

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO
DENUNCIADO : GAZEL PERÚ S.A.C.¹
MATERIA : INCUMPLIMIENTO DE REQUERIMIENTO DE
INFORMACIÓN
ACTIVIDAD : VENTA AL POR MENOR DE COMBUSTIBLES PARA
VEHÍCULOS AUTOMOTORES EN COMERCIOS
ESPECIALIZADOS

SUMILLA: se **CONFIRMA**, bajo otros fundamentos, la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2013 en el extremo que halló responsable a Gazel Perú S.A.C. por infringir el artículo 5 del Decreto Legislativo 807, al haber incumplido injustificadamente el requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI del 3 de octubre de 2012, presentada en la visita inspectiva de la misma fecha.

La razón es que esta Sala ha corroborado que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia requirió a la empresa imputada “exhibir y proporcionar” copia de los correos electrónicos relacionados a la comercialización de gas natural, conforme a las facultades previstas en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Pese a ello, Gazel Perú S.A.C. no cumplió con el requerimiento antes mencionado ni presentó en el presente procedimiento alguna justificación válida que la haya habilitado a no exhibir y proporcionar copia de la información solicitada en el desarrollo de la visita inspectiva conducida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Con relación a los argumentos de la empresa referidos a que el requerimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión vulneraría el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución Política del Perú, esta Sala precisa que: (i) Conforme al artículo 138 de nuestra carta magna y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04293-2012-PA/TC, las entidades administrativas no pueden hacer control difuso; y, (ii) sin perjuicio de ello, en el presente caso, el requerimiento no implicó una irrupción o interceptación en las comunicaciones del administrado, por lo que no se ha vulnerado el derecho alegado.

Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2013 en el extremo que impuso a Gazel Perú S.A.C. una multa

¹ Registro Único de Contribuyentes (R.U.C.): 20511995028.

ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, toda vez que, en apelación, la empresa imputada no presentó argumentos que cuestionaran la graduación de la sanción efectuada por la primera instancia.

SANCIÓN: 50 (CINCUENTA) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 17 de agosto de 2017

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de octubre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) efectuó una visita inspectiva en las instalaciones de Gazel Perú S.A.C.² (en lo sucesivo, Gazel), ubicadas en Av Jorge Basadre 350, San Isidro. En dicha oportunidad, a través de la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI de la misma fecha, la Secretaría Técnica de la Comisión le requirió exhibir y proporcionar copia de toda la información relacionada con el mercado de comercialización de gas natural, la cual podría estar contenida en actas, documentos, correos electrónicos, archivos electrónicos, correspondencia externa e interna, entre otros.
2. En el acta de la referida visita inspectiva, Gazel dejó constancia que debido a que la Secretaría Técnica de la Comisión no contaba con un mandato judicial, no autorizó la entrega de comunicaciones privadas o comerciales, pues se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, conforme al inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución)³.
3. Mediante Resolución 001-2013/CLC-INDECOPI del 8 de enero de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento sancionador contra Gazel por la presunta contravención al artículo 5 del Decreto Legislativo 807, en la medida que se habría configurado una negativa injustificada a cumplir el requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI. El órgano de instrucción antes mencionado sustentó su decisión en lo siguiente:
 - (i) De acuerdo al artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Secretaría Técnica de la Comisión se encuentra facultada para exigir la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo la correspondencia comercial. Esta disposición sustentó el requerimiento contenido en la Carta 290-

² Antes denominada Peruana de Gas Natural S.A.C.

³ Cabe indicar que, en dicha oportunidad, Gazel también hizo alusión al derecho al secreto bancario, el cual solo puede ser levantado a pedido del juez, el fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso. Sin embargo, a lo largo del presente procedimiento (tanto en primera como en segunda instancia), dicha empresa únicamente ha cuestionado el respectivo requerimiento de información y justificado el presunto incumplimiento, en base al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Siendo así, este pronunciamiento se centrará en la evaluación de los argumentos esgrimidos por la administrada dentro de este procedimiento.

2012/ST-CLC-INDECOPI.

- (ii) El derecho al secreto de las comunicaciones garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de carácter personal, relacionadas con la vida íntima y el ámbito familiar, de modo que estas se realicen sin injerencias o intromisiones injustificadas de terceros o del Estado.
 - (iii) La libre competencia también es un derecho reconocido constitucional y legalmente, conforme al artículo 61 de la Constitución, al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y al Decreto Legislativo 757.
 - (iv) No existe vulneración al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que el requerimiento antes señalado se realizó respecto de la información vinculada al mercado de comercialización de gas natural y no se solicitó aquella relacionada con la vida íntima o el ámbito familiar de los trabajadores de Gazel.
 - (v) En tal sentido, el referido administrado habría incumplido injustificadamente el requerimiento realizado.
4. El 31 de enero de 2013, Gazel presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
- (i) El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, previsto en el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución, no solo protege la correspondencia íntima o relacionada a la vida familiar. Ello, debido a que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalan que el referido derecho tiene un carácter formal, al tutelar las comunicaciones, independientemente de cuál sea su contenido.
 - (ii) Si bien el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, faculta a la Secretaría Técnica de la Comisión a efectuar requerimientos de información, esta misma disposición en el segundo párrafo del literal c) establece que dicho órgano de instrucción debe obtener una autorización judicial para poder acceder y tomar copia de correspondencia privada (íntima, familiar, comercial o de cualquier otra índole), sea física o electrónica.
 - (iii) Pese a ello, a través de la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión le exigió proporcionar copia de la correspondencia contenida en correos electrónicos, pese a no contar con un mandato judicial.
 - (iv) Esta interpretación del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley

de Represión de Conductas Anticompetitivas se encuentra en línea con lo previsto en el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución, el cual dispone que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados o intervenidos por mandato motivado por el juez, con las garantías previstas en la ley.

