

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PERUANO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE INDECOPI

THE RIGHT TO DUE PROCESS IN THE PERUVIAN ADMINISTRATIVE ANTITRUST PROCEDURE BEFORE INDECOPI

Working Paper IE Law School

AJ8-252

25-05-2020

Francisco Marcos
Profesor IE Law School
Francisco.Marcos@ie.edu

SUMARIO: Se cuestiona el respeto del principio del “debido proceso” (*due process*) del procedimiento administrativo previsto para la aplicación las prohibiciones de conductas anticompetitivas establecidas en la normativa de defensa de la competencia en el Perú ante INDECOPI por la falta de separación, en la primera instancia, entre el órgano instructor (Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia/STCLC) y el órgano decisor (Comisión de Defensa de la Libre Competencia/CLC). Este artículo examina la cuestión desde tres perspectivas: análisis económico-funcional, conformidad con las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos y análisis institucional comparado.

En primer lugar, desde la perspectiva económico-funcional, la organización y el procedimiento administrativo sancionador previstos en la legislación peruana de defensa de la competencia se encuadran en el modelo de aplicación pública que encarga el *enforcement* de las prohibiciones de conductas anticompetitivas a una agencia administrativa especializada (INDECOPI), dividiéndose internamente en dos unidades la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores. Se contempla, además, una ulterior instancia administrativa de revisión ante la Sala de Libre Competencia del Tribunal del INDECOPI, antes de que quede expedito el recurso contencioso-administrativo en vía judicial. La organización de INDECOPI presenta peculiaridades dentro del modelo de agencia administrativa única bifurcada, el procedimiento y el sistema buscan la eficiencia en la organización de los recursos disponibles para detectar y sancionar prácticas anticompetitivas, incluyéndose el apoyo del órgano instructor (STCLC) al órgano decisor (CLC). Inevitablemente, ello puede conducir a un sesgo confirmatorio (*prosecutorial bias*), consciente o inconsciente, de la decisión final adoptada por la CLC. Sin embargo, el sesgo confirmatorio es inherente a cualquier sistema de agencia administrativa única, si bien su intensidad dependerá de las particularidades en la organización/procedimiento en cada caso. Aun así, la legislación peruana introduce diversas vías para corregir los eventuales errores de la CLC, incluyendo las que pudieran derivarse de un sesgo confirmatorio de las propuestas de la STCLC, entre las que se incluyen la responsabilidad de los integrantes de la CLC por las decisiones adoptadas y, al menos, otra instancia administrativa de revisión ante el Tribunal de Libre Competencia y, después, las vías ordinarias de revisión judicial.

En segundo lugar, desde la perspectiva del derecho al debido proceso y el principio de imparcialidad en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el procedimiento de INDECOPI respetaría las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en interpretación del artículo 6.1 CEDH, sobre el principio de imparcialidad. La referencia a la CEDH es frecuente como paradigma internacional en la protección de los derechos humanos (aunque obviamente Perú no sea parte). El principio de imparcialidad exige la separación de instrucción y resolución de los procesos penales, pero el TEDH ha matizado su extensión a los procedimientos administrativos sancionadores. En efecto, si se acude a la jurisprudencia del TEDH como referencia internacional de interés, conviene arrancar con la reflexión de que la extensión de los derechos humanos de la CEDH a las personas jurídicas (*derechos humanos corporativos*) debe ser examinada en cada caso, y es limitada, y esto es importante dado que los imputados y sancionados en procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia son casi siempre compañías mercantiles. Después, en lo que atañe precisamente al principio de imparcialidad y a la separación de instrucción y resolución en los expedientes administrativos en materia de defensa de la competencia, el TEDH ha dictaminado específicamente en la sentencia Menarini (43509/2008) que, aunque no exista separación entre instrucción y resolución, el derecho al debido proceso se respeta si se prevé una instancia de revisión judicial con plena jurisdicción (tanto sobre los hechos y sobre el derecho) para anular o sustituir la sanción impuesta por la autoridad de la competencia. Parece que ese es el caso del Derecho peruano, con lo que se cumplirían las exigencias de la CEDH.

En tercer lugar, finalmente, desde la perspectiva del derecho comparado, existen autoridades de defensa de la competencia con procedimientos y organizaciones administrativas en otros países que presentan similitudes con los seguidos por el INDECOPI. En particular, se alude concisamente a la Comisión Europea y a la *Autorità Garante de la Concorrenza* (AGCM) italiana. También allí se haya cuestionado sin éxito la legitimidad de la falta de separación entre el órgano instructor y el órgano decisor. La revisión y anulación judicial de las decisiones administrativas constituye una sólida garantía para los sancionados que asegura la imparcialidad del procedimiento.

Palabras Clave: Debido proceso, procedimiento administrativo, Imparcialidad, procedimiento sancionador, defensa de la competencia.
Códigos JEL: D73, D91, K21, K23, K42, L40.

SUMMARY: It is put into question if the administrative sanctioning proceedings for the infringement of the prohibitions of anticompetitive conduct established in Peru before INDECOPI respects the principle of "due process" due to the lack of separation, in the first instance, between the investigating body (Technical Secretariat of the Commission of Free Competition) and the decision-making body in the first instance (Commission of Free Competition). This article examines the issue from three perspectives: economic-functional analysis, conformity with the requirements of the the European Convention of Human Rights and institutional comparative analysis.

Firstly, from an economic-functional perspective, the organization and the administrative sanctioning procedure provided for in Peruvian antitrust legislation are part of the model of public enforcement that entrusts the enforcement of prohibitions of anticompetitive conduct to a specialized administrative agency (INDECOPI), which is divided into two units for the instruction and for the resolution of cases. In addition, a further administrative review body is envisaged before the Court of Free Competition, before the judicial appeal in court is possible. The organization of INDECOPI presents peculiarities within the model of single bifurcated administrative agencies, the current procedure and the system seek efficiency in the organization of the available resources to detect and sanction anti-competitive practices, including the support by the investigating body to the decision-making body. Inevitably, this may lead to a confirmation bias (prosecutorial bias) -conscious or unconscious- of the final decisions adopted by the Commission of Free Competition. Indeed, prosecutorial or confirmatory biases are inherent in any single administrative agency system, although the intensity of it depends on the particularities of the organization/procedure in each case. However, Peruvian law introduces several avenues for correcting any errors made by the Commission of Free Competition including those that might arise from a confirmation bias in the Technical Secretariat's proposals; starting with the reputation and liability of members of the Commission of Free Competition for the decisions adopted and at least one other administrative review instance before the Free Competition Court, and then ordinary avenues of judicial review.

Secondly, from the perspective of the right to due process and the principle of impartiality in the European Convention on Human Rights (ECHR), INDECOPI's procedure would respect the requirements of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) interpreting of article 6.1 ECHR, on the principle of impartiality. The reference to the ECHR is frequent as international paradigm for the protection of human rights (although it is obvious that Peru is not party to the ECHR). The principle of impartiality requires the separation of investigation and resolution of criminal proceedings, but the ECtHR has greatly qualified the extension of the scope of application of Article 6(1) ECHR to administrative sanctioning procedures. If the case law of the ECtHR is considered an international reference of interest in Peru, it is convenient to start with a reflection on how the case law of the ECtHR has ruled that the extension of the human rights of the ECHR to legal persons (*corporate human rights*) must be examined in each case and is limited or nuanced, and this is important given that the defendants in antitrust procedures are almost always commercial companies. Then, and with regard to the principle of impartiality and the separation of investigation and resolution in sanctioning proceedings in the field of antitrust, the ECtHR has specifically ruled in the Menarini judgment (43509/2008) that, although this separation may not exist, the right to due process would be respected if the legislation provides for an instance of judicial review with full jurisdiction (on fact and law) to annul or replace the sanction imposed by the competition authority. Apparently, this is the case of Peruvian law and thus the requirements of the ECtHR would be met.

Thirdly and finally, from the perspective of comparative law, there are competition authorities in other jurisdictions with administrative procedures and organizations in other countries that are similar to those followed by INDECOPI. In particular, the European Commission and the Italian *Autorità Garante de la Concorrenza* (AGCM) are briefly mentioned. Here, too, the legitimacy of the lack of separation between the investigating body and the decision-making body has been questioned without success. The judicial review and annulment of the administrative decision are a solid safeguard for those who had been sanctioned by the authority that ensures the impartiality of the proceedings.

Keywords: Due process, administrative process, impartiality, sanctions, antitrust.

1. Introducción.

En Perú la aplicación administrativa de las prohibiciones de conductas anticompetitivas prohibidas¹ es competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Según la regulación vigente, el procedimiento administrativo previsto para la investigación y sanción de que la instrucción del expediente corre a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante STCLC), mientras que la eventual declaración de la infracción e imposición de la sanción compete a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante CLC).

Este artículo argumenta que procedimiento seguido por INDECOPI es coherente con el modelo institucional elegido por el legislador peruano para la aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, respeta las exigencias del derecho al debido proceso. Las conclusiones que aquí se alcanzan se fundamentan²:

- en un análisis económico-funcional de la singularidad del proceso de aplicación pública de las prohibiciones antitrust que permite explicar el sistema y la organización seguidos por INDECOPI, cuyo diseño busca la administración eficiente de los recursos, siendo claro que la organización y el procedimiento de INDECOPI no pueden ser infalibles, y que -como ocurre en este tipo de instituciones-puede existir el riesgo de un sesgo confirmatorio/acusatorio en las decisiones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, se establecen mecanismos varios y suficientes para corregir los errores, también los derivados de ese sesgo (*infra* apartado §2);
- en la conformidad de la organización y procedimientos del INDECOPI con las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) según se ha establecido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) (*infra* apartado §3) y,
- finalmente, en el Derecho comparado de defensa de la competencia, donde se observa que hay diversas autoridades de defensa de la competencia extranjeras que se organizan y operan de manera similar a como lo hace INDECOPI, sin una separación absoluta entre la instrucción y resolución de los expedientes, y respecto de ninguno de ellos se haya concluido que vulneran los principios de debido proceso o las exigencias imparcialidad del órgano resolutorio (*infra* apartado §4).

El análisis comparado que se realiza en este trabajo (centrado en particular en la jurisprudencia del TEDH) se enmarca en la reciente tendencia internacional de alinear los derechos y garantías de defensa de los imputados en los procedimientos sancionadores por defensa de la competencia³. La *International Competition Network* (ICN) ha aprobado unos principios

¹ Título III del Decreto Supremo N° 030-2019-PCM que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en adelante TUORCA [Diario Oficial El Peruano](#) 19/2/19, 17-30.

² No se realiza una evaluación con arreglo a la legislación, jurisprudencia y doctrina peruanas, las referencias a las mismas se realizan a efectos de contextualizar el examen y las opiniones que aquí se vierten. El análisis que aquí se realiza pretende ser más abstracto, y examina la organización y el procedimiento sancionadores en materia antitrust en el INDECOPI desde una lógica económico-funcional y comparada.

³ Véase Christopher S. Yoo “Due process in International Antitrust Enforcement: An Idea whose time has come” [CPI Antitrust Chronicle](#) 9/2019 (Sept.).

comunes sobre esta materia⁴, que han sido suscritos también por el INDECOPI⁵. Por tanto, no está de más examinar si el procedimiento administrativo sancionador seguido en el INDECOPI y, en particular la separación existente entre instrucción y separación de los procedimientos respeta los parámetros exigidos por la jurisprudencia del TEDH⁶. El cumplimiento con los principios y garantías de defensa en los procedimientos sancionadores ante las autoridades de defensa de la competencia es esencial para fortalecer la legitimidad de su misión y dar credibilidad a su contribución al bienestar común⁷.

2. Análisis económico y funcional del sistema y la organización del indecopi en materia de defensa de la competencia.

2.1. Introducción: la aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas.

La existencia de autoridades administrativas especializadas en la persecución y castigo de prácticas anticompetitivas de los operadores económicos en el mercado es común a todos los sistemas de defensa de la competencia⁸. Estas instituciones son esenciales para dotar de efectividad a las prohibiciones *antitrust* (*enforcement*), pues son las que permiten incrementar la probabilidad de aprehensión, prueba y sanción de los infractores, dotándolas de mayor fuerza disuasoria⁹. En efecto, para incrementar la probabilidad de detección (y, en su caso, la posterior convicción y sanción) de las infracciones de las prohibiciones *antitrust* es esencial crear instituciones especializadas, dotadas de recursos y poderes adecuados y suficientes, y con

⁴Desde abril de 2019 la ICN ha establecido unos principios y garantías comunes en los procedimientos de sanción de cárteles que serán de cumplimiento voluntario por las autoridades de competencia que así lo soliciten (con su propio sistema de cooperación, control y revisión) entre los que se encuentran el derecho a que la decisión sea objetiva e imparcial (Anexo-Principios, g) conflicto de interés y k) revisión independiente, [ICN Framework on Competition Agency Procedures](#) (CAP).

⁵ INDECOPI figura entre los suscriptores originarios del "ICN Framework on CAP" mencionado en la nota anterior, en la conferencia anual de ICN de 2019, Cartagena de Indias (Colombia), véase [Participants of the ICN Framework for Competition Agency Procedures hold inaugural meeting](#).

⁶ Sobre la homogeneidad de los derechos fundamentales y las garantías a nivel comparado, véase Jeremy Waldron "*Partly Laws Common to All Mankind*" *Foreign Law in American Courts*, Yale University Press 2012, 32 ("*The protections and guarantees are certainly not the same in all countries, but there is substantial similarity in the principles that are appealed to*"). En particular, la jurisprudencia del TEDH se encuentra entre ese tipo de normas y principios, a los que se acude por Estados que no son parte (*id.*, 70, hablando de Nueva Zelanda). El autor subraya el carácter universal de estos derechos y principios (*id.*, 117-123).

⁷ Véase Paul O'Brien "Procedural Fairness: Convergence in process" [CPI Antitrust Chronicle 11/2018 \(Nov.\)](#).

⁸ El término *antitrust* se utiliza en este artículo como sinónimo de defensa de la libre competencia, para comprender exclusivamente a las prohibiciones de conductas anticompetitivas y su aplicación en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (Título III del TUORCA), se excluyen otras políticas públicas destinadas a la promoción y abogacía de la competencia o el control de concentraciones económicas.

⁹ Véase Gary S. Becker "Crime and Punishment: An economic approach" [Journal of Political Economy 76/2 \(1968\) 176-178](#).

incentivos para conseguir información sobre las infracciones¹⁰. La maximización del bienestar social así lo exige¹¹.

Las dificultades de obtener y procesar adecuadamente la información que permita detectar y probar la existencia de infracciones de las prohibiciones de defensa de la competencia, junto a la ausencia de incentivos/motivación en los particulares para directamente perseguir estas infracciones en los tribunales ordinarios (*private enforcement*) explican que el recurso a las agencias independientes especializadas en la investigación de conductas anticompetitivas (*public enforcement*) sea universal en todos los sistemas de defensa de la competencia. Esta necesidad es particularmente evidente en el caso de los cárteles y otras formas de colusión, particularmente dañinas para el bienestar de los consumidores, que son secretas y de difícil detección y conocimiento¹².

A diferencia de otras normas jurídicas, las prohibiciones antitrust son particularmente complejas y ello dificulta su *enforcement*. La aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas resulta dificultosa por el carácter de estándares legales abiertos que frecuentemente se utilizan en la formulación de estas prohibiciones¹³. Aunque, ello dota a estas normas de flexibilidad para hacer frente a las conductas contrarias a la libre competencia, proporcionando una notable discrecionalidad en su aplicación¹⁴, se incrementa la incertidumbre en los operadores sobre si su comportamiento ha incurrido en las prohibiciones¹⁵.

Por ello, la aplicación de las prohibiciones sólo es posible tras la obtención y acumulación de prueba de los hechos que recaigan en las prohibiciones, que suele requerir una intrincada investigación y un profundo análisis para evaluar los potenciales efectos de las conductas en el mercado¹⁶, conforme a la doctrina jurídico-económica consolidada en la materia, y que sea coherente con la interpretación previa de las prohibiciones en decisiones precedentes de las autoridades de competencia.

¹⁰ Son útiles al respecto las observaciones de Steven Shavell “The Optimal Structure of Law Enforcement” [*Journal of Law & Economics* 36 \(Abril 1993\) 258-259 y 267-270](#).

¹¹ Véase A Mitchell Polinsky & Steven Shavell “The Theory of Public Enforcement of Law” en [*Handbook of Law and Economics* \(eds. A. M Polinsky & S Shavell\) 2007 Elsevier, vol. 1, 406](#).

¹² *Id.* (“*public enforcement often will be favored when effort is required to identify and apprehend violators*”). Véase también Louis Kaplow & Steven Shavell “Economic Analysis of Law” en [*Handbook of Public Economics* \(eds. A. J. Auerbach & M. Feldstein\), Elsevier 2005, vol. 3, 1746-1747](#)

¹³ Frente a otras normas jurídicas específicas y precisas, de más fácil aplicación, los estándares legales que configuran las prohibiciones de conductas anticompetitivas reducen los costes de formulación de las normas (véase la amplitud de las prohibiciones establecidas en los arts. 10, 11 y 12 TUORCA), pero incrementan los costes de aplicación y la incertidumbre de los operadores sobre la aplicación de las mismas en cada caso; en general y ampliamente, véase Louis Kaplow “Rules versus standards: an economic analysis” [*Duke Law Journal* 42 \(1992\) 557-629](#).

