos vinculados laboralmente a una empresa.

Asimismo, es de destacar que en este caso el Tribunal Europeo, además de precisar que el privilegio cliente-abogado solo será aplicable si la comunicación se da en el ejercicio del derecho de defensa del cliente y esta asesoría proviene de un abogado independiente, destaca lo establecido en otro caso STJCE 18 Mayo 1982, AM&S Limited (1982) el cual indica que la independencia del abogado está relacionado a su función como colaborador de justicia que debe actuar en el interés de esta (Suderow, 2011).

Como se evidencia en la jurisprudencia europea, subraya la importancia de considerar cuidadosamente la independencia profesional al tratar el secreto profesional cliente-abogado en casos de competencia. La relación laboral de un abogado interno y su conexión con los objetivos comerciales de la empresa plantean desafíos para garantizar la plena protección del secreto profesional y el deber u obligación del profesional leyes con la justicia.

Otro criterio interesante encontrado en la jurisprudencia internacional es el caso Expe. S/0086/08. Peluquería Profesional (2008) resuelto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (antes Comisión Nacional de Competencia) en el que destacó que el secreto profesional cliente-abogado no es un derecho fundamental autónomo, sino que el mismo es parte del derecho de defensa, por lo que para su vulneración se debe haber colocado en una situación de indefensión al interesado.

Lo mencionado en los párrafos anteriores será tomado en consideración en el acápite o sección 5.3. del presente documento, en el cual se hará mención de los requisitos o características que deben verificarse en una comunicación para que este protegido por el secreto profesional cliente-abogado en el marco de una investigación por presunta infracción a las normas de libre competencia.

5.2. Regulación actual en la norma de competencia peruana

Actualmente, la LRCA no contiene ningún acápite que regule o que por lo menos haga mención de cómo debe actuar la autoridad de competencia cuando en el desarrollo de sus visitas de inspectoras se encuentre frente a comunicaciones cursadas entre el agente investigado y su abogado.

No obstante, los Lineamientos de Visitas de Inspección aprobados por la CLC, hacen mención expresa de que ante la labor inspectora de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, al momento en que esta se dispone a recoger información del agente investigado, este último tiene la facultad de indicar a la autoridad e identificar qué información resulta ajena a la investigación por tratarse de información personal no comercial o por, entre otros motivos, estar protegida por el secreto profesional.

Seguidamente, en los referidos lineamientos, se enfatiza acertadamente que, a fin de evitar crear incentivos perversos para que los agentes investigados obstaculicen u oculten información relevante para la diligencia haciendo un uso indiscriminado de la identificación de información como impertinente, los inspectores podrán verificar de forma aleatoria el contenido de dicha información para confirmar si efectivamente es información personal o impertinente para la investigación.

Lo mencionado en el párrafo anterior guarda relación con el hecho de que efectivamente existe la posibilidad que los agentes investigados utilicen el secreto profesional sin sustento alguno. En ese sentido, el hecho de que estos seleccionen una comunicación como privilegiada no garantizaría por si misma que realmente lo fuese, siendo necesario que la autoridad verifique

someramente dicha información y confirme si debe ser o no privilegiada con el secreto profesional. Esto último, incluso es reconocido como práctica común por las agencias de competencia europeas, por ejemplo, España (Expt. R/0004/08, CP España, 2008).

Ahora bien, en el referido documento también se identifica la situación en la cual, a pesar de los resguardos antes señalados, la autoridad de competencia pueda llegar a obtener información que resulta impertinente para la investigación ya sea en fondo o forma. Ello no significará de modo alguno que se hayan vulnerado los derechos del investigado, en tanto este podrá solicitar la reserva genérica de toda la información recopilada por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia e incluso, con posterioridad a la inspección, el administrado también podrá solicitar la destrucción o devolución de toda la información que considere no es pertinente.

Lo mencionado en el párrafo anterior coincide con lo señalado en la mesa de trabajo de la OCDE (2019), antes citada, en la cual menciona que las agencias de competencia tienen directrices para ignorar, destruir o devolver aquella información privilegiada por el secreto profesional que por error fue utilizado o divulgado e incluso aquellas decisiones de la autoridad que se basen en dichas pruebas pueden ser apelables y se declaradas nulas.(p.3)

En ese sentido, si bien tal como ha sido señalado por algunos estudios de abogados peruanos no existe una regulación expresa en la LRCA sobre la aplicación del secreto profesional en las visitas inspectoras realizadas por la autoridad de competencia, ni mucho menos jurisprudencia que de contenido a su aplicación, como por ejemplo esquematice cuáles son los requisitos que deben concurrir en la información para que se trata como secreto profesional, es pertinente destacar que los Lineamientos de visitas de Inspección han dejado por sentado que cuando una información es impertinente para la investigación, ya sea por fondo (contenido) o forma (porque violenta otros derechos del administrado), este no deberá ser utilizado (Judkiewicz, 2019).