5. El 15 de agosto de 2013, los representantes de Gazel expusieron sus argumentos ante la Comisión, en una audiencia de informe oral.
6. Mediante Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2013, la Comisión halló responsable a Gazel por infringir el artículo 5 del Decreto Legislativo 807 y le impuso una multa ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT).
7. La primera instancia sustentó su pronunciamiento en lo siguiente:
 - (i) El segundo párrafo del literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que en caso un administrado no haya proporcionado voluntariamente copia de su correspondencia privada (entendida como aquella relativa a la intimidad personal y familiar), la Secretaría Técnica de la Comisión puede optar por solicitar una autorización judicial para, posteriormente, recabar copia de dicha documentación contenida en archivos físicos o electrónicos.
 - (ii) Mediante la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI no se solicitó información protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (vinculada a la intimidad personal y familiar), sino únicamente correspondencia comercial que estuviera relacionada con el mercado de comercialización de gas natural vehicular. En tal sentido, no era necesario contar con un mandato judicial, conforme al principio de legalidad y a lo previsto en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (iii) Pese a ello, la empresa imputada se negó injustificadamente a cumplir el requerimiento de información contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, por lo que infringió el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.
8. El 23 de septiembre de 2013, Gazel interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI, reiterando sus argumentos y señalando lo siguiente:
 - (i) El artículo 44 de la Constitución enuncia como deber primordial del Estado y, por tanto, de todas las entidades de la Administración

Pública, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

- (ii) La Secretaría Técnica de la Comisión al requerirle exhibir sus correos electrónicos sin mandato judicial, no cumplió con lo previsto de manera expresa en el segundo párrafo del literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Asimismo, a través de esta acción, la Secretaría Técnica ha pretendido vulnerar su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución.
 - (iii) La primera instancia considera que el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece la exigencia de contar con un mandato judicial únicamente sería aplicable cuando se requiera ingresar a correspondencia íntima pero no a aquella de carácter comercial. Sin embargo, esta interpretación implica que los órganos funcionales del Indecopi se encontrarían facultados para intervenir llamadas telefónicas o interceptar correspondencia que verse sobre materias comerciales, las cuales constituyen acciones que, incluso, se encuentran prohibidas por el Código Penal.
 - (iv) El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es autónomo y eminentemente formal. Ello, dado que no se encuentra vinculado necesariamente a otro posible derecho y corresponde a todos los sujetos, incluyendo a las personas jurídicas, sin importar el contenido de la correspondencia. En tal sentido, a diferencia de lo señalado por la Comisión, no resulta necesario que la comunicación se encuentre relacionada a la intimidad personal o familiar para encontrarse protegida por el derecho antes mencionado.
 - (v) El Tribunal Constitucional considera que incluso un empleador que tiene un derecho de propiedad sobre los equipos terminales, servidores y sistemas, se encuentra impedido de acceder a los correos electrónicos de sus trabajadores sin una orden judicial previa.
9. El 4 de marzo de 2014, Gazel adjuntó las Resoluciones 003-2013/ST-CLC-INDECOPI y 20-2013/ST-CLC-INDECOPI del 29 de abril y 23 de agosto de 2013, respectivamente, a través de las cuales la Secretaría Técnica de la Comisión señaló que, debido a la falta de indicios suficientes, no correspondía iniciar un procedimiento administrativo sancionador por prácticas colusorias horizontales en el mercado de gas natural.
10. El 3 de julio de 2014, se realizó una audiencia de informe oral con la participación del Secretario Técnico de la Comisión y los representantes de Gazel. En dicha oportunidad, el imputado reiteró sus argumentos y agregó

que mediante el Informe 021-2005/GEL del 16 de mayo de 2005, la Gerencia Legal del Indecopi señaló que la normativa de esta entidad no facultaba a la Secretaría Técnica de la Comisión a abrir o incautar correos electrónicos en el marco de una visita de inspección, siendo para ello necesario obtener previamente una autorización judicial o, alternativamente, contar con el consentimiento de su emisor o destinatario, cuando menos al momento de la realización de la inspección.

11. El 4 de julio de 2014, Gazel reiteró sus argumentos y adjuntó el Informe 021-2005/GEL del 16 de mayo de 2005.
12. El 17 de septiembre de 2015, Gazel adjuntó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0867-2011/PA-TC, en la cual el máximo intérprete de la Constitución reafirmaría que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones protege las comunicaciones en sí mismas, sin importar su contenido.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

13. En mérito a la apelación presentada por Gazel, corresponde que este Colegiado proceda a:
 - (i) Determinar el alcance e importancia de las facultades del Indecopi, así como las de la Secretaría Técnica de la Comisión para requerir correspondencia, establecidas en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en este contexto, delimitar cuándo dicho órgano instructor requiere contar con una autorización judicial para ejercerlas.
 - (ii) Evaluar si Gazel ha incurrido en la infracción prevista en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807 y, al mismo tiempo, si la Secretaría Técnica de la Comisión ha violado el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del referido administrado.
 - (iii) De ser el caso, si corresponde confirmar la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI en el extremo que impuso a Gazel una multa ascendente a cincuenta (50) UIT.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre las facultades de la Secretaría Técnica de la Comisión para requerir correspondencia

14. El Decreto Legislativo 1033⁴ establece que el Indecopi es un organismo

⁴ DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE M-SDC-02/1A

público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que se encuentra encargado de, entre otras funciones, defender la libre y leal competencia, sancionar las conductas anticompetitivas y desleales, así como procurar que en los mercados exista una competencia efectiva.

15. A fin de materializar la protección del proceso competitivo encargada al Indecopi, el 25 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵, la cual en los artículos 10, 11 y 12 establece la prohibición del abuso de una posición de dominio y de las prácticas colusorias⁶.
16. Asimismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1033⁷ y el artículo 15.1 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de

DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Artículo 1.- Naturaleza del INDECOPI.-

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y rige su funcionamiento de acuerdo con las disposiciones contenidas en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias.

Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa;
 - b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;
- (...).

⁵ Esta norma derogó el Decreto Legislativo 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, el cual también tipificaba el abuso de una posición de dominio y las prácticas colusorias.

6 DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:
(...).

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:
(...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.
(...).

7 DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Artículo 43.- Régimen de las Secretarías Técnicas.-

43.1 Cada una de las Salas y Comisiones a que se refiere la presente Ley, cuenta con una o más Secretarías

Conductas Anticompetitivas⁸, la Secretaría Técnica de la Comisión tiene a su cargo las labores de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, y emitir opinión sobre la existencia de la conducta infractora. Ello, con el objeto que la Comisión, de ser el caso, declare la existencia de una conducta anticompetitiva e imponga sanciones, dicte medidas cautelares, medidas correctivas, entre otras atribuciones⁹.

17. En el desarrollo de estas investigaciones, entre otras facultades, los literales a) y c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁰, otorgan a la Secretaría Técnica de la Comisión

Técnicas a través de las cuales reciben el apoyo de los órganos de administración interna del INDECOPI, con excepción de las Secretarías Técnicas del Área de Propiedad Intelectual que se rigen por lo dispuesto en el numeral 44.3 del Artículo 44 de la presente Ley.

43.2 Cada una de las Secretarías Técnicas a que se refiere el numeral anterior depende funcionalmente de su correspondiente Sala o Comisión y está a cargo de una persona designada por el Consejo Directivo del INDECOPI.
(...).

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

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

⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.-

Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas o promueven una competencia efectiva en los mercados, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

- a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente;
 - b) Dictar medidas cautelares;
 - c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas;
- (...).

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (Texto vigente cuando se realizó la visita inspectiva del 3 de octubre de 2012)**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

(...)

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

- a) **Exigir** a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, **la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo** los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, **la correspondencia interna o externa** y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, en vídeo, disco compacto o cualquier otro tipo de instrumento electrónico.
- c) **Realizar inspecciones, con o sin previa notificación**, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. **En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente** o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias.

las siguientes atribuciones frente a los administrados:

- (i) Exigir la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos.
 - (ii) Realizar inspecciones, con o sin notificación previa.
 - (iii) Copiar, en el acto de inspección, los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como cualquier otro documento que se estime pertinente.
18. Las visitas de inspección sin notificación previa y el acceso inmediato a la documentación (física, magnética, electrónica, así como de cualquier otra índole) que se encuentre en el local de los administrados durante tal diligencia, constituyen dos de las principales herramientas de la autoridad para identificar o encontrar evidencias de conductas anticompetitivas como, por ejemplo, acuerdos de precios entre competidores (colusiones horizontales).
19. En efecto, dentro de la actividad de detección y represión de carteles, los mecanismos antes señalados permiten a la autoridad obtener medios probatorios para el inicio de un procedimiento y, de esta forma, en muchos casos, acceder a evidencia respecto a la existencia de un acuerdo entre competidores¹¹ ¹². Por ende, guarda sentido que el legislador haya previsto estas atribuciones como parte de las facultades de la Secretaría Técnica para realizar investigaciones.
20. Ahora bien, el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en el segundo párrafo del literal c), establece **cuándo** la Secretaría Técnica de la Comisión debe contar con un mandato judicial para ingresar a un establecimiento y acceder a correspondencia que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos, conforme se aprecia a continuación:

Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.
(...):
(Subrayado y énfasis agregado)

¹¹ En esta misma línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), ha reconocido que uno de los instrumentos más importantes e idóneos en la lucha anticartel son las denominadas “*dawn raids*” o “visitas sorpresa” en las oficinas de las empresas investigadas con la finalidad de que la autoridad de competencia pueda recabar información relacionada con la presunta práctica anticompetitiva, sin que aquellas estén en la posibilidad de ocultarla y/o destruirla. En: *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead*. OECD Publications, Paris, 2003.

¹² Asimismo, otro importante foro en materia de libre competencia como la *International Competition Network (ICN)* -que agrupa a autoridades de competencia a nivel mundial- destaca que contar con dichas facultades de investigación resulta imperioso, en particular, para la lucha contra los acuerdos de cartel. En: *International Competition Network (ICN). Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective institutions. Effective Penalties*. ICN Working Group on Cartels. 4th Conference Bonn – Germany, 6-8 de junio de 2005.

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (Texto vigente cuando se realizó la visita inspectiva del 3 de octubre de 2012)

“Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

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

(...)

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

La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o éstos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos, conforme al proceso especial que a continuación se detalla:

(...)” (Subrayado y énfasis agregado)

21. Para interpretar la disposición citada, es pertinente acudir a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

“En el numeral 15.3 del artículo 15 del Decreto Legislativo se establecen las facultades de la Secretaría Técnica que resultan necesarias para el desarrollo de sus investigaciones. Estas facultades fueron anteriormente incorporadas mediante el DL 807 y consisten en: (i) exigir la exhibición de todo tipo de documentos a las empresas o personas naturales investigadas, (ii) citar o interrogar a los testigos, (iii) realizar inspecciones con o sin previa notificación en los locales donde operan sus actividades las personas naturales o jurídicas investigadas a fin de recabar la documentación que estime pertinente.

Finalmente, a través del literal c) del numeral 15.3 del artículo 15 se ha fortalecido la normativa relacionada con las coordinaciones que requiere desarrollar la Secretaría Técnica con las autoridades fiscales y judiciales, a fin de desarrollar sus funciones con eficacia. En ese sentido, en caso de presentarse una **negativa a la inspección en los locales** o la **negativa para el copiado de correos electrónicos,** se establece que **la Secretaría Técnica podrá obtener una autorización judicial para proceder al descerraje, así como para acceder a la correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos.** (...).”