¹⁴ Annetje Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, Oxford U. Press 2015,30 (“*competition rules are very flexible and can apply to a wide range of situations that the legislator could not necessarily have anticipated*”, nota omitida).

¹⁵ Existe un equilibrio entre su precisión y su administrabilidad, véase Pablo Ibañez, *The Shaping of EU Competition Law*, 2018, 29.

¹⁶ Basta pensar en el complejo análisis que puede exigir, en cada caso, la definición del mercado relevante (art. 6. del TUORCA), la evaluación de los efectos para la aplicación de las prohibiciones relativas del art. 9 TUORCA, la existencia de posición de dominio de un agente económico (art. 7 TUORCA), y no digamos de la apreciación la concurrencia de alguna de las circunstancias que determinan la existencia de infracción ex. art. 10, 11 o 12, que -además- se tratan de listados meramente abiertos.

El procedimiento administrativo de investigación de las presuntas infracciones busca evitar la arbitrariedad y abusos de las autoridades de defensa de la competencia que impongan castigos sin haber seguido un itinerario reglado en el que se acumule prueba sobre los hechos constitutivos de la infracción y en el que se posibilite la defensa del acusado, con garantías de defensa por su parte.

Dada la imposibilidad de conocer el universo existente en la realidad de conductas anticompetitivas prohibidas por el Título III del TUORCA, es difícil evaluar el rendimiento y la actividad de las autoridades encargadas de aplicarlas¹⁷. No existen un estándar de medida o un punto de referencia (*benchmark*) objetivos, universalmente aceptados, que le sean exigibles. Es más, no conviene llamarse a engaños, necesariamente no serán mejores las autoridades que incoan un mayor número de expedientes, adopten un mayor número de decisiones, o impongan un mayor número de sanciones¹⁸. La verdadera medida de la efectividad de la actividad de investigación y sanción del derecho de defensa de la competencia será el cumplimiento de la ley y la disuasión de la comisión de nuevas infracciones. Y eso es muy difícil de medir¹⁹.

En cualquier caso, en lo que atañe a las decisiones que adopta cualquier autoridad encargada de la aplicación de las normas de defensa de la competencia como INDECOPI (excluyendo la posible corrupción, el fraude y otras patologías graves que pudieran afectar al funcionamiento de la autoridad, pero que no se examinan en este artículo, por más que tampoco conste que ninguna de ellas haya afectado en el pasado o afecten en la actualidad a INDECOPI), la aspiración principal es minimizar los errores en sus decisiones de aplicación²⁰. Es decir, desde esta perspectiva se trata de evitar la adopción de decisiones equivocadas en la aplicación de las prohibiciones antitrust²¹.

Una autoridad de defensa de la competencia yerra si declara y castiga infracciones que no lo son (errores tipo 1 o “falsos negativos”); pero también cuando exonera indebidamente a los infractores (errores tipo 2 o “falsos positivos”), bien en decisiones explícitas o por actividad insuficiente o tardía (omisión)²².

Establecer el nivel óptimo de actuación de la autoridad, que excluya los errores y mantenga la fuerza disuasoria de las prohibiciones, es una tarea en la que intervienen distintos factores,

¹⁷ Aunque esto sea una obviedad, es imposible conocer cuál es la ratio óptima de decisiones de aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas que deben producirse; como cualquier otra norma que declara y proscriba conductas ilícitas, no existe un “censo” de infracciones o infractores que perseguir, sancionar o exigir compensación. Esto afecta tanto en la aplicación privada como en la aplicación pública por autoridades administrativas independientes, como el INDECOPI.

¹⁸ Véase William E. Kovacic, Hugh M. Hollman & Patricia Grant “How does your competition agency measure up?” [*European Competition Journal* 7/1 \(2011\) 26-27 y 36-39](#) (que subrayan las limitaciones de los métodos basados en el cómputo de expedientes incoados o de decisiones sancionadoras adoptadas por la autoridad).

¹⁹ Véase Lawrence White “Why isn’t ‘Deterrence’ Included in the Measurements of Antitrust ‘Enforcement?’” [*CPI Antitrust Chronicle* 11/2019 \(Nov.\)](#) y antes ya William Breit & Kenneth G. Elzinga “The Instruments of Antitrust Enforcement” *Emory Law Journal* 23 (1974) 943-961.

²⁰ Véase Henry Ergas “Error and Design: Economics in (and some Economics of) the Australian Competition Tribunal” [*Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform* 16/3 \(2009\) 71](#).

²¹ Véase Alan Devlin & Michael Jacobs “Antitrust Error” [*William & Mary Law Review* 52 \(2010\) 86](#) (“More than any other area of civil law, antitrust is error-prone. Its primary statutes are confoundingly ambiguous. Its basic analytical methodology is hopelessly imprecise. The economic terms at the heart of many of its important doctrinal questions—terms such as “cost,” “market,” “monopoly power,” and “entry barrier”—are either vague, contestable, or both”).

²² Véase Ergas [*Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform* 16/3 \(2009\) 72](#).

relacionados con su organización y diseño, las formas en que la autoridad accede a información sobre posibles vulneraciones de las prohibiciones, las prioridades de la autoridad de competencia, el diseño de sus procedimientos de actuación (investigación y resolución) y la eficiencia y rapidez de sus actuaciones²³.

En cualquier caso, es imposible confiar en la infalibilidad de la aplicación de las prohibiciones por la autoridad de defensa de la competencia. Se producirán errores, por ello, es lógico y esencial que en los distintos sistemas de aplicación de estas normas se prevean mecanismos para la posible revisión de sus decisiones en una o diversas instancias, que permitan detectarlos y corregirlos²⁴. Los sistemas de defensa de la competencia se han preocupado normalmente más por la prevención y corrección de los errores tipo 1 (escepticismo y sobre-aplicación de la prohibición o "falso negativo")²⁵.

En efecto, los mecanismos de revisión se muestran principalmente preocupados en la corrección de los errores tipo 1, lo que conduciría a la revocación y reducción de condenas. En algún caso, la revisión judicial puede también corregir errores tipo 2, cuando se revisan decisiones de las autoridades de aplicación que exoneraban o eximían la aplicación de las normas a determinadas conductas. Pero esto último no es lo más frecuente, pues la principal manera de corregir los errores tipo 2 (credulidad e infra-aplicación de la prohibición o "falso positivo") es mediante el aumento de los recursos destinados a la detección y prueba de las infracciones, dadas las dificultades normalmente existentes para ello. Así, la infra-aplicación de las prohibiciones (errores tipo 2) se combate mejor mediante la creación de una unidad de investigación fuerte y poderosa, con herramientas suficientes, para detectar y probar la comisión de conductas anticompetitivas.

De otro lado, desde una perspectiva jurídica se entiende que las agencias de defensa de la competencia desarrollan una actividad de policía administrativa de los mercados, vigilando el comportamiento de los operadores económicos "*con el objetivo de asegurar que el proceso competitivo en la realidad se acerque lo máximo posible al modelo teórico de competencia perfecta*"²⁶. Siguiendo esta lógica, para dar efectividad a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas la legislación peruana prevé que la aplicación administrativa de las normas se realice por el INDECOPI (*public enforcement*)²⁷. El acceso a la vía jurisdiccional de los

²³ Se adaptan las reflexiones que realiza, en el contexto europeo, Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 87-90.

²⁴ Esta taxonomía se explica y describe, últimamente, por Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 88 y 199 y, también, Devlin & Jacobs *William & Mary Law Review* 52 (2010) 75-132 (que también argumentan en contra de la preocupación por la sobre-aplicación/falsos negativos/errores tipo 1 de las prohibiciones antitrust).

²⁵ Véanse Devlin & Jacobs *William & Mary Law Review* 52 (2010) 79 y, sobre todo, Frank H. Easterbrook "The Limits of Antitrust" *Texas Law Review* 63/1 (1984) 3 ("errors that tolerate baleful practices are self-correcting, while erroneous condemnations are not") y 16 ("Other things equal, we should prefer the error of tolerating questionable conduct, which imposes losses over a part of the range of output, to the error of condemning beneficial conduct, which imposes losses over the whole range of output"). Críticamente, véase Jonathan B. Baker "Taking the error out of 'error cost' analysis: What's wrong with the antitrust right?" *Antitrust Law Journal* 80/1 (2015) 1-38.

²⁶ Véase Pierino Stucchi & Fernando Bayón "Síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú: Contenido y aplicación del Decreto Legislativo N° 1034.- Ley de represión de conductas anticompetitivas (LRCA)" *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura-REDUP* 18 (2017) 16 y 18 (en referencia al INDECOPI).

²⁷ Véase, por ejemplo, Pierino Stucchi "Apuntes sobre la relevancia constitucional del mandato funcional del INDECOPI" *Advocatus* 23 (2011) 51 y 55 y, del mismo autor, "El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: Apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA)" *Themis* 56 (2008) 313.

perjudicados por esas conductas para la obtención de compensación u otros remedios (*private enforcement*) sólo es posible una vez que INDECOPI ha adoptado una decisión y ésta es firme (art. 54 del TUORCA).

La organización, las competencias y los poderes de las agencias especializadas de defensa de la competencia varían en los distintos países²⁸. Existe una rica diversidad de los modelos comparados a través de los que se efectúa la aplicación de las prohibiciones antitrust en el interés público a través de procedimientos administrativos sancionadores. Razones de diverso tipo (legales, históricas, sociales, económicas, culturales, etc.) explican la variedad en los diseños seguidos a nivel comparado²⁹. Adviértase que los estudios no permiten concluir que unos diseños sean mejores que otros, ya que todos presentan ventajas y desventajas³⁰.

Finalmente, es importante recordar -como ocurre con otras autoridades de defensa de la competencia- que el ejercicio de su función de investigación y sanción de las infracciones de las normas antitrust no es la única función del INDECOPI³¹. Esta función represiva se complementa con otras funciones (asesoramiento y abogacía de la competencia, prevención de infracciones), que complementan a la anterior, y coadyuvan al propósito de la salvaguarda de la libre competencia en los mercados y la mejora del bienestar social³². Por ello, el diseño y la organización de las autoridades de competencia deben necesariamente tener en cuenta esas facetas no coercitivas de su actividad.

2.2 Modelo institucional peruano para la aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas.

La estructura y organización del INDECOPI es singular en el panorama institucional comparado³³. Al margen de que acumule competencias muy dispares junto a las de defensa de la competencia (insolvencia, propiedad intelectual e industrial, competencia desleal, barreras

²⁸ Véase William E Kovacic & David A Hyman “Competition Agency Design: What’s on the Menu?” *European Competition Journal* 8 (2012) 535 (“*The enforcement of competition law entails several discrete tasks: the investigation of possible wrongdoing, the decision to prosecute, the determination of culpability and the imposition of sanctions. In the design of a competition system, a jurisdiction can unbundle these functions, or combine them within a single entity*”). En general, véase Michael J. Trebilcock & Edward M. Iacobucci “Designing Competition Law Institutions” *World Competition* 25 (2002) 361-394.

²⁹ Véase Eleanor M. Fox “Antitrust and Institutions: Design and Change” *Loyola University Chicago Law Journal* 41/3 (primavera 2010) 473-474.

³⁰ También existe una notable variedad en los remedios contra los infractores previstos y empleados en cada legislación (que, en algunos países, alcanzan sanciones penales y penas de privación de libertad), aunque es común a todos los sistemas la previsión de sanciones pecuniarias (multas), como mecanismo disuasorio de la comisión de nuevas infracciones.

³¹ Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 147 [“*Although the legal literature and case law on competition and regulatory enforcement focus mainly on sanctions, formal sanctions are just one aspect of enforcement practice. Agencies must master the art of choosing the right enforcement style, rather than simply opting for vertical instruments of oversight (i.e, sanctions)*”].

³² Véase Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 25-26 y 30-31.

³³ Se define como “poco habitual” en OECD/BID *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, 2018, 118, apuntando al funcionamiento adecuado y a las sinergias de la estructura adoptada (id., 119).

burocráticas, dumping y subsidios)³⁴, cada una de estas ramas funcionales tienen el apoyo de una rama administrativa común a todas ellas, entre la que se incluye el órgano rector de la institución (Consejo Directivo)³⁵.

En particular, en materia de defensa de la competencia, el sistema y la organización institucional peruanas se podría caracterizar como el modelo de *agencia administrativa especializada única* en el que se separa la investigación y la resolución de los procedimientos sancionadores³⁶. En cambio, existen otros países en los que las agencias actúan como acusadoras frente a un juez, que es finalmente quien resuelve e impone la sanción (v. gr., Chile)³⁷. Estos sistemas se conocen como *modelos judiciales bifurcados*³⁸.

La existencia de agencias administrativas únicas en materia de defensa de la competencia es común a nivel comparado, se explica por razones de eficiencia y por la complejidad y las necesidades de especialización técnica que la materia requiere³⁹. Se trata, además, de una opción crecientemente preferida en la organización institucional de los sistemas de defensa de la competencia, con muchos países que las han instaurado en los últimos años⁴⁰. Esta preferencia por los sistemas de aplicación integrados se relaciona también con las particularidades del derecho de la competencia que se construye a base de prohibiciones abiertas y estándares de conducta que son indeterminados o ambiguos⁴¹.

³⁴ La literatura especializada discute la conveniencia de esa acumulación de funciones, pero la evaluación de ese extremo está excluida de este artículo. Véase Kovacic & Hyman *European Competition Journal* 8 (2012) 533 y, de los mismos autores, “Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?” *Concurrences* 1/2013: 9-36; Juan Delgado & Elisa Mariscal “Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico” *Competition Policy International* 10/1 (primavera 2014) 134-159 y Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 130-144.

³⁵ Véase OECD/BID, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, 2018, 27.

³⁶ Véase Trebilcock & Iacobucci *World Competition* 25 (2002) 362 (que describen que las posibles fórmulas de organización de las agencias especializadas, dentro de las amplias categorías descritas, son ilimitadas); también Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock “Introduction” en Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock (eds.) *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, Oxford U. Press 2012, 5 (que aluden a la debilidad del poder judicial como explicación de la opción por esa alternativa, “where courts are weak (as they are in many developing countries), the bifurcated or integrated agency/tribunal models have some significant advantages”).

³⁷ Véase Arlen Duke “Public Enforcement” en John Duns, Arlen Duke & Brendan Sweeney (eds.) *Comparative Competition Law*, Edward Elgar 2015, 272 (“there are two enforcement agency models, the administrative model (under which the agency undertakes investigative, enforcement and administrative adjudicative functions) and the prosecutorial model (under which the agency undertakes investigative and enforcement functions and must prove its case by bringing a complaint before a generalist court or specialist adjudicative body)”).

³⁸ Véase Trebilcock & Iacobucci *World Competition* 25 (2002) 368-372 (sistema canadiense hasta 1976 y federal norteamericano seguido por el Departamento de Justicia) y Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 124.

³⁹ Véase Duke en Duns, Duke & Sweeney (eds.) *Comparative Competition Law*, 276 y Kenneth Davidson “Creating Effective Competition Institutions: Ideas for Transitional Economies” *Asian Pacific Law & Policy Journal* 6/1 (2005) 105 y Luis Díez Canseco “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica” *Themis* 36 (1997) 48-49.

⁴⁰ Por ejemplo, Estonia, Francia, Portugal y España, véase Duke “Public Enforcement” en Duns, Duke & Sweeney (eds.) *Comparative Competition Law*, 281.

⁴¹ Véase Davidson *Asian Pacific Law & Policy Journal* 6/1 (2005) 110.

Además, en alguna medida, casi todos los sistemas que encargan la aplicación de las normas antitrust a agencias administrativas únicas contemplan una división del proceso en varias fases u órganos (*modelos administrativos bifurcados o duales*)⁴².

Así, aunque en el INDECOPI la investigación/acusación y la resolución se concentran en una misma institución, en el procedimiento se separan la instrucción/investigación y la resolución de los expedientes⁴³. Con variaciones, este modelo es seguido en Canadá y era el empleado en el Reino Unido hasta la creación de la *Competition & Markets Commission* (CMA)⁴⁴. También es el modelo que se sigue en España en la organización de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)⁴⁵.

Por otra parte, el procedimiento administrativo sancionador que sigue INDECOPI para aplicar las prohibiciones *antitrust* es singular a nivel comparado⁴⁶. En efecto, se presenta como más largo que el seguido en otras jurisdicciones, contemplando dos instancias administrativas sucesivas ante órganos diferentes⁴⁷. Aparentemente, el modelo seguido busca garantizar los derechos de los investigados y acusados de vulnerar las prohibiciones y asegurar la solidez de las pruebas que acreditan la realización de la conducta prohibida, permitiendo corregir los eventuales errores en que pudiera incurrir la autoridad⁴⁸.