Sin embargo, la interrogante por excelencia, que es materia de estudio de la presente tesis, es cuándo la información que se recoge en una visita por la autoridad de competencia es pasiva de ser tratada como secreto profesional y más aún, si las comunicaciones que reflejan el indicio de una práctica anticompetitiva están amparadas por el secreto profesional.

En los siguientes acápites, considerando lo desarrollado íntegramente en los acápites anteriores, se desarrollará lo que a criterio de este autor, son las características que deben concurrir en una comunicación para que sea atendida como parte del secreto profesional por la autoridad de competencia y finalmente se dará respuesta a la interrogante principal de esta tesis.

5.3 Características que deben concurrir en una comunicación para estar protegida por el secreto profesional cliente-abogado

El análisis detallado de las características que deben concurrir en una comunicación para estar protegida por el secreto profesional cliente-abogado resalta la complejidad y vital importancia del trabajo que se ha investigado en el presente documento.

Así, en los siguientes párrafos, considerando lo desarrollado en el acápite 4.1.3. y la sección 5.1. del presente documento, se mencionarán cuáles son las características o consideraciones que a criterio de este autor son las que deben concurrir en una comunicación que se pretenda sea tratada con el secreto profesional cliente-abogado

Como **primer elemento** crucial que se debe verificar en una comunicación que ha sido seleccionada o se pretende seleccionar como privilegiada por el secreto profesional cliente-abogado es la finalidad legal de la comunicación en el ejercicio de la profesión como tal. Debe estar intrínsecamente relacionada con la asesoría legal o la representación legal del cliente, marcando límites claros para garantizar que el privilegio del secreto profesional se aplique únicamente a discusiones y comunicaciones pertinentes a cuestiones legales específicas y no a otros temas empresariales.

Lo mencionado en el párrafo anterior con relación al ejercicio de la profesión legal permite discernir tres puntos clave:

El primero es que efectivamente cuando hablamos del ejercicio profesional, nos referimos a que entre el cliente y el abogado haya una relación de servicio profesional, es decir el primero solicita y contrata un servicio en específico al último. Así, no se trataría de una consulta particular o abierta.

Como siguiente punto es el hecho de que una asesoría legal, como bien su nombre menciona, debe ser LEGAL. Me explico, no se podría considerar como una asesoría legal o un servicio parte de la profesión de leyes, si el consejo o servicio que brinda el abogado es para que el cliente cometa, gestione o planifique la configuración de actos ILEGALES.

Como un último punto respecto al ejercicio profesional de leyes, se debe considerar que solo estarán protegidas aquellas comunicaciones que sean intercambiadas en el marco de un asesoramiento jurídico y no asesoramientos empresariales, ya que esto último puede ser brindado por una persona distinta a la de un abogado.

Como **segundo elemento o característica** considero que las comunicaciones intercambiadas por un cliente y su abogado solo estarán privilegiadas si este último es realmente un abogado titulado y no por el simple hecho de que brinde una asesoría jurídica. Me explico, como hemos visto anteriormente, el abogado, ya sea desde la óptica de abogado patrocinante o simplemente como un abogado asociado al CAL, es una persona que ha culminado exitosamente sus estudios en una institución universitaria, habiendo adquirido correctamente valores éticos, es decir la capacidad de discernir entre lo legal o ilegal, y además conocimiento para dar el mejor y correcto consejo legal a su cliente.

En ese sentido, el simple hecho de que una persona brinde una asesoría legal y pueda ser contratado bajo el título de abogado o que brinde servicios legales, no lo hace por defecto un abogado como tal y por ende no significa que sus comunicaciones se encuentren privilegiadas bajo el secreto profesional.

Asimismo, con relación al enfoque que tienen las agencias de competencias europeas respecto a que solo se encuentran protegidas las comunicaciones del abogado externo y no de los abogados *in house*, no considero que este criterio deba ser aplicable en el caso peruano.