(Subrayado y énfasis agregado)

22. Como se puede observar, el legislador estableció en el segundo párrafo del literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que si ante un requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica de la Comisión, el administrado no permite realizar la inspección (**negativa de ingreso al local**) o no autoriza el copiado de su

correspondencia (**negativa de copiado de correspondencia privada**), la autoridad únicamente podría persistir en hacer efectivos tales requerimientos mediante la obtención de un mandato judicial.

23. En este último supuesto, la autorización que emita el Juez competente, refuerza el carácter imperativo de su solicitud, habilitando a la autoridad administrativa (en mérito a dicho mandato) incluso a valerse de la fuerza pública para obtener de forma directa e inmediata el acceso al establecimiento respectivo o a la correspondencia pertinente.
24. Cabe resaltar que el artículo bajo comentario utiliza el término “*correspondencia privada*”. Al respecto, este Colegiado considera que dicho concepto alude a aquellas comunicaciones que tienen por característica haber permanecido dentro del ámbito de control de los remitentes y destinatarios, lo cual no se ve afectado en función a su contenido (el cual podría, por ejemplo, ser de carácter íntimo, familiar o comercial).
25. Siendo así, el término “privado” hace referencia a elementos que no son de propiedad pública, sino que pertenecen a los particulares¹³. Esta conclusión se ve reforzada en la Exposición de Motivos, en donde se advierte que el legislador estableció un tratamiento general para la correspondencia privada, sin diferenciarla por su contenido (comercial, íntimo, familiar, personal, entre otras).
26. De acuerdo a lo expuesto, conforme al artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Secretaría Técnica de la Comisión se encuentra facultada para requerir la exhibición de correspondencia, así como, durante la realización de visitas inspectivas, copiar dicha documentación. Asimismo, se desprende que la referida norma establece que, si un administrado no permite el copiado de la correspondencia, la autoridad solamente podría persistir en obtener dicha documentación a través de una autorización judicial.

III.2. Sobre la infracción imputada

III.2.1 Potestad sancionadora por incumplimiento de los requerimientos de información que la autoridad efectúe en una diligencia de inspección

13

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

privado, da

Del part. de *privar*; lat. *privātus*.

1. adj. Que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna.

2. adj. Particular y personal de cada individuo.

3. adj. Que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares. *Clínica privada.*

(...)

En: <http://dle.rae.es/?id=UD9ciF2IUDCTc5g> (Consultado el 1 de agosto de 2017)
(Subrayado agregado)

27. Sin perjuicio de las facultades de la Secretaría Técnica de la Comisión para requerir correspondencia, es importante precisar que los administrados se encuentran obligados a cumplir con los requerimientos emitidos válidamente por la autoridad instructora en mérito al deber de colaboración¹⁴, por lo que su incumplimiento constituye una transgresión al mencionado deber.
28. Nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 57.2 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que en los procedimientos investigatorios, los administrados deben facilitar información y documentos¹⁵.
29. Este deber de colaboración dota de real eficacia las facultades de investigación con las que cuenta la Administración Pública, dado que, sin este las entidades no podrían proteger a cabalidad los bienes jurídicamente tutelados (como, por ejemplo, la defensa de la libre competencia) cuya protección les ha encargado el ordenamiento.
30. Ahora bien, en el caso de Indecopi, este deber de colaboración tiene que ser cumplido plenamente, pues la obstrucción a las labores de investigación constituye una infracción prevista expresamente como una infracción sancionable en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807¹⁶.
31. El referido tipo infractor, establece, entre otros supuestos, que quien incumpla **injustificadamente** con los requerimientos de información realizados por los órganos funcionales del Indecopi, será sancionado con una multa no menor de una (1) UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT¹⁷.

¹⁴ "Como ya vimos, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, la potestad comporta dos consecuencias, una de carácter negativo, dado que la potestad administrativa no puede ejercerse sino en servicio del interés común, y otra de carácter positivo, pues la Administración está obligada al ejercicio de las potestades cuando ese interés común lo exija. Y es que, en verdad, si toda potestad obliga a personas físicas o personas jurídicas de naturaleza privada, por su posición genérica o específica en relación con las Administraciones, la de inspección lo es sólo en la medida en que aquél resulta obligado a hacer algo y hacerlo de manera determinada o éste a tener algo en las condiciones dispuestas por las normas, sea de una forma estricta o genéricamente determinada. En el fondo, como las demás potestades, es un instrumento adecuado para efectuar la concreción del poder público en técnicas jurídicas precisas, y, por ello, debe ejercerse siempre, y en todo caso, por razones de interés público". En: Bermejo Vera, José. La Administración Inspectora. Revista de Administración Pública. Núm 147. 1998. Pg. 53. (Subrayado agregado)

¹⁵ Vigente a la fecha de emisión de la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI.

¹⁶ Cabe indicar que, en la actualidad, mediante el Decreto Legislativo 1205 (publicado el 23 de septiembre de 2015 en el diario oficial El Peruano) se incorporó el numeral 7 al artículo 43 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. De esta manera, desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1205 - no aplicable al presente procedimiento - en materia de libre competencia el incumplimiento injustificado de un requerimiento puede ser sancionado hasta con mil (1 000) UIT.