⁴² En referencia a la Comisión Europea y a la Comisión Federal de Comercio norteamericana (FTC), véase Duke “Public Enforcement” en Duns, Duke & Sweeney (eds.) *Comparative Competition Law*, 273-274. Michael J. Trebilcock & Edward M. Iacobucci “Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate” *Loyola University Chicago Law Journal* 41/3 (primavera 2010) 459 (“Under the bifurcated agency model, specialized investigative and enforcement agencies must bring formal complaints before separate, specialized adjudicative agencies. Under the integrated agency model, a single specialized agency undertakes investigative, enforcement, and adjudicative functions. With respect to the latter two models, an additional question arises as to what role, if any, there is for judicial appeals or judicial review of adjudicative decisions by specialized agencies”). El mismo modelo se sigue en Sudáfrica e Israel (id., 461).

⁴³ En el fondo, se podría decir que combina el modelo administrativo integrado y bifurcado como ocurre también, por ejemplo, en la India, Fox & Trebilcock en Fox & Trebilcock (eds.) *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, 19.

⁴⁴ Véase Trebilcock & Iacobucci *World Competition* 25 (2002) 372-380.

⁴⁵ Siendo la incoación e instrucción del expediente sancionador competencia de la Dirección de Competencia, mientras que compete al Consejo (Sala de Competencia o pleno, según los casos) la resolución del expediente. Véanse arts. 20, 35, 49, 50 y 51 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (BOE159 de 4/7/7) y arts. 20.2 y 25.1.a) Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE134 de 5/6/13), que distinguen y separa la instrucción -a cargo de la Dirección de Investigación (ahora de Competencia)- y la resolución -a cargo del Consejo-.

⁴⁶ Pero ha sido ensalzado por los expertos frente a la regulación preexistente, véase Pierino Stucchi “El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: Apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA)” *Themis* 56 (2008) 326 “El procedimiento administrativo diseñado por la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento detallado que rescata y mejora las instituciones diseñadas por el procedimiento especial de la ley antecesora y por el procedimiento único del Decreto Legislativo 807 – Ley de Organización y Funciones del INDECOPI”.

⁴⁷ Igualmente, Stucchi *Themis* 56 (2008) 325 (“Esta separación de funciones permite que el órgano instructor a quien corresponde imputar los cargos de oficio –sea por propia iniciativa o por denuncia de parte–, investigar y actuar medios probatorios, no sea el mismo órgano que decide el caso. Esta separación asegura que la Comisión no se vea involucrada ni condicionada por las actuaciones, presunciones o constataciones que propone la Secretaría Técnica, asegurando los niveles máximos de imparcialidad que garantiza un esquema acusatorio y no inquisitivo. Este esquema ve afianzada la garantía que ofrece a los administrados al contemplar la posibilidad de apelar las decisiones más importantes de la primera instancia ante el Tribunal del INDECOPI como segunda instancia revisora. Este Tribunal, en sintonía con el principio de verdad material, cuenta con la facultad de actuar medios probatorios dirigidos a esclarecer los hechos acusados como infracción, de estimarlo necesario”).

⁴⁸ A la vista de lo anterior, la reciente revisión de la OECD/BID recomienda la simplificación y acortamiento del proceso, véase OECD/BID, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*,

Como es sabido, la primera instancia tiene lugar a nivel de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) y, en ella, se distinguen dos etapas, la de fase instrucción/investigación y la fase de resolución. Esta separación es también frecuente en otros procedimientos administrativos sancionadores distintos de la defensa de la competencia (en el Perú y en otros ordenamientos).

En segunda instancia, pero sin salir del procedimiento administrativo, corresponde al Tribunal de Libre Competencia (TLC) resolver sobre los recursos contra las decisiones adoptadas por la CLC (art. 16.1 TUORCA y art. 31 LOFINDECOPI)⁴⁹. Finalmente, contra las resoluciones definitivas del TLC será posible interponer recurso contencioso-administrativo en la vía jurisdiccional (art. 44 TUORCA). Con posterioridad al pronunciamiento de la CLC existe pues, otra instancia administrativa de revisión dentro del propio INDECOPI, y luego el acceso a la vía judicial.

Entre los principios de la potestad administrativa la legislación peruana reconoce el principio al debido procedimiento: *“No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas”*, concretado después en que *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: 1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción”*⁵⁰.

La separación entre instrucción y resolución busca asegurar la imparcialidad y la objetividad del procedimiento y el respeto y garantía de los derechos de defensa de los investigados. Ello ha llevado en la práctica a que diversas entidades reguladoras con potestades sancionadoras en el Perú (v.gr., Superintendencia Nacional de Salud/SUSALUD, Superintendencia de Transporte Terrestre de personas, cargas y mercancías/SUTRAN, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental/OEFA) identifiquen a una unidad como encargada de conducir los

2018, 130-131 (simplificación de los procesos decisorios). El 21 de junio de 2019 se presentó un [proyecto de Ley](#) que modificaría el Decreto Legislativo n°1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y el Decreto Legislativo n°1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con la finalidad de que exista una única instancia de resolución de los procedimientos en materia de libre competencia y, de ese modo, agilizar su tramitación.

⁴⁹ En palabras de Stucchi & Ballón [Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura-REDUP 18 \(2017\) 58](#) *“Este esquema procedimental tiene como garantía en favor de los administrados la posibilidad de apelar las decisiones de la primera instancia ante una Sala del Tribunal del INDECOPI (conformada por cinco (5) miembros) como segunda instancia revisora (facultad que también le corresponde a la Secretaría Técnica, en caso discrepe del pronunciamiento final de la Comisión). Este Tribunal, en sintonía con el principio de verdad material, cuenta con la facultad de actuar medios probatorios dirigidos a esclarecer los hechos acusados como infracción, de estimarlo necesario”*.

⁵⁰ Respectivamente, arts. 248.2 y 254.1.1 del [Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General](#) (aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS de 22 de enero de 2019). En España, la doctrina ha abogado por una interpretación flexible y no rigorista de un precepto muy similar (que impone la separación del órgano acusador y del órgano resolutorio, art. 134.2 de la Ley española 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), véase -con referencias- Victoria López Torralba “Breve estudio en torno al Procedimiento sancionador y sus garantías” [Revista jurídica de la Comunidad de Madrid 22 \(2005\) 181-244](#) (en §2.2).

procesos de instrucción pero que se encuentre dentro de otra unidad (superior jerárquico) que es la que decide y, en su caso, impone las sanciones⁵¹.

En materia de defensa de la competencia, en INDECOPI la fase de instrucción corre a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (STCLC), que es un órgano técnico independiente que desarrolla la investigación sobre la posible existencia de infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas establecidas en el Título III del TUORCA (art. 15.1). Todo parece indicar que la STCLC es prudente y razonable a la hora de decidir incoar una investigación de una posible infracción de las prohibiciones antitrust: *“Respecto a la incoación del procedimiento sancionador, la Secretaría Técnica está motivada a proporcionar una fundamentación económica y jurídica sólida que sirva como guía en el desarrollo ulterior del procedimiento. Como parte de su obligación de actuar diligentemente, la Secretaría Técnica es cuidadosa en su decisión de iniciar el procedimiento, para evitar la iniciación de procedimientos que puedan terminarse o archiversse por falta de fundamentación o de prueba”*⁵².

La investigación de la Secretaría concluye con el informe Técnico que concluye la fase de instrucción, en el que la STCLC evalúa la existencia de infracción y da traslado del expediente, junto con las alegaciones de las partes a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (art. 36 TUORCA). A continuación, la fase de resolución se desarrolla ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC), que es un órgano separado de la STCLC, que es también independiente⁵³, que es el encargado de resolver sobre las propuestas de decisión en materia sancionadora que recibe de la STCLC (art. 23 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI-LOFINDECOPI)⁵⁴.

La concepción de la CLC como un órgano de carácter estrictamente decisorio hace que en la práctica sus miembros desempeñen sus cometidos a tiempo parcial (art. 21.d LOFINDECOPI)⁵⁵. Una solución idéntica impera hoy en día en los órganos resolutorios de muchas de las

⁵¹ Así, por ejemplo, en la OEFA quién conduce la instrucción es una subdirección, pero quién aplica la sanción es la dirección de la cual depende y en SUSALUD quién lleva la investigación es una intendencia, pero quién resuelve e impone las sanciones es una superintendencia adjunta de la cual depende. En la práctica, al parecer el superior jerárquico suele seguir (copiando en algunos casos) el informe de la autoridad instructora pues las decisiones ya están "alineadas" y puede incluso ocurrir que la autoridad que decide la aplicación devuelva al instructor para que "corrija" su propuesta y la envíe de nuevo. Un caso particular presenta el Organismo Superior de Contrataciones con el Estado (OSCE) pues aquí, el propio Tribunal recibe la denuncia evalúa si hay indicios para incoar un procedimiento, lo inicia, requiere información a los investigados y, eventualmente, sanciona (art. 260 del [Decreto Supremo 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado](#)).

⁵² Traducción de ABA Section of Antitrust Law, [Assessment of Global Competition Agency Implementation of ABA Best Practices for Antitrust Procedure, Report by the Procedural Transparency Task Force](#), 29 de Abril de 2019, 60.

⁵³ Los cuatro integrantes de la CLC son nombrados por el Consejo Directivo de INDECOPI entre profesionales *“de reconocida solvencia e idoneidad profesional y cinco (5) años de experiencia en temas afines a la materia de competencia de la respectiva Comisión”* (Art. 22.b) LOFINDECOPI). En la actualidad estos miembros son D^a María Pilar Cebrecos González (presidente), D. Dante Mendoza Antonioli, D. Lucio Andrés Sánchez Povis y D. Raúl Lizardo García Carpio y, a primera vista, son todos ellos profesionales con conocimiento y experiencia en materia de defensa de la competencia y regulación (véase <https://indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/comisionados-numero-118733-4>).

⁵⁴ Decreto Legislativo n° 1033 Aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI/LOFINDECOPI ([El Peruano, 25 de Junio de 2008](#))

⁵⁵ OECD/BID, [Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú](#), 2018, 11 y 120 (*“cuyos miembros ejercen sus funciones a tiempo parcial y están escasamente retribuidos”*), 31 (*“que desempeñan su*

autoridades autonómicas de defensa de la competencia en España (Andalucía, Aragón, Castilla y León, Galicia, Valencia), en la que sus integrantes no tienen dedicación exclusiva⁵⁶. Es cierto que esa situación contrasta con la del personal que presta sus servicios en la Secretaría Técnica, que lo hace a tiempo completo y en régimen de exclusividad⁵⁷. De ahí que, como no existe personal específico de soporte y asistencia para la CLC, la legislación prevea que la STCLC proporcione ese apoyo administrativo (art. 21.h y 44.1 LOFINDECOPI).

2.3. Posible sesgo confirmatorio en las decisiones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.

Los sistemas de defensa de la competencia consistentes en una agencia administrativa “única” suelen asegurar un mayor conocimiento/experiencia en sus decisiones y proporcionan una mayor eficiencia administrativa⁵⁸. El ahorro es considerable⁵⁹. No obstante, en el panorama comparado existe una variación notable en el grado de integración o bifurcación/dualidad orgánica que presentan, de modo que en la práctica no existe una separación tajante entre sólo dos tipologías de organizaciones, presentándose un *continuum* en el que son posibles alternativas y combinaciones múltiples.

Precisamente por la integración que subsiste en la organización de los sistemas de agencia administrativa “única”, se les censura por apariencia de falta de imparcialidad⁶⁰. En la medida

función a tiempo parcial”), 37 (“funciones escasamente retribuidas que los comisionados y los vocales del Tribunal desempeñan, además a tiempo parcial”). Una de las recomendaciones de la OECD/BID es precisamente cambiar la dedicación de los miembros de la Comisión y dotarla de más recursos (id. 127 y 131).

⁵⁶ Véanse artículo 14.5 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (BOE179 de 2/7/07), artículos 6 y 7 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón (BOA 17 de 10/2/06); Disposición Adicional 1ª del Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de la Comunidad de Castilla y León en materia de defensa de la competencia (BOCL 28 de 11/2/09); artículos 22.2, 3 y 4 de la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consello Gallego de la Competencia (DOG46 de 8/3/2011) y artículos 4.4 y 7 del Reglamento sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia (CDC) de la Comunidad Valenciana aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, se crea la CDC de la Comunitat Valenciana (DOGV6741 de 26/3/12).

⁵⁷ Alerta sobre el particular, OECD/BID, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, 2018, 37 (“situación excesivamente ventajosa [de] Secretaría Técnica (cuyos miembros se desempeñan) a tiempo completo, y podría dar también lugar a conflictos de intereses y a que se atraigan candidatos menos cualificados de lo que sería deseable”).

⁵⁸ Véanse Trebilcock & Iacobucci *Loyola University Chicago Law Journal* 41/3 (primavera 2010) 463-464 y Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 129-130 (que apunta como los modelos que establecen separación estricta pueden conducir a costes adicionales, largos procedimientos y menor efectividad en el *enforcement* de las prohibiciones).

⁵⁹ Véase Wouter P. J. Wils “The Combination of the Investigative and Procedural Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis” *World Competition* 27 (2004) 221 (“It is certainly true that a pure system in which one person or one group of persons both investigate and decide is administratively cheaper than a system in which one person or group of persons investigates and a second person or group of persons decides, because in the later system there will inevitably be some duplication in that the second person or group of persons has to acquire at least part of the knowledge of the case which the first person or group of persons already have”).

⁶⁰ En palabras de Daniel A. Crane (*The Institutional Structure of Antitrust Enforcements*, Oxford U. Press 2011, 221-222) “[A] process that relies on a single agency to initiate an investigation, issue an administrative order, and review that order raises concern about the independence ... of the adjudication process”. También Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 123 (“there may be a lack of checks and balances in the decision-making process...[t]here may also be a ‘prosecutorial bias’; in their words, the team handling the case may have a natural tendency to look at the facts in a way that favours the finding of an infringement”).

que se combinan las funciones de investigación/instrucción y de resolución/sanción en una misma institución y, al margen de que desde el punto de vista de la organización interna exista algún tipo de división, se considera que existirá siempre un sesgo acusador o confirmatorio (*prosecutorial bias/confirmatorial bias*) de la agencia en su conjunto. En efecto, de algún modo se percibe que operan como “*jueces de su propia causa*”⁶¹ y eso nublaría la independencia de sus decisiones (*Nemo iudex in re sua* decía el Código Justiniano)⁶².

La crítica anterior se formula, por ejemplo, tanto del procedimiento ante la Comisión Europea como del procedimiento ante la Comisión Federal de Comercio Norteamericana (FTC)⁶³. La autoridad de defensa de la competencia holandesa (Authority for Consumers & Markets- ACM) o la británica (CMA) tampoco establecen una separación formal entre distintas entidades para la investigación, persecución y decisión de las infracciones de las normas antitrust, aunque introducen diversas medidas destinadas a evitar y controlar los posibles sesgos en las decisiones⁶⁴. Finalmente, el caso de la Comisión Europea es particularmente ilustrativo a los efectos del presente artículo, pues pueden encontrarse alguna similitud con el procedimiento administrativo ante INDECOP⁶⁵. El mismo equipo de la Dirección General de Competencia (DGCOM) asume la tarea de investigar las posibles infracciones y, en su caso, declarar la existencia de infracción⁶⁶. Se prevén mecanismos de control interno para evitar los sesgos⁶⁷, “*pero, aunque estos controles internos deban ser bienvenidos y constituyan salvaguardas adicionales, no proporcionan una separación funcional dentro de la Comisión Europea*”⁶⁸.

En efecto, una apreciación análoga, sobre la falta de separación entre CLC y STCLC y a la dependencia de la CLC de la STCLC se hace sobre la organización y el procedimiento del

⁶¹ Véase Fox & Trebilcock en Fox & Trebilcock (eds.) *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, 7.

⁶² Como luego veremos, existe una sobrevaloración de esta regla y de sus implicaciones en el diseño de las instituciones, véase Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge U. Press, 2014, 110 (“*The upshot is that it is never a sufficient constitutional argument to point out that a proposed institution, or a proposed interpretation of ambiguous constitutional rules or practices, would violate the nemo iudex principle or would “put the fox in charge of the henhouse.” One must go on to ask whether the conflict is avoidable or unavoidable, and if it is avoidable, whether it would be good or bad overall to avoid it. In a range of cases, violations of nemo iudex are either unavoidable or affirmatively desirable, on balance*”).

⁶³ Véanse Ilya Shapiro & Caitlyn W. McCarthy “Are Federal Agencies the Sole Judges of Their Own Authority?” [Regulation 34/2 \(verano 2011\) 4-5](#) y Duke “Public Enforcement” en Duns, Duke & Sweeney (eds.), *Comparative Competition Law*, 277. A pesar de que han adoptado medidas para corregir esos riesgos, Fox & Trebilcock en Fox & Trebilcock (eds.) *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, 7; Trebilcock & Iacobucci [Loyola University Chicago Law Journal 41/3 \(primavera 2010\) 464](#).