Lo mencionado en el párrafo anterior tiene su justificación en tanto actualmente no existe una norma, directriz u otro instrumento idóneo que categorice a los abogados por la forma en que son contratados por sus clientes, esto es, contratados como elementos de su empresa o como asesores externos.

De igual manera, es de destacar que si solo se protegiesen las comunicaciones con los abogados externos, se crearía un desincentivo para las empresas en contratar abogados internos o “*in house*”, quienes cumplen un papel vital en el correcto desenvolvimiento de las empresas en sus actividades económicas, ya que al ser parte del mismo agente económico conocen mejor su procesos o procedimiento y desde allí pueden dar un mejor consejo legal.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, es preciso recordar que solo estarán protegidas las asesorías legales y no otros temas empresariales, por lo que si un abogado interno o *in house* brinda una asesoría sobre como realizar, planificar o gestionar una estrategia comercial, esto escapa de una asesoría legal como tal y no estaría cubierta por el secreto profesional cliente-abogado.

Como **tercer elemento o característica** crucial que debe tener una comunicación para que se encuentre protegida por el secreto profesional es, como bien su nombre lo indica, que debe ser de conocimiento reservado por el cliente y no de conocimiento público o de otros terceros distintos al cliente.

Si bien lo mencionado puede parecer lógico, es preciso mencionarlo en tanto pueden existir situaciones que su análisis se torne complejo.

Por ejemplo, imaginemos que en una cadena de correos electrónicos que de un total de cuatro (4) mensajes, los tres (3) primeros mensajes son

intercambiados únicamente entre el cliente y su abogado, siendo ellos los únicos que aparecen como destinatarios o emisores; sin embargo, en el último correo se pone en copia o aparece como participante un tercero distinto al cliente.

En ese caso, no toda la comunicación estaría protegida por el secreto profesional. Así, solo los 3 primeros mensajes estarían protegidos y la última comunicación no estaría amparada por el secreto profesional, ya que al participar un tercero en la comunicación esta deja de ser confidencial, pues este podría difundir dicha información.

Por otro lado, otra situación que podría ser compleja es cuando el cliente es una empresa y no una persona en específico. Al respecto, este autor es de la idea que en dichos casos se entendería como cliente a todos los trabajadores de la empresa, ya que estos son parte integral de la misma.

El hecho de poder considerar que un trabajador, distinto a lo directores, gerentes o jefes de una empresa, debe ser calificado como un tercero que puede divulgar la información y por ende no estar cubierto por el secreto profesional, es totalmente contradictorio a lo que actualmente como buena práctica empresarial muchos agentes realizan, esto es, la firma o acuerdos de confidencialidad suscrito por cada uno de sus colaboradores.

Lo desarrollado en este punto permite evidenciar que el secreto profesional no es absoluto y que para su configuración se deben tener en consideración los tres (3) elementos antes indicados que garantizan la ponderación adecuada de los principios legales involucrados.

5.4 El secreto profesional no resulta aplicable en las comunicaciones que reflejan indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas

En base a lo señalado en los acápites anterior, una afirmación que debe quedar firme en el presente trabajo es que efectivamente el secreto profesional no es un privilegio o derecho absoluto. Más aún, a fin de evitar un incentivo para cubrir actos infractores o ilegales, su sola invocación en el marco de una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia,

no significa que la comunicación deba ser tratada como privilegiada, siendo necesario que la autoridad de competencia haga una verificación general o superficial de la comunicación y confirmar que efectivamente se encuentra amparada por el secreto profesional.

Ahora bien, en caso de que en dicha verificación se advierta que la comunicación cursada entre el cliente y su abogado refleja un indicio del planeamiento, realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas, esta no se encontrará privilegiada por el secreto profesional cliente abogado por los siguientes fundamentos:

Primero, y aunque la comunicación solo revele un indicio de la práctica anticompetitiva, es decir, aún no existe certeza de que se haya infringido las normas de libre competencia, lo cierto es que dicha comunicación es de suma importancia para el análisis y evaluación que realizará la agencia de competencia a fin de esclarecer si efectivamente se configuró una infracción.

El hecho de impedir que la agencia de competencia pueda utilizar y/o analizar dicha información, pondría en jaque todo el sistema de protección de las normas de competencia, ya que la autoridad se encontraría vedada en su función de recolectar pruebas como ente fiscalizador.