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**
Artículo 5.-

Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o **sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga** o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, **será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT**, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente

32. Es importante precisar que en caso el requerimiento de información se efectuó en el desarrollo de una visita inspectiva sin notificación previa, la facultad de requerir tiene una dinámica particular debido a las especiales características de las referidas diligencias de inspección¹⁸.
33. En efecto, las solicitudes de información que se realizan en una inspección se caracterizan tanto por la versatilidad respecto a la especificación de la información que se irá solicitando (en función al avance de la propia diligencia), así como por la inmediatez con la que dicha información debe ser proporcionada.
34. En los casos de investigaciones por prácticas contrarias a la libre competencia, esto es así, dado que en una visita de inspección (sin notificación previa) la Secretaría Técnica de la Comisión busca elementos probatorios o indicios de una práctica anticompetitiva, a fin de recabar los mismos desde su fuente (*in situ*) y en el estado en que se encuentren, sin dar oportunidad a los administrados de modificarlos, organizarlos o, incluso, eliminarlos.
35. De esta manera, si un administrado incumple injustificadamente con atender de manera inmediata un requerimiento de información de la Secretaría Técnica de la Comisión, durante una visita inspectiva, incurre en la infracción prevista en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.

III.3.2 Evaluación del caso en concreto

36. A través de la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, presentada durante la realización de la visita inspectiva del 3 de octubre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Gazel exhibir y proporcionar copia de toda la información relacionada con el mercado de comercialización de gas natural.

en caso de reincidencia.
(Énfasis agregado)

¹⁸ Ver Resolución 1166-2008/SDC-INDECOPI del 18 de junio de 2008 y la Resolución s/n de la Sala Civil Transitoria de 30 de mayo de 2012 (Expediente de Apelación 1460-2011).

RESOLUCIÓN 1166-2008/SDC-INDECOPI DEL 18 DE JUNIO DE 2008

“(…)

34. A diferencia de los requerimientos de información que implican el otorgamiento de un plazo, en las visitas de inspección, es la autoridad quien se apersona a las instalaciones de la empresa y requiere la exhibición de documentación, de manera que debe ser entregada de forma inmediata por los administrados sin otorgarse un plazo para ello.

35. En consecuencia, las facultades de investigación otorgadas a los órganos funcionales del Indecopi permiten que sea la autoridad quien delimite durante la visita de inspección la información que considere pertinente para sus investigaciones. Ello implica obtener acceso inmediato a la documentación que se encuentra en el local de la inspección y realizar una revisión integral de dicha información.”

37. Asimismo, en el referido requerimiento se precisó que esta información podría estar contenida, entre otros documentos, en **correos electrónicos**, conforme se aprecia a continuación:

CARTA 290-2012/ST-CLC-INDECOPI DEL 3 DE OCTUBRE DE 2012

(...)

*Por la presente, de conformidad con lo dispuesto por el literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, les requerimos que **exhiban y proporcionen copia de toda la información relacionada con el mercado de comercialización de gas natural**, que se encuentre en sus instalaciones (o a la que se pueda acceder desde sus instalaciones), durante la visita inspectiva que se realizará el 3 de octubre de 2012. Esta información podrá estar contenida, por ejemplo, en:*

(...)

2. **Correos electrónicos** (correos entrantes, salientes, borradores, carpetas individualizadas, etc) contenidos en las cuentas asignadas a los trabajadores de su empresa u otras utilizadas para el desarrollo de sus actividades laborales.

(...)

4. Correspondencia externa enviada a y recibida de (por ejemplo, cartas, comunicados, oficios) otras empresas de comercialización de gas natural, abanderadas o independientes, asociaciones, proveedores, clientes, autoridades, entre otros, por cualquier medio de comunicación.

5. Correspondencia interna enviada y recibida entre las distintas áreas y oficinas de su empresa (por ejemplo, memorandos, notas) por cualquier medio de comunicación, como por ejemplo fax, e-mail, correo, entre otros.

(...)"

(Subrayado y énfasis agregado)

38. Lo solicitado ("**exhiban y proporcionen copia de (...) correos electrónicos (...) correspondencia externa (...) correspondencia interna**") por la Secretaría Técnica de la Comisión a Gazel, se enmarca dentro de las facultades previstas en los literales a) y c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, detalladas en el numeral 17 de la presente resolución¹⁹.
39. En apelación, Gazel alegó que toda vez que la Secretaría Técnica de la Comisión no contaba con un mandato judicial para efectuar el requerimiento (Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI), su empresa no se encontraba obligada a exhibir y proporcionar copia de su correspondencia, por lo que no incurrió en la infracción prevista en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.
40. Para dicho efecto, el referido administrado cuestionó la "validez" del requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, afirmando que:
- (i) La Comisión ha interpretado de manera errónea el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas

¹⁹ Ver nota al pie 10.

Anticompetitivas, dado que la referida disposición en el segundo párrafo del literal c) sí exige que la Secretaría Técnica de la Comisión cuente con un mandato judicial para acceder a todo tipo de correos electrónicos (sin importar su contenido, íntimo o comercial).

- (ii) El requerimiento sin mandato judicial ha vulnerado el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución²⁰.
41. Respecto al primer argumento, como se señaló en el acápite anterior, la versión vigente del literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la fecha de realización de la visita inspectiva, establecía que la Secretaría Técnica de la Comisión se encontraba habilitada para copiar la correspondencia de los administrados, sin que el ejercicio de tal facultad se encuentre condicionado a la existencia de un mandato judicial.
42. Ello, toda vez que de acuerdo al segundo párrafo del literal antes mencionado, la necesidad de contar con un mandato judicial únicamente se prevé ante la negativa por parte del administrado de permitir el acceso a la correspondencia y si la Secretaría Técnica decide en persistir en su requerimiento²¹.
43. En tal sentido, a diferencia de lo alegado por el administrado, el requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI fue emitido y presentado a Gazel, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
44. Respecto al segundo argumento de Gazel, resulta claro que las facultades previstas legalmente habilitan a la Secretaría Técnica de la Comisión a solicitar una copia de la correspondencia del investigado, sin que el ejercicio de dicha atribución dependa de la existencia de un mandato judicial.
45. Por ende, lo alegado por la empresa apelante respecto a que el requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica de la Comisión sería inconstitucional al no

²⁰

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

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

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

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

(...).