⁶⁴ Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 125.

⁶⁵ Véase *infra* apartado §4.1 y Trebilcock & Iacobucci [Loyola University Chicago Law Journal 41/3 \(primavera 2010\) 463](#) (“*In Europe, the [Competition Directorate of the European Commission] CDEC investigates and initially adjudicates competition questions subject to approval of the Commission. EU Commissioners, however, have little day-to-day involvement with these questions. Parties have a right of appeal to the Court of First Instance and then to the European Court of Justice*”).

⁶⁶ Véanse OECD, [Country Studies: European Commission - Peer Review of Competition Law and Policy](#), 2005, 62 (“*The Commission’s integrated enforcement process, though efficient, has inherent weaknesses. Combining the functions of investigation and decision in a single institution can save costs but can also dampen internal critique*”) e Ian S. Forrester “Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures” [European Law Review 34 \(2009\) 836-839](#).

⁶⁷ Véase Philip Marsden “Checks and balances: EU competition law and the rule of law” [Competition Law International, Feb. 2009, 24-29](#).

⁶⁸ Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 127.

INDECOPI para la investigación de violación de prohibiciones de conductas anticompetitivas. Aquí, la STCLC se presenta como el órgano con más recursos, lo que inicialmente supondría una mayor efectividad en la detección e investigación de conductas potencialmente prohibidas. En cambio, la CLC se limita a pronunciarse sobre la propuesta hecha por la STCLC y se apoya en ésta última para el desarrollo de sus funciones. Por ello, se critican los amplios poderes de que dispone la STCLC, el desequilibrio de poderes/recursos que existe en comparación con la CLC y la discrecionalidad en el proceso de nombramiento de los directivos de la STCLC⁶⁹.

Al margen de las cuestiones relativas al nombramiento y designación de cargos, que resultan problemáticos y suelen censurarse en casi todos los sistemas⁷⁰, interesa examinar que el evidente desequilibrio de recursos de la STCLC con la CLC, y el apoyo que el primero presta a la segunda, lleve la CLC a caer el sesgo acusador o confirmatorio en la adopción de las decisiones sancionadoras.

Los estudios de psicología cognitiva ponen de relieve lo difícil que puede ser actuar de manera objetiva e independiente en el contexto y circunstancias en las que opera la CLC⁷¹. En su proyección sobre el caso concreto supondría el sesgo de la CLC de confirmar las acusaciones y propuestas de la STCLC: *“Este sesgo confirmatorio se produce porque los sujetos ignoran todas las pruebas nuevas una vez ya han tomado postura, o porque erróneamente interpretan que las pruebas que contradicen sus pensamientos les soportan”*⁷². De hecho, esta crítica se deslizó sutilmente en la revisión *inter pares* del OCDE/BID en 2018⁷³.

Según este argumento, el procedimiento sancionador de INDECOPI no garantizaría adecuadamente los derechos de defensa de los acusados, porque existe una posible falta de imparcialidad del órgano decisorio. La aparente falta de independencia de la CLC se cifraría en un sesgo acusatorio y confirmatorio, agravado por la asistencia y apoyo que la STCLC presta a la CLC. A resultas del sesgo, existiría el riesgo de que la CLC se limite a confirmar y seguir las propuestas de la STCLC con demasiada facilidad, adoptándose decisiones erróneas⁷⁴.

⁶⁹ Véase Carlos Patrón “Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas” [Ius et Veritas 36 \(2008\) 142-143](#) (que centra su crítica en la persona individual que asume la dirección de la STCLC, aunque para eso subraya su función de apoyo de la CLC, lo que contrasta con la censura que otros hacen de tal extremo).

⁷⁰ Respecto de las autoridades de defensa de la competencia en España, véanse Artemi Rallo “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador” [Teoría y Realidad Constitucional-UNED 34 \(2014\) 193-234](#) y Francisco Marcos “Independencia de las autoridades de defensa de la competencia en España” [Revista de Derecho de la Competencia y Distribución 21 \(2017\)](#).

⁷¹ Véanse Don A. Moore, Lloyd Tanlu & Max H. Bazerman “Conflict of interest and the intrusion of bias” [Judgment and Decision Making 5/1 \(febrero 2010\) 37-53](#) y Raymond S. Nickerson “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises” [Review of General Psychology 2/2 \(1998\) 175-220](#).

⁷² James C. Cooper & William E. Kovacic “Behavioral economics: implications for regulatory behavior” [Journal of Regulatory Economics 2012: 47](#) (en el original “This confirmation bias comes about either because subjects ignore all new evidence once they have made up their minds, or because they erroneously interpret evidence contradicting their beliefs as supporting their beliefs”).

⁷³ OECD/BID, [Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú](#), 2018, 11 (“se dice que esta presunta subordinación estaría desdibujando los límites entre las funciones de instrucción y de toma de decisiones”) y 120 (“la Comisión de Defensa de la Libre Competencia [...] dependa excesivamente de la Secretaría Técnica”). Véase también Stucchi & Bayón [Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura-REDUP 18 \(2017\) 57-58 y 70](#).

⁷⁴ Aunque la crítica se formula respecto de las condenas y multas, con los que se incurriría en errores tipo 1 (falsos negativos), podría predicarse igualmente respecto de los archivos, que supondrían errores tipo 2 (falsos positivos). Véanse *supra* notas 23 y 26 y texto correspondiente.

En suma y a groso modo el problema radicaría en la falta de criterio propio de la CLC que siempre seguiría las propuestas de la STCLC. Aunque no se dispone de una evidencia empírica de este extremo, hay referencias a que la CLC suele seguir las propuestas de la STCLC, y otro tanto ocurre después ante la Sala Especializada de Libre Competencia del Tribunal de INDECOPI⁷⁵, aunque esto suela ocurrir en todas las agencias de competencia de modelo integrado, siendo excepcionales las decisiones del órgano resolutorio discordantes con la propuesta del órgano instructor.

2.4. Prevención y remedios frente a los errores de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

En abstracto, es cierto que podría argumentarse que sería deseable que hubiera una separación mayor entre STCLC y CLC⁷⁶, y que la CLC contase con más recursos y personal de apoyo propio y distinto de la STCLC. Pero la realidad no es panglossiana, por los motivos que sean, esa no es la situación actual. Aunque este diseño no es inmutable y podría cambiar⁷⁷, es el resultado de un equilibrio de los recursos y objetivos perseguidos, en el que la imparcialidad decisoria es un valor a tener en cuenta, pero ni la única, ni la más importante⁷⁸.

Aunque la separación entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores constituye una recomendación estándar de las organizaciones internacionales expertas en esta materia para asegurar la integridad del procedimiento y la imparcialidad de las decisiones⁷⁹, en el panorama comparado existen modelos muy distintos en algunos de los que esa separación no existe⁸⁰. Existen diversas alternativas en la organización de las autoridades de competencia, que

⁷⁵ Véanse OECD/BID, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, 2018, 32 (“Cabe señalar que, de acuerdo con fuentes internas del Indecopi, entre 2015 y 2018 se recurrieron ante el Tribunal sesenta y cinco casos. De estos sesenta y cinco casos, cincuenta y siete fueron confirmados (87,7%), dos fueron parcialmente confirmados (3,1%), en dos de ellos el procedimiento fue sobseído por pérdida sobrevenida de su objeto (3,1%), en uno de ellos la parte apelante desistió (1,65%) y solo tres de las resoluciones emitidas por la Comisión fueron revocadas y/o anuladas (4,75%)”) y 53 (“El porcentaje de éxito del Indecopi ante los órganos jurisdiccionales es del 100%”); Agustín Valencia Dongo “Juntos y revueltos: diseño institucional y garantías de debido proceso” *Bullard Falla Ezcurra* + 2017/11.

⁷⁶ Véase Hugo Gómez Apac “El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia” *Círculo de Derecho Administrativo* 7 (2009) 478.

⁷⁷ El propio presidente de INDECOPI al hilo de una pregunta de Alejandro Falla sobre el particular: “Segundo tema importante, es el del diseño de la Secretaría, efectivamente, hay una serie de propuestas, que parten de un cuestionamiento al hecho de que el secretario técnico sea el fiscal y al mismo tiempo proyecte la resolución, es una observación que se está planteando, en experiencias de agencias pares está la de Chile, donde hay una fiscalía que acusa y un tribunal que resuelve, con una clara diferenciación de equipos humanos y hasta de sedes, es interesante revisarlo también, así que siempre lo tenemos en la mira” [Ivo Gagliuffi, “Políticas de Competencia en el Perú” *Saber vivir- Revista de la Escuela Nacional de Administración Pública del Perú* 1 (junio 2017) 58].

⁷⁸ Véase Vermeule, *The Constitution of Risk*, 107-108.

⁷⁹ Véanse OECD Competition Committee, *Procedural Fairness and Transparency. Key points*, 2012, 29 y 44-45 (establecimiento de una separación mayor entre las funciones del personal encargado de la investigación y el encargado de la resolución, con referencias a la organización del procedimiento en la NMA holandesa) y D. Daniel Sokol “The Case for Global Best Practices in Antitrust Due Process and Procedural Fairness” en D. Daniel Sokol & Andrew T. Guzman (eds.) *Antitrust Procedural Fairness*, Oxford University Press, 2019. 14 (“In some systems the separation between the investigation unit and enforcement unit is not well defined. A better practice would be to separate these functions as separation allows for an additional level of oversight of the investigation unit within a competition authority to ensure that the case and the procedures used are independently verified as valid and worthwhile to pursue the case to the next level”).

⁸⁰ Véase, en referencia a los sistemas norteamericano, chino y europeo, Christopher S. Yoo, Yong Huang, Thomas Fetzer & Shan Jiang “Due Process in Antitrust Enforcement Through the Lens of Comparative Law” *Working Paper SSRN*, 21 de Agosto de 2019, 62 (“The three jurisdictions differ in the extent to which they separate investigatory and decision-making

presentan distintos costes y beneficios. Lo que se ganaría con la separación en términos de integridad se perdería en el aprovechamiento conjunto del conocimiento y de los recursos sobre el expediente objeto de enjuiciamiento⁸¹.

Por ello, lo mejor puede ser establecer mecanismos para evitar y corregir los riesgos que la falta de separación suscite⁸². Así, mientras esa situación no cambie (o si no lo hace) procede analizar si el sistema proporciona medidas preventivas y reactivas ante los riesgos de errores derivados del sesgo confirmatorio/acusador.

En principio, parece que la organización actualmente existente en INDECOPI responde a las posibilidades y limitaciones prácticas que derivan de la configuración concreta de la CLC. Desde una perspectiva funcional, como ya se ha apuntado antes, todos los modelos disponibles a nivel comparado presentan ventajas e inconvenientes⁸³, siendo muchos los que siguen una organización y estructura similar a la INDECOPI, incluso los que la han adoptado recientemente⁸⁴.

Naturalmente, todos ellos pueden criticarse por los riesgos a la imparcialidad, y por el posible sesgo acusatorio, pero normalmente existen remedios eficaces para evitar la adopción de decisiones erróneas y garantizar los derechos de defensa de los acusados. En primer lugar, en el *plano preventivo*, hay que pensar en la responsabilidad, legitimidad y transparencia de la CLC, que no es un mero “órgano de paja”, aunque presente las lógicas limitaciones de recursos de un órgano que actúa a tiempo parcial. En segundo lugar, en el *plano reactivo*, incluso si existiera una tendencia confirmatoria excesiva de la CLC, se prevé otra revisión posterior ante la Sala de Libre Competencia del Tribunal de INDECOPI y, sobre todo, una judicial en varias instancias⁸⁵.

Vistas así las cosas, *ex ante* la independencia de criterio y reputación del órgano resolutorio se presenta como garantía de la imparcialidad de su decisión. No conviene olvidar que, al margen de las apariencias, la potestad decisoria en los procedimientos antitrust en INDECOPI recae exclusivamente en la CLC y sus integrantes son libres de seguir o no la propuesta de la Secretaría Técnica. En efecto, la decisión última de los expedientes sancionadores es prerrogativa de la CLC, y sus miembros gozan de independencia y criterio para separarse de la propuesta de la Secretaría, incluso adoptando una decisión diferente. Es obvio que la STCLC tendrá un criterio y presentará una propuesta sobre las conductas imputadas e investigadas, pero presumir que “imponga” ese criterio a la CLC significaría ignorar la cualificación y reputación

staff, a principle called the separation of functions. Although none of the jurisdictions provides a complete separation of investigatory and decision-making staff, the U.S. generally observes a stricter separation of functions than China or the EU”).

⁸¹ Vermeule, *The Constitution of Risk*, 120 (“...combination of functions is necessary to secure expert administrative decision making in a complex society”) y “[g]iven basic tradeoffs between impartiality and informed expertise in the administrative state, consistent implementation of *nemo iudex* would promote impartiality at too great a price.”)

⁸² *Id.* últ. 137-138 (frente a la prevención *ex ante*, puede contemplarse la reacción *ex post*, asumiendo los riesgos).

⁸³ Véase Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, University of Chicago Press, 1997 Chicago, 8 (las desventajas son de índole organizativo y de información, y varían en cada modelo).

⁸⁴ Las ventajas en términos de eficiencia y especialización técnica son elevadas y, por ello, se suele recomendar su adopción en los sistemas de defensa de la competencia de reciente adopción y en economías menos desarrolladas, véase Trebilcock & Iacobucci [Loyola University Chicago Law Journal](#) 41/3 (primavera 2010) 470.

⁸⁵ Existe una plena competencia del poder judicial para revisar las decisiones administrativas de INDECOPI (en los hechos y en el derecho), aunque el porcentaje de confirmación también sea muy elevado (100%), véase OECD/BID, [Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú](#), 2018, 79.

de los integrantes de la CLC. Naturalmente, siempre pueden existir sesgos inconscientes de los miembros de la Comisión e inercia a seguir el criterio de la STCLC, pero ese efecto será inherente a cualquier modelo de agencia administrativa integrada a cargo de la investigación y sanción de las infracciones de la legislación antitrust. Lo más preocupante en estos casos sería la falta de independencia del poder político y no los riesgos derivados de la eventual inercia y endogamia institucional.

En efecto, aunque el procedimiento pueda presentarse sesgado a favor de la confirmación de la propuesta STCLC, los riesgos y peligros que ese sesgo pueda engendrar se reducirán en la medida que existen otros controles posteriores dentro de INDECOPI y un ulterior derecho a una revisión judicial plena e independiente de esas decisiones⁸⁶. Presumiblemente, la revisión judicial de la actividad sancionadora de la administración corregirá los posibles errores, excesos y cualquier sesgo en que se hubiera podido incurrir⁸⁷. El diseño adoptado, con una doble instancia administrativa revisora, permitiría detectar y corregir los eventuales errores tipo 1 (sobre-aplicación de las prohibiciones, “falsos negativos”) que pudieran derivarse de un sesgo confirmatorio de la STCLC⁸⁸.

A diferencia de la tesis que aboga por una mayor separación entre CLC y STCLC no parece razonable que en la realidad actual de los procedimientos sancionadores de INDECOPI la separación entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores deba conducir necesariamente un “aislamiento” de la instrucción, visto que el órgano resolutorio tiene recursos limitados para examinar y evaluar las conductas investigadas y adoptar una decisión⁸⁹. Esta limitación de recursos será particularmente acuciante en los expedientes complejos, con múltiples partes y conductas enjuiciadas, y en los que el conocimiento y experiencia del órgano instructor en el caso pueden ser muy valiosos para el órgano resolutorio⁹⁰. Parece lógico que, en tales circunstancias, se contemple la asistencia y el apoyo del órgano instructor y de investigación en la adopción de una decisión sobre el asunto (máxime si existe transparencia plena sobre este extremo, incorporándose al expediente las actas de las reuniones mantenidas entre la CLC y la STLC).

En suma, incluso en aquellas agencias administrativas integradas, en las que el órgano de resolución gozase de recursos y medios suficientes para actuar de manera completamente

⁸⁶ Véase Duke “Public Enforcement” en Duns, Duke & Sweeney (eds.), *Comparative Competition Law*, 278. También Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 198

⁸⁷ En comparación al modelo vigente en Estados Unidos, “*Nuestro Derecho se basa en la imposición de sanciones administrativas, que son menos gravosas que las penales (si las compramos con las penas privativas de libertad) y que, aunque llegan teóricamente pronto (frente a la lentitud de los procesos penales), están sometidas al “partido de vuelta” del contencioso-administrativo en el que se pierde la inicial ventaja temporal*”, la cita es de Alejandro Huergo “Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement” en Diego Zegarra (ed.) *La Proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima 2019, 526

⁸⁸ Sobre la relevancia de la revisión para corregir errores de las autoridades de competencia, véase OECD, Directorate for Financial & Enterprise Affairs. Competition Committee, *Scoping note on Transparency and Procedural Fairness as a long-term theme for 2019-2020*, 6-8 June 2018, [DAF/COMP/WD\(2018\)6](#) (“¶14. Effective review of competition enforcement actions and decisions allows the parties' rights to be protected and enables setting aside or correcting decisions that may be mistaken. Effective review thus ensures that the rule of law is observed”).