Segundo, el hecho de prohibir que la agencia de competencia pueda utilizar las comunicaciones cursadas entre el cliente y su abogado que reflejen indicios de una práctica anticompetitiva, generaría un incentivo perverso en las empresas o agentes económicos.

Así, los clientes o solicitantes de un servicio o asesoría jurídica, bajo la idea de que las comunicaciones con su abogado estarán protegidas, incluso cuando reflejen la configuración de un posible acto ilegal, encontrarán al secreto profesional como una herramienta para poder cubrir sus planificaciones o ejecuciones de prácticas ilegales, en este caso, actos anticompetitivos.

Tercero, el secreto profesional cliente-abogado únicamente protege aquellas asesorías o servicios LEGALES, esto es, solo estarán cubiertas aquellas comunicaciones que se hayan intercambiado en el marco de una correcta función del abogado como defensor de las normas y de la justicia y no cuando estas reflejan indicios de prácticas ILEGALES, como lo es la ejecución, planificación o gestión de prácticas anticompetitivas.

Asimismo, considerando que el indicio de una práctica anticompetitiva es más el reflejo una actividad comercial (estrategia o decisiones comerciales) o empresarial, esta no se encontraría cubierta por el secreto profesional cliente abogado que solo cubre asesorías jurídicas y no comerciales.

En ese sentido, el análisis específico sobre la inaplicabilidad del secreto profesional en las comunicaciones que reflejan indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas destaca la intersección entre el secreto profesional y la preservación de la competencia en los mercados, concluyendo, a criterio de este autor, que estas comunicaciones no estarían cubiertas por el referido privilegio

En este contexto, el secreto profesional cede ante el interés público, al correcto ejercicio de la profesión legal y la protección de la libre competencia. La revelación de prácticas anticompetitivas puede tener consecuencias significativas para la economía y los consumidores, justificando así la no aplicación del secreto profesional cuando las comunicaciones reflejen indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas .

La no aplicación a las comunicaciones que reflejen indicios de prácticas anticompetitivas no solo sirve como un mecanismo de control, sino que también actúa como un medio para prevenir la impunidad en casos de prácticas anticompetitivas. Al permitir la revelación de información relacionada con estas prácticas, se facilita la acción de las autoridades de competencia para investigar y tomar medidas correctivas necesarias.

En última instancia, mientras que el secreto profesional es un principio fundamental en el ámbito legal, su inaplicabilidad en situaciones de prácticas anticompetitivas resalta la importancia de enfocar correctamente lo que el privilegio del secreto profesional significa, esto es, la protección del derecho de defensa del cliente, la provisión de una asesoría jurídica enmarcada en el respeto a las leyes y el valor de la justicia y un correcto desenvolvimiento del sistema de protección de las normas de libre competencia.

CUARTA PARTE: CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERO: Se pudo concluir que no están amparadas por el secreto profesional las comunicaciones intercambiadas entre el cliente y su abogado que evidencien indicios de planificación, realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas durante una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia. Esta conclusión se fundamenta en que lo contrario: (i) obstaculizaría la capacidad de la agencia de competencia para recopilar pruebas que permitan determinar la existencia de una práctica anticompetitiva, (ii) crearía un incentivo inadecuado para que los agentes económicos utilicen la confidencialidad entre cliente y abogado como herramienta para encubrir la configuración de prácticas anticompetitivas y (iii) implicaría que el abogado abandonara su función como asesor legal para asumir responsabilidades como asesor empresarial o comercial.

SEGUNDO: se pudo concluir que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 1034 establece que el Indecopi, en su calidad de agencia de competencia, tiene la facultad de llevar a cabo investigaciones preliminares. Dentro de estas investigaciones, el Indecopi cuenta con diversas atribuciones, tales como la capacidad para exigir a los investigados la entrega de todo tipo de documentos e información, realizar entrevistas a los trabajadores de la empresa bajo investigación, llevar a cabo inspecciones sin previo aviso y solicitar la suspensión del secreto de las comunicaciones.

Adicionalmente, como parte de sus funciones, el Indecopi ha elaborado y difundido los Lineamientos de Visita de Inspección, que detallan el procedimiento paso a paso sobre cómo deben llevarse a cabo las fiscalizaciones realizadas por la DLC. Además, se mencionan los derechos que tienen los agentes investigados durante este proceso.