²¹

Ver numerales 22 y 23 de la presente resolución.

contar con autorización judicial, implicaría que esta Sala inaplique lo establecido en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por presuntamente contravenir la Constitución.

46. Al respecto, cabe precisar que la inaplicación de una norma por vulnerar la Constitución en un caso en concreto constituye lo que en doctrina se conoce como el control difuso²².
47. Sin embargo, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04293-2012-PA/TC²³, las entidades administrativas no pueden aplicar el control difuso, conforme al artículo 138 de la Constitución²⁴. Esto es así, pues la facultad de declarar la inaplicación de una norma jurídica por contravenir la Constitución se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas.
48. Por tanto, este Colegiado no se encuentra facultado para inaplicar lo previsto

²² “Esta institución constitucional que conocemos como el control judicial de constitucionalidad de las leyes, se define como un control judicial difuso, pues todo juez es competente para inaplicar en un caso concreto, en todo o en parte una ley por ser inconstitucional. Esto significa que todas las leyes inferiores a la Constitución tienen que ser conformes a ella, no pueden contradecirla, y si una norma entra en conflicto con la Constitución prevalece esta última, aunque sea anterior y no la norma posterior; rige el criterio de *lex superior derogat inferiori*, y no el *lex posterior derogat priori*, propio de la Constitución flexible.” En: La Constitución Comentada. Tomo III. Susana Ynes Catañeda Otsu. Director: Walter Gutiérrez. Gaceta Jurídica. Segunda Edición 2013. Pg. 14.

²³ A través de esta sentencia, el Tribunal Constitucional **dejó sin efecto** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03741-2004-PA/TC, por el cual había autorizado a los tribunales u órganos colegiados de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional, en caso consideraran que contravenía manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 04293-2012-PA/TC

“33. (...)

a. *En primer término cuando la Constitución regula esta atribución, no solo establece la residencia en el Poder Judicial – dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho poder del Estado –, sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deban proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñan una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos.*

(...)

HA RESUELTO

(...)

4. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.”

²⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

Artículo 138.-

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

49. Inclusive, según la doctrina²⁵ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁶, se desprende que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, establecido en el artículo 2.10 de la Constitución, es

²⁵ **"a) Contenido. ¿Libertad de las comunicaciones o manifestación del derecho a la intimidad?**
(...) En efecto, como anota Balaguer Callejón (1995: 13): <<En cualquier caso, intimidad y secreto de las comunicaciones no son términos equivalentes. El secreto de las comunicaciones puede servir como instrumento de protección de múltiples derechos: propiedad, libertad de empresa, libertad ideológica, etc.>> Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando sostuvo que 'El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones (...) y (...).
(...)
b) Titularidad
Los titulares de este derecho son las personas que se comunican, es decir, aquellos que intervienen en el proceso de comunicación, ya sean personas naturales o jurídicas. Aunque, en este último caso, en un <<sentido figurado>> pues obviamente quienes se comunican son personas físicas (Días Revorio 2007: 161). En consecuencia, este derecho se opone a los terceros, que pueden ser particulares – v.g. empresas privadas que realizan interceptaciones ilegales – o entidades públicas – v.g. servicios de inteligencia-, mas no a quienes intervienen en el proceso mismo de la comunicación.
(...)
c) Carácter formal
Se trata de un derecho formal, es decir, no interesa cual sea el contenido de la comunicación que se transmite ni lo que se mantiene en secreto. En otras palabras, este derecho comprende toda la comunicación con independencia de cuál sea su contenido. De ahí que suela ser calificado como una garantía formal.
(...)."
(Subrayado agregado)

En: ABAD, Samuel. El derecho al secreto de las comunicaciones, alcances, límites y desarrollo jurisprudencial. Revista Pensamiento Constitucional Año XVI N 16. PUCP. 2012. Pg. 11 – 29.

²⁶ **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 02863-2002-AA/TC**
"3. Tal derecho se encuentra reconocido en el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución, e **impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello.** Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, **garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares,** ajenos al proceso de comunicación."
(Subrayado y énfasis agregado)

Voto del magistrado Mesía Ramírez en la sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC
"6. (...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009, ha enfatizado que la "Convención Americana protege la confidencialidad e inviolabilidad de las comunicaciones **frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares,** razón por la cual tanto la vigilancia como la **intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas,** salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana".
(Énfasis agregado)

Voto del magistrado Eto Cruz en la sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC
"11. (...) el contenido constitucionalmente protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, está constituido por:
a) El derecho **a que no se interfiera** (por parte del Estado o particulares) en ninguna etapa del proceso comunicativo entablado entre dos o más personas naturales o jurídicas, con una expectativa de secreto o confidencialidad. (...), **habrá afectación al derecho cuando existe interceptación, intervención, incautación o apertura de una comunicación,** (...).
b) El derecho **a que no se interfiera** (por parte del Estado o particulares) **ningún aspecto de la comunicación** (...).
c) El derecho a que, (...) **dicha intervención se realice con las garantías contenidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución,** esto es, previo mandato judicial, y con los requerimientos prescritos en la ley (...)."

(Subrayado y énfasis agregado)

autónomo²⁷, formal²⁸ y se opone a terceros, en tanto protege a los administrados de las irrupciones o invasiones (abrir, incautar, interceptar o intervenir) arbitrarias y no autorizadas por parte de terceros ajenos a la comunicación, siendo ello posible únicamente cuando exista un mandato judicial²⁹.