⁸⁹ Vermeule, *The Constitution of Risk*, 117 (“In some settings, the bias of decision makers can be reduced only by reducing the information they hold or their incentives to invest in acquiring new information”).

⁹⁰ Sobre el valor de la información y el eventual sacrificio de la imparcialidad, véanse Neil Komesar “Stranger in a Strange Land: An Outsider’s View of Antitrust and the Courts” *Loyola U. Chicago L. J.* 41 (2010) 446 y 448

autónoma, carecería de sentido abogar por el “autismo institucional” del órgano resolutorio⁹¹. La independencia de criterio del órgano resolutorio existirá al margen de los contactos y relaciones que eventualmente tenga con el órgano de instrucción. En todo caso, la revisión por la Sala de Libre Competencia del Tribunal de INDECOPI y el recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa contra las condenas erróneas por INDECOPI se presenta como una solución eficiente, de uso generalizado en el derecho comparado, para corregir los posibles errores y excesos de la autoridad por falta de imparcialidad⁹². Esta es su principal justificación social⁹³.

Finalmente, no puede olvidarse la credibilidad y reputación de INDECOPI como una institución eficaz y respetuosa de los procedimientos de defensa de la competencia⁹⁴. Hace unos meses la *Antitrust Section* de la *American Bar Association* (ABA) ha valorado muy positivamente los procedimientos de INDECOPI de acuerdo con los principios de transparencia procedimental (que la ABA adoptó en 2015), concluyendo: “*Aunque los criterios aplicados y/o la aproximación de la autoridad pueda variar en cada caso dependiendo de sus particulares circunstancias y aspectos, INDECOPI es generalmente reconocida como una entidad seria, que desarrolla sus funciones de acuerdo con su regulación y se compone de personal competente y con buena formación*”⁹⁵.

⁹¹ Una previsión que suele existir en otros ordenamientos (véase, por ejemplo, art. 34. 3 de la Ley española 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, [BOE 159 de 4/7/7](#), reformulado como art. 20.8 de la Ley 3/2013, De 4 de Junio, de creación de la CNMC, [BOE 134 de 5/6/13](#)) es la de que el órgano resolutorio (el equivalente a la CLC) inste al órgano instructor (el equivalente a la STLC) a investigar determinados hechos susceptibles de constituir una vulneración de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, véase Gómez Apac [Círculo de Derecho Administrativo 7 \(2009\) 478](#)

⁹² También Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 197 y 217-224 alude a la revisión judicial como clave en el control del desempeño de las autoridades de competencia [aunque su discusión, como luego veremos *infra* apartado §3.5), se centre más en la intensidad y profundidad de la intervención y control judicial].

⁹³ *Mutatis mutandi* vale la argumentación sobre la revisión judicial en sede de apelación de Steven Shavell “The appeals process as a means of error correction” *Journal of Legal Studies* 24 (1995) 379-426 (que expresamente la extiende al ámbito contencioso-administrativo, id., 380). Shavell construye su argumentación partiendo de que este mecanismo es la receta preferible para la corrección de errores frente a la reforma del procedimiento para introducir cambios que mejoren la calidad de las decisiones (su precisión y exactitud) y reduzcan los posibles errores.

⁹⁴ Prueba de lo anterior es la buena posición de INDECOPI alcanza en los rankings elaborados por la American Bar Association (ABA), siendo la única nota negativa referida a la duración excesiva de los procedimientos, véase ABA Section of Antitrust Law, [Assessment of Global Competition Agency Implementation of ABA Best Practices for Antitrust Procedure, Report by the Procedural Transparency Task Force](#), 29 de Abril de 2019, 142-147. Véase también Stucchi [Advocatus 23 \(2011\) 58](#) (“INDECOPI ha consolidado una experiencia institucional y funcional en la esforzada labor de defender los derechos e intereses de los consumidores, garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones. Desde esta consideración, el INDECOPI, en el contexto actual, es una institución confiable, con trayectoria técnica y que ha desarrollado un progresivo proceso de desconcentración a nivel nacional”).

⁹⁵ ABA Section of Antitrust Law, [Assessment of Global Competition Agency Implementation of ABA Best Practices for Antitrust Procedure](#), 60.

3. Conformidad de la organización y del procedimiento sancionador de defensa de la competencia del INDECOPI con El Artículo 6 De La Convención Europea De Derechos Humanos (CEDH).

3.1. Introducción.

El principio de imparcialidad y la separación de instrucción y la resolución de los procedimientos administrativos sancionadores en el INDECOPI se conecta con el derecho a un proceso debido o a un proceso equitativo (*due process*). EL derecho a un proceso debido o justo se reconoce y es común a otros Ordenamientos, incluida la Constitución peruana⁹⁶.

Aunque obviamente la CEDH no es aplicable en el Perú, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) interpretando el artículo 6.1 de la CEDH es muy elaborada y, por ello, son frecuentes las referencias a la misma, incluso al margen de su falta de aplicación en otras jurisdicciones⁹⁷. Según el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH)⁹⁸: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*”

Para evaluar la conformidad del procedimiento sancionador de INDECOPI con el artículo 6.1 CEDH es oportuno examinar la fundamentación del derecho a un proceso debido en los procedimientos administrativos sancionadores (como el de defensa de la competencia) que ha realizado la jurisprudencia de TEDH. Esa construcción arranca como una extensión de su aplicación procedimientos penales, con las limitaciones que el propio TEDH ha establecido. Sólo si se tienen en cuenta las limitaciones en la extensión del derecho a un debido proceso a los procedimientos administrativos sancionadores se puede evaluar la compatibilidad con la jurisprudencia del TEDH del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia de INDECOPI. De hecho, son ya varias las sentencias del TEDH que se pronuncian específicamente sobre las exigencias concretas y la adaptación de la aplicación del artículo 6 de la CEDH a los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia (*infra* apartado §3.3).

Además, como se analizará a continuación, el TEDH ha restringido notablemente el alcance de los derechos reconocidos en la CEDH a las personas jurídicas (*infra* apartado §3.2). La práctica totalidad de los sujetos investigados y sancionados por INDECOPI suelen ser empresas y

⁹⁶ Véanse arts. 2.24 y 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 (se maneja la [13ª edición oficial](#), actualizada al referéndum de 2018, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). El artículo 139 de la Constitución recoge, además, el principio del debido proceso (3) y el derecho de defensa (14) en el desarrollo de la función jurisdiccional.

⁹⁷ A partir del conocido aforismo de Gayo en sus Instituciones “*Omnes populi, qui legibus et moribus regentur, partim suo propprio, partim communi ómnium hominum jure utuntur*” véase el interesante estudio de Waldron “*Partly Laws Common to All Mankind*” *Foreign Law in American Courts*, 3-4 y 20 (aunque centrado en el Derecho estadounidense se refiere a la oportunidad y utilidad de las referencias e invocaciones a tradiciones jurídicas comparadas y al peso de su invocación en contenciosos puramente domésticos).

⁹⁸ Se maneja el texto del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 5 de noviembre de 1950, enmendado por varios protocolos posteriormente, que fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 ([BOE243 de 10/10/1979](#)).

operadores económicos que tienen la forma de sociedad mercantil. La jurisprudencia del TEDH ha modulado la extensión de los derechos reconocidos en la CEDH a las personas jurídicas (*derechos humanos corporativos*) y eso debe afectar también a las diversas garantías comprendidas en el derecho al debido proceso establecido en el art. 6.1 CEDH.

Finalmente, y en lo que más interesa a los efectos de este artículo, el TEDH ya ha dictaminado específicamente sobre las exigencias del principio de imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores por vulneración de las normas de defensa de la competencia y, en concreto, sobre la separación de instrucción y resolución de los expedientes que se tramitan ante autoridades de defensa de la competencia (*infra* apartado § 3.4).

Como se verá, y esta conclusión es coherente con la que se alcanza desde la perspectiva económico-funcional (*supra* apartado §2), el TEDH ha dictaminado que cuando en las autoridades administrativas de defensa de la competencia no exista separación entre la investigación e instrucción del expediente y la resolución del mismo (y la eventual imposición de sanciones) la posible falta de imparcialidad del órgano decisor no infringe el derecho a un debido proceso (ex art. 6 CEDH) si existe una ulterior instancia de revisión judicial que pueda pronunciarse tanto sobre los hechos como sobre el derecho ([sentencia del TEDH de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#))⁹⁹. Lo relevante para satisfacer las exigencias del derecho a un debido proceso ex art. 6.1 CEDH es que las decisiones de la autoridad sancionadora sean susceptibles de recurso ante un órgano judicial con plena jurisdicción para revisar tanto las cuestiones de hecho como de derecho (*infra* apartado §3.5)¹⁰⁰.

3.2. Los derechos humanos en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia.

A partir de la Declaración de los Derechos Humanos (1948) se reconoce a los acusados en los procedimientos penales el derecho de defensa y a un proceso debido¹⁰¹. El reconocimiento de estos derechos protege la debilidad y vulnerabilidad de los individuos en los procesos penales y litigios sobre derechos y obligaciones civiles.

El artículo 6 de la CEDH establece el conjunto de derechos y garantías procedimentales que aseguran la integridad del proceso en todas sus fases (instrucción y resolución), incluyendo los estándares de prueba y de revisión de las posibles sanciones¹⁰².

⁹⁹ Véase Prudencio C. Moreno Trapiella *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso-administrativo español. El caso específico del control judicial de las sanciones administrativas*, M. Pons 2012, 29 (que expresamente distingue la [Sentencia de 26 de octubre de 1984, De Cubber c. Bélgica, 9186/80](#), relativa a un proceso penal y en el que el cumplimiento del art. 6 CEDH es necesario desde la primera instancia judicial, de los procedimientos administrativos, en que ello no es preciso siempre y cuando exista una ulterior revisión judicial con plena jurisdicción).

¹⁰⁰ Además, ese derecho figuraba ya en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General de la ONU de 16 de diciembre de 1966, y aprobado por [Decreto Ley 22128, de 28 de marzo de 1970](#).

¹⁰¹ Véase artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en París, el 10 de Diciembre de 1948, por la Asamblea General de la ONU (aprobada por [resolución legislativa 13282 de la Asamblea Legislativa del Perú de 9 de Diciembre de 1959](#)). Igualmente, véase artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. En el Perú el derecho al debido proceso y el principio de imparcialidad se reconocen también en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 7 al 22 de Noviembre de 1969), aprobada por [Decreto Ley 22231 del 11 de julio de 1978](#).

¹⁰² Comprendiendo la garantía de imparcialidad, independencia, presunción de inocencia, la igualdad de armas, derecho de acceso pleno a las pruebas, derecho de audiencia, derecho a no declarar contra sí mismo y a obtener un pronunciamiento sin demoras justificadas.

La jurisprudencia del TEDH ha extendido progresivamente algunas de las garantías a un proceso equitativo establecidas en el art 6.1 del CEDH a muchos procedimientos administrativos sancionadores. La prolongación de las exigencias de los procesos penales a los procedimientos administrativos se fundamenta en la naturaleza represiva y preventiva de algunas sanciones administrativas, que se dirigen al conjunto de la población (a diferencia, v.gr., de las sanciones disciplinarias)¹⁰³. Esa extensión es coherente con la unidad ontológica de los poderes represivos y punitivos del Estado (sean penales o administrativos)¹⁰⁴, que exige el cumplimiento de ciertas garantías para acreditar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la infracción y la eventual imposición de una sanción.

Así, aunque las sanciones administrativas son de carácter económico, pueden alcanzar importes muy elevados. Sin embargo, no se trata de que todas las garantías del proceso penal se trasladen al procedimiento administrativo sancionador¹⁰⁵. La exigencia de imparcialidad e independencia del órgano que resuelve el procedimiento y la separación entre instrucción y resolución es precisamente una de las garantías cuyo trasplante al procedimiento administrativo se modula, atendiendo a las exigencias de eficiencia administrativa¹⁰⁶.

En particular, desde la [sentencia del TEDH de 27 de Febrero de 1992 \(Société Stenuit v France, 11598/85\)](#) las garantías y exigencias del derecho al debido proceso (art. 6.1 CEDH), y las limitaciones a las acciones de los poderes públicos, se extienden también a los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia. Aunque no se trata de procesos de naturaleza penal (sin que en ellos se prevean las sanciones típicas de privación de libertad) dada la gravedad de las sanciones y el elevado importe que pueden alcanzar las multas de las autoridades de defensa de la competencia, el TEDH ha entendido que las garantías del proceso debido deben extenderse *de algún modo* también a los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia.

Sin embargo, la extensión por el TEDH del ámbito de protección del derecho al debido proceso a los procedimientos administrativos sancionadores se ha realizado de manera flexible según la gravedad de la sanción que podría imponerse al imputado y de cómo afectase a la situación del

¹⁰³ Véase [STEDH de 21 de febrero de 1984, Ötziürk c. Alemania, 8544/79](#).

¹⁰⁴ Véase Alejandro Nieto *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed. Tecnos 2012, 125-127.

¹⁰⁵ Véase Alejandro Huergo *Las sanciones administrativas*, Iustel Madrid 2007, 156-170.

¹⁰⁶ Véase José Suay Rincón “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador” [RAP 123 \(1990\) 167-171](#) y la interesante crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el particular de Gabriel Doménech “El rango constitucional del principio según el cual quien instruye un procedimiento sancionador no lo resuelve” [Revista General del Derecho Administrativo 10 \(2005\) 14-16](#) (aunque no cree que este sea el caso, considera que los costes económicos pueden justificar dicha modulación). Como concluye Moreno Trapiella *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso-administrativo español*, 198: “Los intentos de asimilación en el procedimiento sancionador de los principios penales están poco menos que encaminados al fracaso pues, dadas las diferencias existentes entre la organización administrativa y la jurisdiccional, la primera basada en el principio de jerarquía y la segunda en el de independencia, resulta totalmente accesorio e irrelevante la separación o no de las funciones de instrucción y decisión en el orden administrativo, en la medida en que son personas pertenecientes a una misma organización y sometidos todos ellos al principio de jerarquía. A pesar de las enfáticas afirmaciones acerca de la traslación al procedimiento sancionador de las garantías del procedimiento penal (STC 231/1998), o de los bien intencionados intentos legislativos como el del art. 134.2 LRJPAC, la realidad es tozuda, el derecho a un <proceso equitativo> se compagina mal con el principio de jerarquía administrativa”.

individuo¹⁰⁷. Aunque no puede negarse el carácter sancionador de las multas por infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, la extensión de las garantías del debido proceso al procedimiento administrativo sancionador debe tener en cuenta el contexto y las circunstancias del procedimiento en cuya aplicación tiene lugar¹⁰⁸. En efecto, el TEDH ha progresivamente ensanchado la protección del debido proceso a los procedimientos sancionadores considerados de naturaleza cuasi-penal ([sentencia de 23 de Noviembre de 2006, Jussila v Finland, 73053/01](#))¹⁰⁹, pero cabe considerar que la extensión de todas las garantías que el artículo 6.1 de la CEDH contempla para los procedimientos penales puros a los procedimientos administrativos sancionadores resultaría excesiva, debiendo modularse el ámbito y la intensidad de la protección del derecho al debido proceso en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia¹¹⁰.

3.3. Los derechos humanos de las personas jurídicas (“derechos humanos corporativos”).

La esencia de los derechos fundamentales es la protección de la vulnerabilidad de los seres humanos, para asegurar a los individuos ciertas condiciones de dignidad y libertad básicas, principalmente frente a las injerencias y potenciales abusos del Estado. Sin embargo, la mayoría de los sujetos imputados (y sancionados) en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia ante el INDECOPI son compañías mercantiles. Obviamente, la fragilidad y posible sufrimiento físico o psicológico de los individuos no caben en las personas jurídicas, sin cuerpo o identidad vulnerables.

No obstante, aunque los fundamentos morales y filosóficos de los derechos humanos no existan cuando los afectados por las intervenciones del Estado sean personas jurídicas¹¹¹, progresivamente se ha asistido a una “humanización” gradual de las sociedades de capital¹¹², que ha llevado a una progresiva extensión del reconocimiento de los derechos humanos a las personas jurídicas¹¹³.

¹⁰⁷ Véanse ¶81 de la [STEDH de 8 de Junio de 1976, Engel et al. v Holanda, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72](#) y ¶42 de la [STEDH de 23 de Octubre de 1996, Levages Prestation Services v France, 21920/93](#) y [STEDH de 21 de Julio de 2009, Marttinen v Finland, 19235/03](#).

¹⁰⁸ Véase Andrea Andreangelli “Competition law and human rights: striking a balance between business freedom and regulatory intervention” en Ioannis Lianos & D Daniel Sokol (eds) *The Global Limits of Competition Law*: Stanford U. Press 2012, 25.

¹⁰⁹ “the evolution of the notion of a «criminal charge» has underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example [...] competition law [...] which] differ from the hard core of criminal law [so that] the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency” (¶43 de [STEDH de 23 de Noviembre de 2006, Jussila v Finland, 73053/01](#)).