TERCERO: De igual manera, se pudo concluir que la regulación sobre el secreto profesional es bastante limitada. En nuestra Constitución, solo se menciona como un derecho que toda persona posee, sin proporcionar detalles adicionales sobre el fundamento de dicho privilegio. Esta carencia de desarrollo en cuanto al contenido de este derecho o privilegio ha sido abordada parcialmente por el

Tribunal Constitucional al resolver casos como el EXP. N° 7811-2005-PA/TC en el año 2005.

Asimismo, este derecho se menciona en otras disposiciones normativas, como el Código Penal, el Código Procesal Civil y Penal, y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En el contexto específico del secreto profesional entre cliente y abogado, se observa que la Ley Orgánica del Poder Judicial lo menciona como uno de los deberes que todo abogado patrocinante debe cumplir. Además, aunque no tiene carácter de norma vinculante y solo es aplicable a sus miembros, el Colegio de Abogados de Lima ha establecido en su Código de Ética ciertas directrices para la aplicación del secreto profesional, incluso delineando situaciones en las que dicho privilegio no resulta aplicable. Por último, se verificó la existencia de marcos normativos que excluyen la aplicación del secreto profesional entre cliente y abogado, como en el caso de la normativa relacionada con la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

CUARTO: se pudo concluir que aplicar el secreto profesional entre cliente y abogado en el ámbito de la libre competencia de manera indiscriminada, es decir, simplemente por la mención de este derecho por parte del administrado, podría dar lugar a que las prácticas anticompetitivas perjudiciales para la sociedad no puedan ser detectadas ni sancionadas. Por lo tanto, resulta imperativo que la autoridad de libre competencia pueda realizar una verificación preliminar para determinar, aunque sea de manera superficial, si la comunicación refleja indicios de una posible actuación anticompetitiva. En caso de que no revele indicio alguno sobre una conducta anticompetitiva, se considerará como privilegiada; de lo contrario, no lo será.

QUINTO: se ha podido determinar que las comunicaciones amparadas por el secreto profesional entre cliente y abogado, en el contexto de una investigación llevada a cabo por la autoridad de competencia, se refieren específicamente a aquellas que surgen en el marco de una relación destinada a obtener asesoría LEGAL. Es crucial destacar que esta protección no abarca aquellas comunicaciones que implican la sugerencia o apoyo en la ejecución de prácticas

contrarias al ordenamiento jurídico. Este enfoque busca asegurar que el privilegio del secreto profesional se aplique de manera acorde con su finalidad principal: resguardar la confidencialidad de las consultas y asesorías legales brindadas por el abogado a su cliente, sin permitir que se utilice como escudo para encubrir actividades ilegales o anticompetitivas.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda promover la transparencia y colaboración entre abogados y autoridades, fomentando un diálogo constructivo que permita la revelación de información crucial para preservar la integridad del sistema competitivo. Además, se aconseja la revisión y actualización periódica del marco normativo para adaptarse a las dinámicas cambiantes del entorno empresarial y legal. Este enfoque garantizará la justicia, la transparencia y la preservación de la competencia en beneficio de la sociedad en su conjunto

SEGUNDA: Se recomienda mantener y fortalecer el marco normativo existente que rige las facultades de inspección y fiscalización del INDECOPI como autoridad de libre competencia. Es fundamental garantizar la claridad y efectividad de las normas que otorgan a la autoridad las herramientas necesarias para abordar conductas anticompetitivas, sobre todo cuando éstas pueden dar la apariencia de restringir determinados derechos, como el secreto profesional. Asimismo, se sugiere continuar promoviendo la transparencia y la rendición de cuentas en el ejercicio de estas facultades, asegurando que se respeten los derechos fundamentales y legítimos de todas las partes involucradas en las investigaciones. La revisión periódica y la actualización del marco normativo también son esenciales para adaptarse a las dinámicas cambiantes del entorno empresarial y legal, garantizando así la eficacia y la legitimidad de las acciones emprendidas por el INDECOPI en su rol de autoridad de libre competencia.

TERCERA: Se recomienda reforzar la divulgación y la comprensión de las condiciones bajo las cuales se debe aplicar el secreto profesional cliente-abogado, especialmente en situaciones que involucren la prevención en la comisión de prácticas ilegales. La claridad en las normas y estándares éticos profesionales es esencial para garantizar que tanto los abogados como sus clientes estén plenamente informados sobre los límites del secreto profesional. Además, se sugiere promover la formación continua y la conciencia entre los profesionales legales sobre estas disposiciones, fomentando la ética y la responsabilidad en el ejercicio de la abogacía.