50. Tomando en consideración el ámbito de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, esta Sala aprecia que, en el presente caso no se produjo una irrupción o invasión arbitraria, toda vez que la Secretaría Técnica de la Comisión efectuó un requerimiento a partir de sus facultades previstas legalmente, solicitando a los representantes de la imputada que **“exhiban y proporcionen copia de toda la información relacionada con el mercado de comercialización de gas natural”**, lo cual incluía sus correos electrónicos.
51. En efecto, en el presente caso, el requerimiento constituyó únicamente un pedido de la Secretaría Técnica de la Comisión, ante el cual el administrado tenía un deber de colaboración, mas no implicó una irrupción o invasión en las comunicaciones de la empresa inspeccionada, por el que la autoridad haya tomado por sí misma y sin consentimiento, los correos electrónicos de Gazel, vulnerando el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones³⁰.

²⁷ No depende de ningún derecho dado que, en ocasiones, puede servir como instrumento para proteger otros derechos como la intimidad, secreto bancario, entre otros.

²⁸ No es relevante el contenido de la comunicación.

²⁹ De esta manera, por ejemplo, este derecho implica que, sin autorización judicial, los empleadores no puedan abrir los correos electrónicos y, en mérito de la información obtenida de dicha forma, despedir a sus trabajadores (ver sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 01050-2004-AA y 04229-2009-AA); así como que sin el referido mandato una empresa especializada o una entidad estatal intercepte cartas, llamadas, entre otras comunicaciones (ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02863-2002-AA).

³⁰ A mayor abundamiento, es necesario señalar que esta interpretación, respecto a la aparente colisión entre el hecho que, dentro del ejercicio de las labores de inspección, una agencia de competencia solicite a un administrado proporcionar copias de sus correos electrónicos y el derecho al secreto de las comunicaciones, ha sido recogida por la jurisprudencia judicial colombiana.

En la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá del 30 de abril de 2013 se señaló que *“(…) basta iterar que el derecho de inspección es una facultad legal que ostentan quienes cumplen funciones de vigilancia o auditoría, por lo que mal puede afirmarse, que al **solicitar** los correos electrónicos pertinentes, se esté causando vulneración al derecho a la correspondencia de la EAA-ESP, puesto que dicha actividad es propia de la SIC [Superintendencia de Industria y Comercio] por disposición legal y aquella una entidad por ésta vigilada (…).”* (Subrayado y énfasis agregado).

En esta misma línea, en la sentencia de la Sala Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 15 de abril de 2013, se señaló lo siguiente:

*“(…) conforme quedó plasmado en el acta levantada con ocasión de la visita administrativa (...), los funcionarios de la SIC **extrajerón** de los computadores de uso personal de algunos de los funcionarios de la entidad accionante los correos electrónicos allí existentes para, en diligencia que se llevó a cabo el siguiente treinta (30) del mismo mes y año, **someterlos a desciframiento, selección y depuración**, tal como en el encabezamiento de la misma acta se dejó consignado.*

*Es decir, sin mediar ninguna garantía al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, la SIC **procedió, en desarrollo de una actuación netamente administrativa a interceptar los correos electrónicos** de los funcionarios de la EAAAB mencionados en la demanda, entre ellos el Gerente General de la entidad.*

Cosa bien distinta es que la SIC en desarrollo de la visita administrativa de marras, se hubiera limitado a

52. Por tanto, el requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI (válidamente realizado en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a la Secretaría Técnica de la Comisión), resultaba vinculante para Gazel. No obstante, en el presente caso, dicha empresa incumplió con lo solicitado a través de la comunicación antes indicada.
53. Cabe señalar que la facultad de solicitar a los administrados exhibir sus correos electrónicos y examinarlos no es privativa del Indecopi. En efecto, otras entidades de la Administración Pública también cuentan con competencias muy similares; como, por ejemplo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y la Superintendencia del Mercado de Valores³¹.

solicitar el suministro de la información o documentación que requería, pues tal potestad sí enmarca dentro de las funciones que al efecto contempla el Dec 4886/11, en su artículo 1, numerales 62, 63 y 64.” (Subrayado y énfasis agregado)

31

LEY 26702. LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS

Artículo 350.- Facultad de Inspección.-

Para el desarrollo de su facultad de inspección referida en el artículo anterior, el Superintendente, podrá examinar, por los medios que considere necesarios, libros, cuentas, archivos, documentos, correspondencia y en general cualquier otra información que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Existe para ello la obligación de la empresa, representante o corredor de brindar al personal encargado de las inspecciones todas las facilidades que requieran para el cumplimiento de su cometido.

La negativa, resistencia o incumplimiento de los obligados, siempre que se encuentre debidamente acreditado, da lugar a la imposición de cualquiera de las sanciones establecidas en el artículo 361.

(...).

(Subrayado agregado)

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO APROBADO POR DECRETO SUPREMO 133-2013-EF

Artículo 62.- Facultad de fiscalización.-

La facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce en forma discrecional, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la Norma IV del Título Preliminar.

El ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios. Para tal efecto, dispone de las siguientes facultades discrecionales:

1. Exigir a los deudores tributarios la exhibición y/o presentación de:

a) Sus libros, registros y/o documentos que sustenten la contabilidad y/o que se encuentren relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, los mismos que deberán ser llevados de acuerdo con las normas correspondientes.

b) Su documentación relacionada con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias en el supuesto de deudores tributarios que de acuerdo a las normas legales no se encuentren obligados a llevar contabilidad.

c) Sus documentos y correspondencia comercial relacionada con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias.

(...).

(Subrayado agregado)

DECRETO LEY 26126. LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES

Artículo 3. Atribuciones del Superintendente del Mercado de Valores.-

Son atribuciones o facultades del Superintendente del Mercado de Valores las siguientes:

(...)

7. Disponer investigaciones e inspecciones previa notificación, o sin la misma.

Para el desarrollo de la facultad de inspección referida en el párrafo anterior, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) podrá examinar, por los medios que considere necesarios, libros, cuentas, archivos, documentos, correspondencia y, en general, cualquier otra información que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Existe para ello la obligación de la empresa y de su representante de brindar al personal encargado de las inspecciones todas las facilidades que requieran para el cumplimiento de su cometido.