¹¹⁰ Véase, en general, Andrea Andreangelli “Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: The Impact of Antitrust Remedies provided by the Modernisation Regulation on Investigated Parties’ Freedom to Contract and to Enjoy Property” *Competition Law Review* 6(2): 225-227 y 233-234.

¹¹¹ Véase, ampliamente, Luigi Ferrajoli *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, 4ª ed. 2009, *passim*.

¹¹² Véase Winfried H.A.M. Van den Muijsenberg & Sam Rezai “Corporations and the European Convention of Human Rights” [Global Business & Development Law Journal](#) 25 (2012) 43-68.

¹¹³ Para lo que sigue, véase Francisco Marcos & Albert Sánchez Graells “En contra del reconocimiento de «derechos humanos corporativos» en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia” *Diario La Ley*, n° 8539, 2015 (una versión previa del trabajo puede consultarse <http://cee.ie.edu/sites/default/files/AJ8-222.pdf>).

Una evolución análoga se ha producido en Estados Unidos. Desde principios del siglo XIX el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en materia de debido proceso (*due process*) a partir del artículo 3 de la Constitución de 17 Septiembre de 1787 ha culminado en 1868 la decimocuarta enmienda a la Constitución federal norteamericana (cláusula del debido proceso y sobre protección equitativa): “*Ningún Estado podrá [...] privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria*”¹¹⁴. Aunque parece claro que, originariamente, los derechos emanados del artículo 3 de la Constitución norteamericana se ceñían en su reconocimiento a los individuos, ciudadanos y personas físicas, desde tempranas fechas se suscitó -aceptándose de manera progresiva- su extensión a las compañías mercantiles y personas jurídicas¹¹⁵. Paradójicamente, la consolidación de estos derechos constitucionales corporativos se anticipó en varias décadas a la de los derechos civiles de las minorías raciales¹¹⁶. La lucha contra los monopolios y los *trusts* a finales del siglo XIX (*Standard Oil, American Tobacco Co.*), criminalizando sus conductas y sus responsabilidades a través de la *Sherman Antitrust Act*¹¹⁷, dio lugar a la extensión de algunos derechos y libertades constitucionales (debido proceso, intimidad, no auto-incriminación) a las compañías mercantiles, aunque la extensión no haya sido nunca idéntica¹¹⁸.

Volviendo a Europa, de manera progresiva, la jurisprudencia del TEDH ha extendido el reconocimiento de derechos humanos a las personas jurídicas, mediante una interpretación dinámica y no formalista de la CEDH¹¹⁹. Esa extensión arranca de la [sentencia de 26 de abril de 1979, Sunday Times v United Kingdom, 6538/74](#) y ha tenido lugar de manera particularizada a lo largo de diversos pronunciamientos. El reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas no puede ser simétrico: estas carecen de muchos de los atributos humanos que sí justifican, en cambio, la protección de las personas físicas¹²⁰. Así ha ocurrido, por ejemplo, sobre derecho a la privacidad del domicilio (artículo 8 de la CEDH), materia en la que

¹¹⁴ [Sección 1ª de la Enmienda 14ª a la Constitución Federal](#), adoptada por el Congreso el 13 de Junio de 1866 y ratificada el 9 de Julio de 1869 (en el original en inglés: “*No State shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”).

¹¹⁵ Véanse *Bank of US v. Deveaux*, [9 U.S. 61 \(1809\)](#); *Hope Insurance Co. v. Boardman*, [9 U.S. 57 \(1809\)](#); *Darmouth College v. Woodward*, [17 U.S. 528 \(1819\)](#) y *San Mateo County v. Southern Pacific Railroad Co.*, [116 U.S. 138 \(1885\)](#).

¹¹⁶ Véanse capítulos 2, 3 y 4 de Adam Winkler *We The Corporations. How American Businesses won their civil rights*, Liveright 2018, que describe la hábil y acaso controvertida contribución de varios abogados en la consecución de tal logro (Horace Binney y Daniek Webster en las dos primeras décadas del siglo XIX y, sobre todo, después de la aprobación de la 14ª Enmienda, Roscoe Conkling).

¹¹⁷ [15 U.S.C. §§ 1-38](#). Véase capítulo 5 de Winkler *We The Corporations. How American Businesses won their civil rights*.

¹¹⁸ Winkler *We The Corporations. How American Businesses won their civil rights*, 190 (traducido “*En el contexto de los derechos fundamentales en procedimientos penales, se ha reconocido que las sociedades de capital tienen algunos, pero no todos los mismos derechos que la Constitución garantiza para las personas naturales. E incluso los derechos que tienen son algo más estrechos que los derechos que se reconocen a las personas naturales. Los derechos corporativos en el contexto penal no son los mismos que los derechos de las personas que forman la sociedad de capital; son los derechos de la sociedad de capital, separados y distintos de los derechos de sus miembros. Aquí, al menos, el tribunal se ha acercado a la corporación como si fuera una persona, pero con derechos más limitados que las personas naturales*”).

¹¹⁹ Ampliamente, Marius Emberland *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR protection*, Oxford U. Press 2006.

¹²⁰ Véase Richard Adelstein “Firms as persons” [Cahiers d’Economie Politique 65 \(2013\) 161-182](#).

el TEDH ha estimado que el nivel de protección de las sedes de las personas jurídicas es inferior al del domicilio de las personas naturales¹²¹.

Curiosamente, una de las áreas en las que la difusión de los derechos humanos corporativos en la jurisprudencia del TEDH ha sido más amplia ha sido en materia de procedimientos sancionadores por infracciones de defensa de la competencia¹²². Aunque esta creciente utilización por las compañías mercantiles de la vulneración de sus derechos humanos como argumento frente a las sanciones impuestas en procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas es conceptualmente cuestionable¹²³, se trata de una realidad que es preciso aceptar¹²⁴.

3.4. El principio de imparcialidad en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia: la separación de la instrucción y la resolución.

La atenuación de las diversas garantías que se contienen en el derecho al debido proceso del art. 6 CEDH en los procedimientos administrativos sancionadores (*supra* apartado §3.2), modulada aún más cuando los acusados son personas jurídicas (*supra* apartado §3.3), es el resultado de la jurisprudencia del TEDH, que se ha ido pronunciando al hilo de las reclamaciones planteadas en casos concretos.

La garantía de imparcialidad e independencia exige que exista separación entre el órgano acusador y el órgano resolutorio, sin que se confundan sus roles, de modo que pueda legítimamente dudarse de su imparcialidad¹²⁵. La extensión de esa garantía de un proceso imparcial e independiente a los procedimientos administrativos sancionadores ha motivado varios pronunciamientos del TEDH, y el Tribunal ha dicho con claridad que la exigencia de “*que las sanciones sean impuestas en primera instancia por un tribunal imparcial e independiente solo [opera] respecto de casos pertenecientes al núcleo duro del derecho penal, mientras en los demás casos admite que las sanciones puedan ser impuestas (en primer instancia) por autoridades administrativas o, más en general, por órganos no judiciales, siempre que la decisión de éstos sea sujeta a un control jurisdiccional posterior*”¹²⁶. De modo que, por tanto, “*el Tribunal admite una relajación de dichos principios y garantías ante la*

¹²¹ Véase [STEDH de 14 de abril de 2002, Société Colas Est et al v France, 37971/97](#) y Marius Emberland “Protection Against Unwarranted Searches and Seizures of Corporate Premises under article 8 of the European Convention of Human Rights: The Colas Est SA v. France Approach” [Michigan Journal of International Law 25: 77-116](#).

¹²² Véase Robert H Lande “Quick - Somebody call Amnesty International! Intel Says EU Antitrust Fine Violated Human Rights” (27 de Julio de 2009) [Federal Trade Commission: Watch, 746\(9\)](#).

¹²³ Véase Albert Sánchez Graells “The EU’s Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New under the Sun” en Vasiliki Kosta, Nikos Skouridakis & Vassilis Tzevelekos (eds.) *The Accession of the EU to the ECHR*, Hart 2014, 269. A mi juicio, lo preferible y conceptualmente correcto (frente a una extensión indiscriminada y acrítica a las compañías mercantiles de los derechos humanos en el proceso penal) hubiera sido la construcción de un procedimiento antitrust justo, transparente y predecible, que reconociera las empresas garantías para proteger sus intereses frente a los posibles abusos de las autoridades de competencia.

¹²⁴ Véase Fernando Díez Estella & Patricia Pérez Fernández “La tutela de los derechos fundamentales en los procedimientos administrativo-sancionadores del Derecho de la Competencia” [Revista CEF Legal 214 \(Nov. 2018\) 1-14](#).

¹²⁵ ¶¶118 y 127 de [STEDH de 15 de diciembre de 2005, Kyprianou c. Chipre, 73797/01](#).

¹²⁶ Véase Silvia Bertazzo “El Derecho Administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos” [Revista General de Derecho Administrativo 39 \(2015\) §II in fine 5](#), con referencias a ¶81 [STEDH de 23 de julio de 2002, Janosevic c. Suecia, 34619/97](#), y [STEDH de 24 de febrero de 1994, Bendenoun c. Francia, 12547/86](#).

entidad de primera instancia, siempre que se permita la revisión de las decisiones de aquella ante un órgano judicial que tenga plena jurisdicción”¹²⁷.

Dicho brevemente, el TEDH traslada la garantía del debido proceso desde el procedimiento administrativo sancionador al proceso judicial posterior, y esa garantía se cumple siempre que un juez pueda revisar los hechos y sanciones impuestas por la Administración, reemplazando la decisión de la Administración con su propia decisión¹²⁸. Esta interpretación es plenamente coherente con el principio de separación de poderes. Aunque exista cierta discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas sancionadoras, la revisión judicial de ese ejercicio permitirá controlar cualquier eventual desviación de poder y corregir los errores manifiestos sobre la concurrencia de los elementos de la infracción en que pudiera haber incurrido la Administración.

En efecto, el TEDH ha concluido que respetan las exigencias del principio de imparcialidad los procedimientos sancionadores ante las autoridades administrativas únicas o integradas -como INDECOPI- aunque no exista separación entre instrucción y resolución del expediente siempre que exista la posibilidad de un recurso ante un órgano que reúna los requisitos previstos en el artículo 6.1 de la CEDH y que tenga *plena* jurisdicción para revisar el fondo del asunto, tanto los hechos como las cuestiones jurídicas ([sentencia de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#))¹²⁹. Así, para respetar las exigencias derivadas de la extensión del ámbito de aplicación del art. 6 CEDH a los procedimientos administrativos-sancionadores por infracciones del Derecho de la Competencia, si la organización interna adoptada por la autoridad no respeta el principio de imparcialidad, bastará con que las decisiones sancionadoras de las autoridades de competencia sean susceptibles de una revisión judicial por un órgano con jurisdicción bastante para anular la decisión si se identifican errores materiales de hecho o de derecho¹³⁰.

En el fondo una regla análoga se extrae del recientemente aprobado la ICN en el [ICN Framework on Competition Agency Procedures](#), suscrito por el INDECOPI¹³¹, conforme al cual: *“Revisión independiente, k) Ninguna agencia participante impondrá a una persona una prohibición, remedio o sanción en un procedimiento sancionador por infracción del derecho de la competencia aplicable sin que exista una oportunidad de que esa persona tenga derecho a la revisión por una entidad independiente e imparcial de decisión (p. ej., un juez, tribunal o corte de apelación)”*.

¹²⁷ Bertazzo [Revista General de Derecho Administrativo 39 \(2015\) §III.4.1](#), con referencias a ¶29 de [STEDH de 10 de febrero de 1983, Albert & Le Compte c. Bélgica, 7299/75 & 7496/76](#) (“in such circumstances the Convention calls at least for one of the two following systems: either the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1), or they do not so comply but are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1”) y ¶44 de [STEDH de 23 de octubre de 1995, Gradinger c. Austria, 15963/90](#).

¹²⁸ Véase Prudencio Moreno Trapiella “El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos” [Documentación Administrativa 280-281 \(2008\) 326](#).

¹²⁹ Véase Moreno Trapiella *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso-administrativo español. El caso específico del control judicial de las sanciones administrativas*, 29 (“el TEDH admite la posibilidad de que no se cumplan las garantías del art. 6 en el procedimiento administrativo sancionador siempre con posterioridad esté previsto un recurso de plena jurisdicción”).

¹³⁰ David Harris, Michael O’Boyle, Edward Bates & Carla Buckley, *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford U. Press 2ª ed., 2009, 228-229.

¹³¹ Véase *supra* nota 5.

3.5. Estándar de revisión en vía judicial.

Por tanto, la garantía de imparcialidad e independencia del órgano resolutorio de los procedimientos administrativos no exige, en todo caso, la separación del órgano instructor/acusador y del órgano resolutorio, siempre y cuando esa garantía se cumpla y exista en el control judicial posterior de sus decisiones¹³². Por tanto, para asegurar el respeto al debido proceso establecido en el artículo 6.1 CEDH las decisiones de las autoridades administrativas que impongan sanciones deben ser susceptibles de recurso ante un órgano judicial con *plena* jurisdicción para pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones de hecho o de derecho contenidas en la decisión que se impugna¹³³. El juez debe tener potestad para hacer una apreciación de los hechos y pruebas empleados por la Administración en su decisión, revisando la existencia de infracción, pero también la proporcionalidad de la relación entre la infracción y la sanción, con posibilidad en su caso de modular/fijar la sanción adecuada¹³⁴.

No obstante, a diferencia de los procesos penales, la complejidad de las materias objeto de investigación en los procedimientos administrativos sancionadores y la experiencia y los conocimientos especializados que se requieren para la apreciación de la existencia de una infracción sancionable en materia de defensa de la competencia determinan que la intensidad del control pueda aminorarse, aceptándose por el TEDH que ese control sea limitado cuando concurren tales circunstancias y exista cierto margen de discrecionalidad administrativa¹³⁵.

De nuevo, de manera análoga a lo que ocurriría con los diferentes modelos/diseños de organización y estructura de las agencias de defensa de la competencia integradas, el alcance de la revisión judicial se presenta como una cuestión gradual, en la que en la intensidad y profundidad del control judicial depende del diseño y configuración de la autoridad de competencia y del procedimiento seguido en cada caso, de modo que *“cuantas más salvaguardas y precauciones adopte la autoridad en la adopción de sus decisiones para evitar el sesgo condenatorio, menor será la necesidad de una revisión intensa (desde la perspectiva del principio de independencia)”*¹³⁶.

¹³² Véase Bertazzo [Revista General de Derecho Administrativo 39 \(2015\) §III.4.4](#), “la atención del Tribunal se trasfiere del procedimiento de imposición de la sanción al control o, mejor dicho, a la calidad del control que se ejerce en un momento posterior sobre el acto administrativo sancionatorio y sobre el procedimiento por medio del cual se ha adoptado dicho acto”. Véase también ¶34 de [STEDH de 23 de octubre de 1995, Schmautzer c. Austria, 15523/89](#).

¹³³ Véanse ¶59 de [STEDH de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#)) y ¶55 de [STEDH de 7 de junio de 2012, Segame s.a. c. Francia, 4837/06](#). A tal efecto, la calidad y extensión de la revisión judicial son esenciales. En efecto, no existe “plena jurisdicción” si el órgano judicial no puede reformar y revisar la decisión de la administración impugnada. La anulación de la decisión y el reenvío a la administración para que se pronuncie de nuevo no parece suficiente (Moreno Trapiella [Documentación Administrativa 280-281 \(2008\) 328](#) y Moreno Trapiella *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso-administrativo español. El caso específico del control judicial de las sanciones administrativas*, 65-66).

¹³⁴ Moreno Trapiella *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso-administrativo español. El caso específico del control judicial de las sanciones administrativas*, 30-31.

¹³⁵ Véanse ¶73 [STEDH de 27 de octubre de 2009, Crompton c. Reino unido, 42509/05](#) y ¶47 [STEDH de 22 de noviembre de 1995, Bryan c. Reino unido, 19178/91](#).

¹³⁶ Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, 223 [en el original en inglés: “The more safeguards and precautions the agency takes during the decision-making process to avoid pro-enforcement bias, the less need there will be for an intense review (from the perspective of the independence principle)”].

En particular, dadas las particularidades de las prohibiciones de conductas anticompetitivas y su aplicación¹³⁷, los conocimientos especializados (v. gr., económicos o científicos), la complejidad del análisis requerido para su aplicación y el margen de discrecionalidad que otorgan a las autoridades de competencia se prevé que el control que ejerzan los tribunales sea restringido. Así, el estándar de revisión en sede judicial de las decisiones sancionadoras de las autoridades administrativas de la competencia no es necesario que comprenda una revisión total del fondo del asunto, aunque debe garantizar en todo caso que el órgano sancionador no ha actuado de manera ilegal, irrazonable o injusta¹³⁸.