CUARTO: Se recomienda desarrollar protocolos claros que establezcan un equilibrio adecuado entre la protección del secreto profesional y la eficacia de las investigaciones anticompetitivas. Estos protocolos deben considerar cuidadosamente el alcance del privilegio abogado-cliente y definir procedimientos transparentes para que las autoridades de competencia, como el INDECOPI, puedan acceder a la información necesaria sin comprometer indebidamente la confidencialidad; así como también garantizar el derecho de los administrados a solicitar a aplicación del secreto profesional cuando lo amerite.

QUINTA: Se recomienda realizar un análisis detallado de la naturaleza y el propósito de las comunicaciones entre cliente y abogado en el marco de una investigación de competencia. Es esencial discernir cuidadosamente los supuestos en los cuales la protección del secreto profesional aplica, como aquellas comunicaciones relacionadas directamente con la asesoría legal en el contexto de la relación profesional. La autoridad de competencia debe respetar el secreto profesional en estos casos y buscar alternativas para obtener la información necesaria sin comprometer los derechos del administrado. Sin embargo, se sugiere considerar la posibilidad de que la protección del secreto profesional no aplique en situaciones donde la comunicación podría tener como objetivo planificar, ejecutar o encubrir prácticas anticompetitivas. En tales circunstancias, la autoridad de competencia podría justificadamente acceder a la información para preservar la competencia leal en el mercado, más aún considerando que dichas comunicaciones no estarían cubiertas por el secreto profesional. Este enfoque permitiría un equilibrio que respeta la confidencialidad mientras garantiza la efectividad de las medidas contra prácticas anticompetitivas.

REFERENCIAS Y MATERIAL BIBLIOGRÁFICO

- Azerrad, M. (2007). *Ética y secreto profesional del abogado* (Cathedra Jurídica (ed.)). <https://www.marcialpons.es/libros/etica-y-secreto-profesional-del-abogado/9789871419012/>
- Acuerdo N° CFCE-215-2019, (2019). <https://www.cofece.mx/acuerdo-dof-30septiembre2019-01/>
- Ballo, E., Gädtke, T., Roth, F., & Schoop, C. (2019). Legal privilege global guide. *FULL HANDBOOK*.
- CMA. (2021). *Orientación sobre los procedimientos de investigación de la CMA en casos relacionados con la Ley de Competencia de 1998: CMA8*. <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases#preface>
- Coca, I. (2013). El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? *Indret*.
- Código de Ética del Abogado, (2012). https://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf
- Dávila, R. (2018). Mercado y conductas anticompetitivas. *Ius et Praxis*, 48, 117–137. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4502>
- Decreto Legislativo 1106, (2012). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contr-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>
- Decreto Legislativo N° 1034, (2008). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/217892-3>
- Decreto Legislativo N° 1249, (2016). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1458017-1>
- Decreto Legislativo N° 1372, (2018). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1676524-5>
- Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, (2019). <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761153/Decreto+Supremo+N°030-2019-PCM.pdf/e9353f55-da6d-7b49-c400-6d997d6ee7c9>
- Decreto Legislativo 1205, (2015). <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/2066164-1205>

Decreto Legislativo N.° 1396, (2018).

<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/2066187-1396>
documento (2011/C 308/06), (2011). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2011:308:FULL&from=EL>
OCDE, (2019).

Expediente R/0009/08, (2008). <https://www.cnmc.es/expedientes/r000908>

Expediente R/AJ/021/16, (2016). <https://www.cnmc.es/expedientes/raj02116>

Código Penal, (2023). <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

Expt. R/0004/08, CP España, (2008).

https://www.cnmc.es/sites/default/files/73043_19.pdf

Expe. S/0086/08. Peluquería Profesional, (2008).

[https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Documento AE-01_16\(0428\).2.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Documento AE-01_16(0428).2.pdf)

EXP. No. 0008-2003-AI/TC, 33, 37 y 50, (2003).

EXP. N.° 2192-2004-AA /TC, (2004).

EXP N° 2235-2004-AA/TC, (2004).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>

EXP. N°. 4408-2005-PA/TC, (2005).