La negativa, resistencia o incumplimiento de los obligados, siempre que se encuentre debidamente acreditado, da lugar a la imposición de cualquiera de las sanciones enunciadas en el Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores.

(...).

54. Adicionalmente, en apelación, Gazel planteó la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones como “justificación” a su incumplimiento, conforme al artículo 2.10 de la Constitución.
55. Sobre el particular, como se ha señalado anteriormente, en el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión –en ejercicio de sus competencias- se limitó a solicitar a la empresa imputada que exhiba y proporcione copia de sus correos electrónicos, por lo que su actuación no implicó una irrupción o invasión ilegítima en sus comunicaciones. Por ende, dicho administrado no puede amparar su falta de colaboración en una supuesta vulneración al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.
56. De otro lado, cabe agregar que lo requerido resultaba relevante para la investigación que efectuaba la Secretaría Técnica de la Comisión, toda vez que la correspondencia constituye una de las principales pruebas de coordinación en colusiones horizontales (carteles), infracción cuya detección es responsabilidad del referido órgano de instrucción.
57. Esta Sala considera que la negativa de acceso a los correos por parte de la empresa imputada entorpeció el desarrollo de la investigación que llevaba a cabo la Secretaría Técnica de la Comisión, dado que de manera oportuna no tuvo acceso a pruebas que le permitan contar con mayores elementos y detectar, de ser el caso, una posible infracción al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
58. Finalmente, el 4 de marzo de 2014, Gazel adjuntó las Resoluciones 003-2013/ST-CLC-INDECOPI y 20-2013/ST-CLC-INDECOPI del 29 de abril y 23 de agosto de 2013, respectivamente, a través de las cuales la Secretaría Técnica de la Comisión señaló que debido a que no existían indicios, no correspondía iniciar un procedimiento administrativo sancionador por prácticas colusorias horizontales en el mercado de gas natural.
59. El hecho que, la Secretaría Técnica de la Comisión, a partir de las pruebas que en su momento pudo recopilar (las cuales no incluyeron los correos electrónicos sobre la comercialización de gas natural de Gazel), no haya observado indicios suficientes para iniciar un procedimiento administrativo sancionador por prácticas colusorias horizontales en el mercado de gas natural, no enerva que esta negativa del administrado haya dificultado las labores de instrucción de la autoridad y/o limitado la información sobre el mercado investigado. Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la empresa imputada en este extremo.

Otros argumentos

(Subrayado agregado)

60. Durante el procedimiento en segunda instancia, Gazel alegó que mediante el Informe 021-2005/GEL del 16 de mayo de 2005, la Gerencia Legal del Indecopi señaló que la normativa de esta entidad no facultaba a la Secretaría Técnica de la Comisión a abrir o incautar correos electrónicos en el marco de una visita de inspección, siendo para ello necesario obtener previamente a la realización de la diligencia una autorización judicial o, alternativamente, contar con el consentimiento del administrado.
61. Al respecto, de conformidad con el artículo 12.1, así como el literal a) del artículo 21 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, las Comisiones y las Salas son órganos resolutivos que cuentan con autonomía técnica y funcional. En tal sentido, el contenido de los informes emitidos por los órganos de asesoramiento o apoyo de la institución (como la Gerencia Legal)³², si bien pueden constituir opiniones o insumos para los órganos resolutivos (Comisiones y Salas), estos no son vinculantes para las Comisiones y Salas.
62. Sin perjuicio de lo anterior, del Informe 021-2005/GEL se aprecia que este fue emitido cuando solo se encontraba vigente el Decreto Legislativo 807 y no el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma especial en materia de libre competencia.
63. Respecto a ello, cabe indicar que las facultades generales previstas para todas las secretarías técnicas del Indecopi en el Decreto Legislativo 807 son similares a las contenidas en la norma especial. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas hace mención expresa a cuándo es necesario contar con un mandato judicial, lo cual constituye un elemento diferenciador importante en la interpretación de estas dos normas. Por ende, corresponde desestimar lo alegado por Gazel en este extremo.
64. Este Colegiado concluye que: (i) el requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI ha sido válido y conforme a las facultades establecidas en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, (ii) la información solicitada era relevante para la investigación, (iii) el administrado incumplió el referido requerimiento de manera injustificada, (iv) dicho incumplimiento entorpeció el ejercicio de las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión; y, (v) este órgano de instrucción no vulneró el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.
65. Por tanto, el administrado infringió su deber de colaboración al negarse a cumplir con el requerimiento de la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, lo cual

³² De acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del Decreto Supremo 009-2009-PCM, la Gerencia Legal constituye un órgano de asesoramiento, perteneciente a la estructura orgánica administrativa del Indecopi.

configura la infracción prevista en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807, por lo que corresponde confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI en el extremo que halló responsable a Gazel por incurrir en la infracción contenida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.

66. Finalmente, en la medida en que (i) se ha verificado que la imputada incumplió de manera injustificada el requerimiento contenido en la Carta 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, (ii) la primera instancia impuso una sanción ascendente a cincuenta (50) UIT y (iii) a que Gazel no presentó argumentos que cuestionen la graduación de la sanción, corresponde confirmar la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI en el extremo que impuso a dicho administrado una multa ascendente a cincuenta (50) UIT.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2013 en el extremo que halló responsable a Gazel Perú S.A.C. por infringir el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 028-2013/CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2013 en el extremo que impuso a Gazel Perú S.A.C. una multa ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

Con la intervención de los señores vocales José Luis Bonifaz Fernández, Juan Luis Avendaño Valdez, Sergio Alejandro León Martínez, Julio Carlos Lozano Hernández y Silvia Lorena Hooker Ortega.

JOSÉ LUIS BONIFAZ FERNÁNDEZ
Presidente