La jurisprudencia del TEDH permite fundamentar esta revisión judicial “más ligera” de las decisiones de naturaleza sancionadora de las autoridades administrativas si se cumplen ciertas condiciones. El órgano administrativo que adopta la decisión debe seguir un procedimiento que satisfaga debidamente las garantías del debido proceso, de modo que el diseño del procedimiento de aplicación sea apropiado¹³⁹, y la decisión debe implicar “*un ejercicio clásico de discreción administrativa*”, dicho en otras palabras, las cuestiones a decidir requieren un grado de conocimiento profesional o de experiencia y ejercicio de discreción administrativa en ejecución de objetivos públicos más generales¹⁴⁰. En tales casos la revisión de la legalidad de la decisión será suficiente, y no sería necesaria una revisión del fondo del asunto¹⁴¹, siempre y cuando la jurisdicción revisora pueda examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho que en ella se contengan y efectivamente proporcionar un remedio para el recurrente en caso de éxito¹⁴², incluida la posibilidad de anular la decisión y reenviar el caso a las autoridades de competencia para que adopten una nueva decisión¹⁴³. En suma, no es suficiente con un mero control externo de la decisión, sino que es necesario que analice sus fundamentos y la adecuación y proporcionalidad de la sanción.

La información disponible permite constatar que en el Perú esa posibilidad existe¹⁴⁴, y que la legislación vigente para la revisión de las decisiones del INDECOPI en sede judicial cumpliría esos requisitos: “*En primer lugar, un solo juez examinará la resolución administrativa. La decisión de este juez también podrá ser impugnada ante un tribunal colegiado. Finalmente, la decisión de este tribunal es apelable ante la Corte Suprema. Los tribunales podrán anular, dejar sin efecto y reformar las resoluciones administrativas. El Poder Judicial es plenamente competente para apreciar los hechos y el Derecho —excepto la Corte Suprema, que solo puede examinar las cuestiones jurídicas relacionadas con las decisiones judiciales. En este contexto,*

¹³⁷ Véase *supra* notas 13-17 y texto correspondiente.

¹³⁸ ¶69 [STEDH de 2 de marzo de 1987, Weeks v UK, 9787/82](#).

¹³⁹ ¶47 de [STEDH de 22 de noviembre de 1995, Bryan v UK, 19178/91](#).

¹⁴⁰ ¶46 de [STEDH de 14 de noviembre de 2006, Tsafay v UK, 60860/00](#).

¹⁴¹ ¶32 de [STEDH de 21 de marzo de 1993, Zumbot v Austria, 12235/86](#).

¹⁴² Véase [STEDH de 28 de mayo de 2002, Kingsley v UK, 35605/97](#).

¹⁴³ Harris, O’Boyle, Bates & Buckley, *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 229-232.

¹⁴⁴ Véase César Ochoa Cardich “Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia” [Ius et veritas 13 \(1996\) 197](#).

*esto significa que un tribunal puede anular una resolución y devolverla al Indecopi; asimismo, un tribunal podrá sustituir la resolución dictada por el Indecopi”*¹⁴⁵.

4. Evaluación de la organización del INDECOPI a nivel comparado.

En este apartado se analiza la organización seguida en otros sistemas de defensa de la competencia que presentan similitudes al diseño del INDECOPI y en los que se ha cuestionado también su conformidad con el principio de imparcialidad y las exigencias del debido proceso, dado que tampoco en ellos existe una separación absoluta entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores. Tanto la Comisión Europea (*infra* apartado §4.1), como la autoridad de defensa de la competencia italiana (*infra* apartado §4.2), presentan similitudes en su organización y procedimientos al modelo de INDECOPI, habiéndose suscitado respecto de ambas algunas de las dudas sobre el respeto del derecho al debido proceso que ahora se vierten sobre el INDECOPI¹⁴⁶.

4.1. Comisión Europea.

En la Unión Europea coexisten las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea con competencias para la investigación y sanción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE)¹⁴⁷. Como es sabido, la Comisión Europea no es un órgano judicial, es una entidad administrativa supranacional que, en materia de procedimientos sancionadores de defensa de la competencia, se organiza como una agencia administrativa integrada. La incoación e instrucción de los expedientes corre a cargo de la Dirección General de Competencia (DGCOM) que es también la que decide sobre la imposición de sanciones, aunque formalmente las decisiones sean adoptadas colectivamente por el colegio de comisarios¹⁴⁸. El procedimiento es de carácter administrativo y se regula en el Reglamento 1/2003, de 16 de

¹⁴⁵ OECD/BID *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, 2018, 79. Aunque ocasionalmente se haya censurado que los órganos judiciales suelen confirmar casi siempre sus decisiones OECD/BID *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, 2018, 146. Esta crítica contradice otras afirmaciones del propio informe OECD/BID, aunque pudiera deberse a una constatación anecdótica y no empírica del marco jurídico vigente (que, en verdad, es lo que cuenta, véase Ibañez, *The Shaping of EU Competition Law*, 8).

¹⁴⁶ La exigencia del respeto de los derechos fundamentales de los imputados por la vulneración de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en procedimientos antes las autoridades nacionales de defensa de la competencia y la garantía de imparcialidad se deben reforzar a partir de la Directiva (UE) 2019/1 de 11 de diciembre de 2018, de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, [DOUE L 11 de 14/1/19](#) (arts . 3.1 y 4.1.). Véase Wouter P. J. Wils “Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network” [World Competition 43 \(2020\) 5-34](#).

¹⁴⁷ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE ([DOUE C 83 de 30/3/10](#)).

¹⁴⁸ Véase Yoo, Huang, Fetzer & Jiang “Due Process in Antitrust Enforcement Through the Lens of Comparative Law” [Working Paper SSRN, 21 de agosto 2019](#), 63.

diciembre de 2002¹⁴⁹ (desarrollado por el Reglamento 773/2004, de 7 de abril de 2004¹⁵⁰), que confiere amplias potestades a la Comisión para la investigación de las posibles infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE (requerimientos de información e inspecciones, con la eventual colaboración de las autoridades nacionales de defensa competencia de los Estados Miembros). Si la DGCOM tiene pruebas de que se ha producido una vulneración de los artículos 101 y 102 del TFUE formulará un pliego de cargos (*statement of objections*) en el que expone todas las pruebas y su valoración preliminar de las mismas¹⁵¹. Los sujetos imputados tienen derecho a acceder al expediente administrativo y a contestar por escrito a los cargos contra ella, y también a una audiencia oral del caso¹⁵². Finalmente, si la Comisión entiende que las alegaciones de los imputados no alteran su valoración preliminar sobre la existencia de una infracción, la Comisión adopta una decisión que declara la comisión de la infracción e impone las sanciones previstas. La Decisión se redacta por los mismos funcionarios de la Dirección de Competencia que realizaron la investigación y elaboraron el pliego de cargos, aunque se consulta al servicio jurídico de la Comisión y a un Comité Asesor integrado por funcionarios de los Estados Miembros¹⁵³.

Las decisiones de la Comisión Europea que declaran la existencia de una infracción e imponen sanciones a los sujetos responsables de la misma son recurribles ante el Tribunal General de la UE (TGUE). El recurso ante el TGUE puede fundarse tanto en cuestiones relativas a los hechos como en la valoración jurídica efectuada por la Comisión¹⁵⁴. La sentencia del TGUE que resuelva los recursos de apelación contra las decisiones de la Comisión Europea son susceptibles de un ulterior recurso, ahora sólo sobre la fundamentación jurídica, ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

La falta de separación entre el órgano encargado de la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores en el procedimiento sancionador ante la Comisión Europea ha motivado que se haya dudado de si se respeta el derecho de los imputados al debido proceso y el principio de imparcialidad. Aunque el artículo 23.5 del Reglamento CE 1/2003 establece que las sanciones impuestas por la Comisión “*no tendrán carácter penal*”, esas multas puedan alcanzar elevados importes que las convierten en cuasi-penales. Ello activaría la necesidad de respetar la protección de los acusados y sancionados prevista en el artículo 6 de la CEDH¹⁵⁵. Por ello, en todo el procedimiento se han de respetar los derechos y garantías de los investigados,

¹⁴⁹ [DOUE L1 de 4/1/3.](#)

¹⁵⁰ [DOUE L123 de 27/4/4.](#)

¹⁵¹ Art. 10 del Reglamento 773/2004.

¹⁵² Arts. 12 y 13 del Reglamento 773/2004. La audiencia oral se desarrolla ante un oficial de la comisión (*hearing officer*), que no pertenece a la Dirección General de Competencia. Véase Decisión del Presidente de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2011 relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia ([DOUE L 275 de 20/10/11](#)).

¹⁵³ Véase OECD, [Country Studies: European Commission - Peer Review of Competition Law and Policy](#), 2005, 40.

¹⁵⁴ Artículos 261 y 263 del TFUE y artículo 31 del reglamento 1/2003.

¹⁵⁵ Véase Donald Slater, Sebastien Thomas & Dennis Waelbroeck “Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a fair trial: No need to reform” *European Competition Journal* 5/1 (2009) 103-121.

de conformidad con el artículo 47 Carta Europea de Derechos fundamentales¹⁵⁶ y con la CEDH. Sin embargo, el derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos de defensa de la competencia ante la Comisión Europea no tiene el mismo alcance que la que se prevé en para los procedimientos penales. Está claro que la combinación en el mismo órgano de las funciones de instrucción/investigación y resolución impiden que pueda considerarse de un órgano independiente e imparcial, pero eso no hace que sea incompatible con el art. 6.1 de la CEDH (véase *supra* apartado §3). Es verdad que existe el riesgo de que la Comisión (*rectius* sus funcionarios) sean víctimas de un “sesgo acusador”, que podría conducir a errores en las sanciones impuestas por la autoridad¹⁵⁷. Este sesgo cognitivo supondría la inclinación de la Comisión a concluir mediante decisiones sancionadoras los expedientes incoados y las investigaciones iniciadas¹⁵⁸. Desde otra perspectiva, pero ineludiblemente vinculado a lo anterior, existiría un posible prejuicio de retrospectiva (*hindsight bias*), que dificultaría la revisión por los funcionarios de la Comisión de las posiciones seguidas en los pliegos de cargos ya enviados a los acusados por la Comisión¹⁵⁹.

Por ello, en coherencia con la jurisprudencia del TEDH, si las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas se castigan con sanciones “cuasi-penales” -en el sentido de dicho precepto- y se encarga a autoridades administrativas su aplicación, el respeto del derecho al debido proceso se entiende asegurado si los sujetos sancionados tienen derecho a recurrir la decisión de las autoridades administrativas ante un órgano con jurisdicción plena y que cumpla las garantías del art. 6.1 de la CEDH¹⁶⁰.

Aunque la ética profesional del personal de la Comisión y la credibilidad de la institución pueden ayudar a evitar los mencionados errores¹⁶¹, se han introducido otras medidas internas de control para intentar prevenir los errores, corrigiendo el posible sesgo acusador y la miopía retrospectiva. Así, se prevén la revisión de los pliegos por equipos distintos de funcionarios dentro de la Dirección de Competencia, la participación del equipo del Economista jefe cuando fuera pertinente, y la intervención con un papel primordial del oficial encargado de audiencias

¹⁵⁶ Que reza “*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*”, [DOUE C202 de 7/6/16](#) (subrayado añadido).

¹⁵⁷ Véase Wouter P. J. Wils “The Combination of the Investigative and Procedural Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis” *World Competition* 27 (2004) 212.

¹⁵⁸ Véase Slater, Thomas & Waelbroeck *European Competition Journal* 5/1 (2009) 129.

¹⁵⁹ *Id. ult.* 130 y Wils *World Competition* 27 (2004) 215-216. Aunque se trata de un fenómeno que puede ser recurrente en esta materia, véase recientemente Christopher Leslie “Hindsight Bias in Antitrust Law” [Vanderbilt Law Review](#) 71/5 (2018) 1527-1591.

¹⁶⁰ Véase Ibañez, The Shaping of EU Competition Law, 7-8 y Wils *World Competition* 27 (2004) 209.

¹⁶¹ Véase Wils *World Competition* 27 (2004) 217-218.

previas (*hearing officer*) y el comité asesor¹⁶². Sin embargo, no es posible excluir en todo caso que existan errores¹⁶³, y por eso debe entenderse que es esencial el reconocimiento del derecho de los sancionados a instar la revisión judicial de las decisiones de la Comisión ante el TGUE y el TJUE¹⁶⁴.

Como antes hemos visto (*supra* apartado §3.5) lo relevante entonces será el alcance de la revisión judicial¹⁶⁵, y en varias sentencias del Tribunal de Justicia de la UE ha aclarado que, en particular, en el caso de cárteles ese control judicial es pleno e ilimitado¹⁶⁶: *“Por lo que se refiere al control de legalidad, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos”*¹⁶⁷.

4.2. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

¹⁶² Véase OECD, [Country Studies: European Commission - Peer Review of Competition Law and Policy](#), 200, 39-40 y 62-63.

¹⁶³ Véase Wils *World Competition* 27 (2004) 219-220. Una muestra, de la praxis de la Comisión Federal de Comercio norteamericana (FTC) en materia de fusiones entre 1950 y 1988 en Malcom B. Coate y Andrew N. Kleit “Does it Matter that the Prosecutor is Also the Judge? The Administrative Complaint Process at the Federal Trade Commission” *Managerial Decision Economics* 19 (1998) 1-11.

¹⁶⁴ Véase Wils *World Competition* 27 (2004) 220. Igualmente, refiriéndose a las decisiones tanto de la autoridad española como europea, véase Luis Ortiz & Alfonso Lamadrid “El procedimiento sancionador y sus garantías” en Santiago Martínez & Amadeo Petitbó (dirs) [Los acuerdos horizontales entre empresas](#), F. Rafael del Pino-Marcial Pons 2009, 282-283 (“en la medida en que las decisiones [...] son en todo caso susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, su compatibilidad formal con las necesarias garantías de imparcialidad y de protección de los derechos de defensa no plantea problemas”).

¹⁶⁵ Cfr. Anne MacGregor & Bogdan Gecic “Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings” [Journal of European Competition Law & Practice](#) 3/5 (2012) 430-431 y Csongor István Nagy “EU Competition law’s far trial revolution: much ado about nothing?” [European Competition Law Review](#) 37/6 (2016) 232-238.

¹⁶⁶ Véanse SSTJUE de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) KME (tubos industriales) C-272/09P (ECLI:EU:C:2011:810); Chalkor C-286/10P (ECLI:EU:C:2011:815) y KME Germany AG et al. C-389/10 (ECLI:EU:C:2011:816).

¹⁶⁷ ¶94 de STJUE de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) KME. Finalmente, el Tribunal de Justicia también ha aclarado que así se respetan las exigencias del derecho a un debido proceso: *“El control establecido en los Tratados implica por tanto que el juez de la Unión ejerza un control tanto de hecho como de Derecho y que tenga la facultad de valorar las pruebas, anular la decisión impugnada y modificar el importe de las multas. En consecuencia, no resulta que el control de legalidad contemplado en el artículo 263 TFUE, completado por la competencia de plena jurisdicción en lo que respecta al importe de la multa, contemplada en el artículo 31 del Reglamento n° 1/2003, sea contrario a las exigencias del principio de tutela judicial efectiva que figura en el artículo 47 de la Carta”* [¶106 de STJUE de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) KME].

En Italia la investigación y sanción de las infracciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas es competencia de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGM)¹⁶⁸. Se trata de una agencia de defensa de la competencia integrada ante la que se tramitan los procedimientos administrativos sancionadores antitrust. La AGCM se rige por un órgano colegial compuesto de un presidente y cuatro miembros, que adoptan decisiones por mayoría¹⁶⁹. Son elegidos por el presidente de la Cámara de Diputados y del Senado de la República entre personas de reconocido prestigio e independencia y son nombrados por un período de 7 años, no renovables.

La decisión de investigar determinadas conductas y de incoar un expediente sancionador le corresponde al consejo de la AGCM (formado por el presidente y los cuatro miembros)¹⁷⁰ que, además, desempeña un rol primordial durante la instrucción (siendo además el competente para autorizar inspecciones o prácticas de pruebas periciales¹⁷¹). Aunque la investigación de las posibles infracciones corre a cargo de la Dirección General de Instrucción (*Direzione Generale Istruttoria*) de la AGCM, dependiente de la Secretaría General de la AGCM, corresponde al consejo de la AGCM permitir el envío del pliego de cargos y propuesta de resolución a los investigados (*“El consejo, tras comprobar que las propuestas formuladas por las unidades de investigación en relación con las pruebas obtenidas no son manifestamente infundadas, autoriza la comunicación de las conclusiones preliminares alcanzadas a las empresas”*)¹⁷². También ante el consejo de la AGM se efectúa la vista oral del procedimiento¹⁷³, y concluida la instrucción, es el consejo el que adopta la decisión final¹⁷⁴. Las decisiones de la AGCM son recurribles al Tribunal Administrativo Regional de Lazio (T.A.R. de Lazio)¹⁷⁵, y luego las sentencias del T.A.R. de Lazio son apelables ante el Consejo de Estado (*Consiglio di Stato*)¹⁷⁶.