EXP. N° 7811-2005-PA/TC, (2005).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07811-2005-AA.pdf>

EXP N° 1963-2006-PA, (2006). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.pdf>

EXP N° 04466-2007-PA/TC, (2007).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04466-2007-AA.pdf>

EXP N° 04466-2007-PA/TC, (2007).

EXP. 1405-2010-PA/TC, (2010).

EXP. N.° 03116-2009-PA/TC, (2009).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03116-2009-AA.html>

EXP. N°. 3479-2011-PA/TC., (2011).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03479-2011-AA.html>

ECLI:EU:C:2010:512, (2010).

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-550/07>

El Peruano. (2020a). *Publican lineamientos para visitas de inspección orientadas a detectar conductas anticompetitivas.*

- <https://elperuano.pe/noticia/100563-publican-lineamientos-para-visitas-de-inspeccion-orientadas-a-detectar-conductas-anticompetitivas>
- Gamarra Ronald, U. R. G. (2011). *Secreto profesional: Análisis y perspectiva desde la medicina, el periodismo y el derecho*.
- <https://promsex.org/publicaciones/secreto-profesional-analisis-y-perspectiva-desde-la-medicina-el-periodismo-y-el-derecho/>
- INDECOPI. (2020). *Liniamientos de visitas de inspeccion*.
- <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4891085/Lineamientos+de+Visitas+de+Inspección/>
- Judkiewicz, M. (2019). *Todo lo que diga ¿será utilizado en su contra?: el privilegio abogado – cliente en materia de Competencia*. Bullard Falla Ezcurra.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes. *Derecho PUCP*, 69, 169–199.
- <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.009>
- Ley 15/2007, (2007).
- Ley Orgánica del Poder Judicial Art. 288, (1993).
- <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a6d71b8044baf16bb657ff1252eb7eb2/TEXTO+UNICO+ORDENADO+DE+LA+LEY+ORGANICA+DEL+PODER+JUDICIAL.pdf?MOD=AJPERES>
- Lopez, S. (2017). *La actuación preliminar de la Administración Pública en materia de infracciones a la libre competencia en el ordenamiento peruano* [Tesis de Pregrado, Universidad de Piura].
- https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UDEP_00eff56bd85996c1588b4a99e053e255
- Luyo, C. (2013). *Privileged Information in Dawn Raids*. 9.
- Maraví, M. (2020). La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del marco legal del OSITRAN. *Forseti: Revista de Derecho*, 8(11), 84–107. <https://doi.org/10.21678/forseti.v8i11.1258>
- Medina, R. (2019). *Decir lo indecible : el deber del secreto profesional derivado de la relación abogado-cliente versus la obligación de revelación de información en la observancia de políticas de compliance en un estudio de abogados Peruano*. Tesis de Posgrado, Pontifica Universidad Catolica del

Peru.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía Práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización – Guía para asesores jurídicos del Estado*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1461895-guia-practica-sobre-la-actividad-administrativa-de-fiscalizacion-guia-para-asesores-juridicos-del-estado>
- Miranda, P. (2020). *El secreto profesional en el ámbito de las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia* [Tesis de Pregrado, Universidad Javeriana].
<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/51015>
- Molina, A. (2001). Los Principios del Procedimiento Administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General: fundamentos, alcances e importancia. *Derecho & Sociedad*, 17.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16890>
- Montoro, D. (2022). *En busca de una mejora del régimen de procedimiento sancionatorio de conductas anticompetitivas en el Perú: estudio de propuestas para alcanzar los objetivos perseguidos por la libre competencia* [Tesis de Pregrado, Universidad Católica de Perú].
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/25395/MONTORO_RODRIGUEZ_DANIELA_ALEXANDRA%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Moron, J. (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativo*.
<https://iuslatin.pe/comentarios-a-la-ley-del-procedimiento-administrativo-general-tomo-ii/>
- Morón, J. (2020a). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, 54.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22404>
- Morón, J. (2020b). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, 54.
- OECD. (2018). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. *Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings*, 3.

- [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)5/en/pdf)
- Reglamento de la Ley 30424, (2019).
- <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1729768-3>
- Rodríguez, V. (2021). Principio constitucional de la libre competencia. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(44), 257. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16165>
- Salinas, R. (2015). *Derecho penal parte especial*.
- Sánchez, L. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *IUS ET VERITAS*, 60, 38–64. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.002>
- Suderow, J. (2011). *Nota sobre la sentencia del TJCE AKZO NOBEL Y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes*.
- Resolución SBS N° 789-2018, (2018).
- Tassano, H. (2016). Competencia y regulación. *Derecho PUCP*, 76, 105–121. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.004>
- Tirado, J. (2011a). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, 37. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>
- Tirado, J. (2011b). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, 37.
- STJCE 18 mayo 1982, AM&S Limited, (1982).
- Vergara, A. (2020). Revista de Derecho Administrativo Económico. *ReDae*. <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/issue/view/1193/307>
- Zegarra, D. (2016a). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. *Revista de Derecho*, 69. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16755>
- Zegarra, D. (2016b). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. *Revista de Derecho*, 69.

ANEXO 1 - Matriz de consistencia

Titulo		
“LA APLICACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL CLIENTE - ABOGADO EN LAS COMUNICACIONES RECOGIDAS EN LAS VISITAS DE INSPECCIÓN REALIZADAS POR EL INDECOPI COMO AUTORIDAD DE LIBRE COMPETENCIA”		
Problema general	Objetivo general	Hipótesis principal
¿Se encuentran protegidas bajo el secreto profesional las comunicaciones cursadas entre el cliente y su abogado que reflejen un indicio del planeamiento realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas, en el marco de una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia?	Determinar si se encuentran protegidas bajo el secreto profesional las comunicaciones cursadas entre el cliente y su abogado que reflejen un indicio del planeamiento, realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas, en el marco de una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia.	No se encuentran protegidas bajo el secreto profesional las comunicaciones cursadas entre el cliente y su abogado que reflejen un indicio del planeamiento realización y/o ejecución de prácticas anticompetitivas, en el marco de una visita de inspección realizada por el INDECOPI como autoridad de libre competencia
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específica
a) ¿Cuál es el marco normativo que rige las facultades de inspección o fiscalización del INDECOPI como autoridad de libre competencia?	a) Identificar el marco normativo respecto a las facultades de inspección o fiscalización del INDECOPI como autoridad de libre competencia. b) Identificar las normas y principios que regulan el alcance del secreto profesional cliente-abogado.	a) El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 1034 establece que el Indecopi como agencia de competencia puede, entre otros, realizar investigaciones preliminares. Asimismo, el Indecopi como parte de sus funciones ha publicado y difundido los Lineamientos de Visita de Inspección que marca la pauta y el detalle del paso

b) ¿Cuáles son las normas y principios que regulan el alcance del secreto profesional cliente-abogado? c) ¿Cuáles son las posibles contingencias que surgen en la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en materia de libre competencia? d) ¿Como una comunicación (o extracto de ella) estaría o no protegida bajo el secreto profesional cliente-abogado durante una investigación realizada por la autoridad de competencia?	c) Identificar las posibles contingencias que se presentan en la aplicación del secreto profesional cliente-abogado en materia de libre competencia. d) Determinar los supuestos en los que una determinada comunicación (o extracto de ella) se encontraría o no amparada bajo el secreto profesional cliente-abogado, en una investigación realizada por la autoridad de competencia mediante su entidad competente	a paso sobre cómo se deben llevar a cabo la fiscalización que realiza la DLC, así como también se mencionan los derecho que tienen los agentes investigados. b) La regulación sobre el secreto profesional es bastante escasa. En nuestra constitución es únicamente mencionada como un derecho que toda persona tiene sin dar un mayor detalle sobre el fondo del referido privilegio. En específico sobre el secreto profesional cliente-abogado, se encontró que, a manera de mención, la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a ella como uno de los deberes que todo abogado patrocinante debe cumplir. Asimismo, si bien no es una norma con fuerza vinculante y solo es aplicable para sus agremiados, el Colegio de Abogados de Lima ha establecido en su Código de Ética determinadas directrices para la aplicación del secreto profesional c) El hecho de que se aplique el secreto profesional cliente-abogado en materia de libre competencia de manera indiscriminada, es decir, por la sola mención de este derecho por parte del administrado, podría generar que las prácticas anticompetitivas que son nocivas para la sociedad no sean posible de ser detectadas y sancionadas.
---	---	--

		d) Las comunicaciones que se encuentran privilegiadas por el secreto profesional cliente-abogado en una investigación realizada por la autoridad de competencia son aquellas que se dan el marco de una relación entre cliente-abogado a efectos de que el primero preste una asesoría LEGAL y no la sugerencia o apoyo en la realización de prácticas contrarias al ordenamiento jurídico.
--	--	--