¹⁶⁸ Véase Mario Siragusa, Matteo Beretta & Matteo Bay “Competition law in Italy: The first 20 years of law practice” en *Competition Laws Outside the United States*, 2ª ed. ABA 2010, vol. II, capítulo 10.

¹⁶⁹ Art. 10.2 de la Ley nº 287 de 10 de Octubre de 1990 (normas para la tutela de la competencia y el mercado, *Gazzetta Ufficiale* 240 de 13/10/90).

¹⁷⁰ Art. 6.1 (*avvio dell'istruttoria*) del Decreto Presidencial nº 217 de 30 de abril de 1998 (reglamento en materia de procedimientos de instrucción competencia de la AGCM, *Gazzetta Ufficiale* 158 de 9/7/98). Esta norma detalla la regulación de los procedimientos ante la AGCM, las potestades de investigación y los derechos de las partes. Se aplica también la normativa general en materia de procedimiento administrativo contenida en la Ley 241 de 8 de agosto de 1990.

¹⁷¹ Arts 10 (*ispezioni*) y 11 (*Perizie, analisi statistiche e consultazione di esperti*) del Decreto 217/98.

¹⁷² art. 14.1 del Decreto 217/98. (en el original en italiano: “*Il collegio, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese*”).

¹⁷³ Art. 14.5 del Decreto 217/98.

¹⁷⁴ Art. 14.9 del Decreto 217/98.

¹⁷⁵ Art. 33.1 de la Ley 287/1990.

¹⁷⁶ Excepcionalmente estas decisiones podrían recurrirse al Tribunal Supremo (*Corte di Cassazione*) en casos tasados (art. 396 del *Codice procedura civile*).

La somera descripción anterior pone de relieve que el consejo de la AGCM interviene tanto en la instrucción como en la resolución del expediente, sin que pueda hablarse de una separación de funciones y de su atribución a distintos órganos (aún así, no es infrecuente que el consejo discrepe del parecer de la Dirección General de Instrucción). No obstante, lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 CEDH (examinada *supra* apartado §3), que está vigente también en Italia, se entiende que el derecho al debido proceso queda garantizada por la existencia de un ulterior control judicial pleno sobre las decisiones de la AGCM. En efecto, aunque el T.A.R. de Lazio no ejerce un control de plena jurisdicción sobre las cuestiones jurídicas, para respetar la discrecionalidad de la AGCM, si lo efectúa sobre las cuestiones fácticas y sobre la aplicación de las sanciones, pudiendo anular la decisión de la AGCM. Además, el Consejo de Estado sí que puede controlar la valoración jurídica, con lo que se garantizaría el derecho al debido proceso de las partes¹⁷⁷.

En particular la antes citada [sentencia del TEDH de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#) se refiere a un caso que tuvo lugar ante la AGCM, cuya relevancia hace pertinente una referencia detallada en este momento. La empresa A. Menarini Diagnostics S.R.L. fue sancionada por la AGCM con una multa de 6 millones de euros por vulnerar la prohibición de prácticas anticompetitivas mediante la participación en un cártel que fijó los precios y se repartió el mercado de los equipos para la diagnosis de la diabetes en Italia¹⁷⁸. Menarini acudió al TEDH alegando que el T.A.R. de Lazio que había decidido su recurso contra la decisión de la AGCM no había ejercido una jurisdicción plena. Tras considerar que los procedimientos de aplicación de las prohibiciones antitrust caen bajo el ámbito de aplicación del art. 6 de la CEDH debiendo respetarse el derecho al debido proceso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que esa norma no se opone a una decisión de primera instancia por un órgano administrativo, siempre y cuando exista posibilidad de recurrir ante un órgano judicial con jurisdicción plena para revisar el asunto. El órgano judicial revisor debe tener potestad para anular la decisión administrativa, revisando tanto su fundamentación fáctica como

¹⁷⁷ Véanse Roberto Chieppa & Roberto Giovagnoli *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4ª ed, Giuffrè Francis Lefebvre 2018, 351-353 y Francesco Goisis “Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessione critiche sull’art. 7, Co.1, D.Lgs 19 Gennaio 2017, n° 3” [Persona e Amministrazione 2/2018](#).

¹⁷⁸ Decisión AGCM de 30 de abril de 2003, el T.A.R. de Lazio rechazó el recurso mediante sentencia de 3 de diciembre de 2003 que se limitó a controlar la legitimidad del acto administrativo adoptado por la AGCM, dado que su competencia es limitada para revisar la valoración jurídica discrecional efectuada por la AGCM (aunque el TAR tendría, en su caso, plena jurisdicción tanto para revisar la valoración de los hechos por la AGCM como para revisar la aplicación de la sanción). También el Consejo de Estado rechazó el recurso contra la sentencia del T.A.R. mediante sentencia de 16 de marzo de 2006. Finalmente, la sentencia del consejo de Estado fue confirmada por el Tribunal Supremo a través de sentencia de 17 de marzo de 2008.

jurídica¹⁷⁹. Finalmente, el TEDH dictaminó que en el caso concreto los tribunales administrativos italianos habían ejercido jurisdicción plena en la revisión del asunto¹⁸⁰.

4. Conclusiones

La aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en el Perú se realiza por el INDECOPI a través de un procedimiento administrativo que prevé diversas fases. En el procedimiento participan, en primera instancia, la Secretaría Técnica y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, encargándose la primera de la investigación e instrucción del expediente sancionador y la segunda de su resolución. Está contemplado apoyo y asistencia de la Secretaría Técnica a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de modo que no existe una separación o aislamiento absoluto entre estos dos órganos ni, por ende, entre la instrucción y resolución del procedimiento. En segunda instancia administrativa, la decisión de la Comisión puede recurrirse a la Sala especializada de Libre Competencia del Tribunal del INDECOPI. Después, las decisiones adoptadas por el Tribunal del INDECOPI pueden recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa que tiene potestad plena para revisar las decisiones administrativas tanto en las cuestiones de hecho como en las cuestiones de derecho, pudiendo anular la decisión si se apreciase errores de valoración o en la tramitación del expediente sancionador. Se trata de un diseño y una organización eficientes, que tienen en cuenta los recursos, objetivos y limitaciones existentes, sin que la imparcialidad sea el único, ni el principal criterio a seguir. Además, las sucesivas fases administrativas del procedimiento sancionador antitrust ante el INDECOPI y la ulterior revisión judicial se presentan adecuados para prevenir y corregir los riesgos de prejuicios y errores en la aplicación de las prohibiciones por parte del INDECOPI y, en particular, el posible sesgo acusatorio y de sobre-aplicación (falsos negativos o errores tipo 1). Por otra parte, existe una tendencia progresiva de extender los derechos reconocidos a los acusados en los procesos penales a los imputados en los procedimientos sancionadores administrativos. La jurisprudencia del TEDH es una buena ilustración de esa

¹⁷⁹ ¶¶38-44 y 58 de la [STEDH de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#). Más en concreto: “El cumplimiento del artículo 6 del Convenio, por lo tanto, no excluye que en los procedimientos administrativos una autoridad administrativa imponga primero una “sanción”. Sin embargo, presupone que la decisión de una autoridad administrativa que no cumpla las condiciones del Artículo 6 § 1 está sujeta a una revisión posterior por parte de un órgano judicial con plena jurisdicción (*Schmautzer, Umlauf, Grading, Pramstaller, Palaoro y Pfarrmeier v. Austria*, sentencias de 23 de octubre de 1995, series A nos. 328 AC y 329 AC, respectivamente §§ 34, 37, 42 y 39, 41 y 38). Entre las características de un órgano judicial con plena jurisdicción está el poder de reforma en todos los puntos, de hecho, así como en la ley, la decisión tomada por la parte inferior del cuerpo. En particular, debe tener jurisdicción para examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho relevantes para la disputa que se le presenta (*Chevol v. France*, no 49636/99, § 77, ECHR 2003-III, y el *Servicio Horeca de Silvester c. Bélgica*, no 47650/99, § 27, 4 de marzo de 2004)” ¶59 de la [STEDH de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#)

¹⁸⁰ ¶¶60-69 de la [STEDH de 27 de Septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL v Italia, 43509/2008](#).

tendencia en la que es preciso apuntar que la asimilación de esas garantías no es simétrica y menos cuando los imputados en los procedimientos sancionadores son compañías mercantiles y personas jurídicas, debiendo examinarse y modularse en su proyección al caso concreto. En particular, el derecho al debido proceso y la garantía de imparcialidad del órgano que adopta las decisiones e imponga las sanciones exige que en los procesos penales exista separación entre la instrucción y la resolución. En cambio, en el caso de los procedimientos administradores sancionadores el TEDH entiende que si esa separación no existe en la fase administrativa de instrucción y resolución del expediente sancionador, la garantía de imparcialidad se verá asegurada si existe el derecho a recurrir la decisión sancionadora ante un órgano judicial con plena jurisdicción para revisar tanto los elementos fácticos como la valoración jurídica efectuada por la autoridad administrativa, que pueden llevar incluso a la anulación de la decisión. La legislación vigente en el Perú reconoce el derecho de recurso en vía judicial de los sancionados por el INDECOPI por la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas (una vez agotada la vía de recurso administrativo ante el Tribunal del INDECOPI), con lo que se salvaguarda el derecho al debido proceso.

Referencias

A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- [Sentencia de 8 de junio de 1976, Engel et al. c. Holanda, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.](#)
- [Sentencia de 26 de abril de 1979, Sunday Times c. Reino Unido, 6538/74.](#)
- [Sentencia de 10 de febrero de 1983, Albert & Le Compte c. Bélgica, 7299/75 & 7496/76.](#)
- [Sentencia de 21 de febrero de 1984, Ötziürk c. Alemania, 8544/79.](#)
- [Sentencia de 26 de octubre de 1984, De Cubber c. Bélgica, 9186/80.](#)
- [Sentencia de 27 de febrero de 1992, Société Stenuit c. Francia, 11598/85.](#)
- [Sentencia de 21 de marzo de 1993, Zumbotol c. Austria, 12235/86.](#)
- [Sentencia de 24 de febrero de 1994, Bendenoun c. Francia, 12547/86.](#)
- [Sentencia de 23 de octubre de 1995, Gradinger c. Austria, 15963/90.](#)
- [Sentencia de 22 de noviembre de 1995, Bryan c Reino Unido, 19178/91.](#)
- [Sentencia de 23 de octubre de 1996, Levages Prestation Services c France, 21920/93.](#)
- [Sentencia de 14 de abril de 2002, Société Colas Est et al c. Francia, 37971/97.](#)
- [Sentencia de 28 de mayo de 2002, Kingsley c. Reino Unido, 35605/97.](#)
- [Sentencia de 23 de julio de 2002, Janosevic c. Suecia, 34619/97.](#)
- [Sentencia de 15 de diciembre de 2005, Kyprianou c. Chipre, 73797/01.](#)
- [Sentencia de 14 de noviembre de 2006, Tsfayo c. Reino Unido, 60860/00.](#)
- [Sentencia de 23 de noviembre de 2006, Jussila c. Finlandia, 73053/01.](#)
- [Sentencia de 21 de Julio de 2009, Marttinen c. Finlandia, 19235/03.](#)
- [Sentencia de 27 de octubre de 2009, Crompton c. Reino unido, 42509/05](#)
- [Sentencia de 27 de septiembre de 2011, A Menarini Diagnostics SRL c. Italia, 43509/08.](#)
- [Sentencia de 7 de junio de 2012, Segame s.a. c. Francia, 4837/06.](#)

B) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) *KME (tubos industriales)* C-272/09P (ECLI:[EU:C:2011:810](#)).
- Sentencia de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) *Chalkor* C-286/10P (ECLI:[EU:C:2011:815](#)).
- Sentencia de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) *KME Germany AG et al.* C-389/10 (ECLI:[EU:C:2011:816](#)).

C) Tribunal Supremo - Estados Unidos de Norteamérica

- *Bank of US v. Deveaux*, [9 U.S. 61 \(1809\)](#).
- *Hope Insurance Co. v. Boardman*, [9 U.S. 57 \(1809\)](#).
- *Darmouth College v. Woodward*, [17 U.S. 528 \(1819\)](#).
- *San Mateo County v. Southern Pacific Railroad Co.*, [116 U.S. 138 \(1885\)](#).

D) Bibliográficas

Richard Adelstein “Firms as persons” [Cahiers d'Economie Politique 65 \(2013\) 161-182](#).
Andrea Andreangelli “Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: The Impact of Antitrust Remedies provided by the Modernisation Regulation

on Investigated Parties' Freedom to Contract and to Enjoy Property" [*Competition Law Review* 6/2 \(2010\) 225-257](#).

- "Competition law and human rights: striking a balance between business freedom and regulatory intervention", en Ioannis Lianos & D Daniel Sokol (eds) *The Global Limits of Competition Law*, Stanford U. Press 2012, 22-36.

Jonathan B. Baker "Taking the error out of 'error cost' analysis: What's wrong with the antitrust right?" [*Antitrust Law Journal* 80/1 \(2015\) 1-38](#).

Gary S. Becker "Crime and Punishment: An economic approach" [*J. Political Economy* 76/2 \(1968\) 169-217](#).

Silvia Bertazzo "El Derecho Administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos" [*Revista General de Derecho Administrativo* 39 \(2015\)](#).

William Breit & Kenneth G. Elzinga "The Instruments of Antitrust Enforcement" *Emory Law Journal* 23 (1974) 943-961.

Daniel A Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcements*, Oxford U. Press 2011.

Kenneth Davidson "Creating Effective Competition Institutions: Ideas for Transitional Economies" [*Asian Pacific Law & Policy Journal* 6/1 \(2005\) 71-129](#).

Juan Delgado & Elisa Mariscal "Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico " [*Competition Policy International* 10/1 \(primavera 2014\) 134-159](#).

Alan Devlin & Michael Jacobs "Antitrust Error" [*William & Mary Law Review* 52 \(2010\) 75-132](#)

Luis Díez Canseco "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica" [*Themis* 36 \(1997\) 39-63](#).

Fernando Díez Estella & Patricia Pérez Fernández "La tutela de los derechos fundamentales en los procedimientos administrativo-sancionadores del Derecho de la Competencia" [*Revista CEF Legal* 214 \(Nov. 2018\) 1-30](#).

Antonio Capobianco & Gabriela Erdei "Procedural Fairness and Transparency in Competition Proceedings" [*CPI Antitrust Chronicle* 11/2018 \(Nov.\)](#).

Roberto Chieppa & Roberto Giovagnoli *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4ª ed, Giuffrè Francis Lefebvre 2018.

Malcom B. Coate y Andrew N. Kleit "Does it Matter that the Prosecutor is Also the Judge? The Administrative Complaint Process at the Federal Trade Commission" *Managerial Decision Economics* 19 (1998) 1-11.

James C. Cooper & William E. Kovacic "Behavioral economics: implications for regulatory behavior" [*Journal of Regulatory Economics* 2012: 41-58](#).

Gabriel Doménech "El rango constitucional del principio según el cual quien instruye un procedimiento sancionador no lo resuelve" [*Revista General del Derecho Administrativo* 10 \(2005\)](#).

Arlen Duke "Public Enforcement" in John Duns, Arlen Duke & Brendan Sweeney (eds.), *Comparative Competition Law*, Edward Elgar 2015, 271-300, 273-274.

Frank H. Easterbrook "The Limits of Antitrust" [*Texas Law Review* 63/1 \(1984\) 1-40](#).

Marius Emberland *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR protection*, Oxford U. Press 2006.

- "Protection Against Unwarranted Searches and Seizures of Corporate Premises under article 8 of the European Convention of Human Rights: The Colas Est SA v. France Approach" [*Michigan Journal of International Law* 25: 77-116](#).
- Henry Ergas "Error and Design: Economics in (and some Economics of) the Australian Competition Tribunal" [*Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform* 16/3 \(2009\) 71-91](#).
- Luigi Ferrajoli *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, 4ª ed. 2009.
- Ian S. Forrester "Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures" [*European Law Review* 34 \(2009\) 817-843](#).
- Eleanor M. Fox "Antitrust and Institutions: Design & Change" [*Loyola University Chicago Law Journal* 41/3 \(primavera 2010\) 473-488](#).
- Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock "Introduction" en Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock (eds.) *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, Oxford U. Press 2012, 1-48.
- Ivo Gagliuffi, "Políticas de Competencia en el Perú" [*Saber vivir- Revista de la Escuela Nacional de Administración Pública del Perú* 1 \(junio 2017\) 55-79](#).
- Hugo Gómez Apac "El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia" [*Círculo de Derecho Administrativo* 7 \(2009\) 472-483](#).
- David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates & Carla Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford U. Press, 2009.
- Alejandro Huergo *Las sanciones administrativas*, Iustel Madrid 2007.
- "Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement" en Diego Zegarra (ed.) *La Proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima 2019, 515-539.
- Pablo Ibañez, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge U. Press 2018
- Louis Kaplow "Rules versus standards: an economic analysis" [*Duke Law Journal* 42 \(1992\) 557-629](#).
- Louis Kaplow & Steven Shavell "Economic Analysis of Law" en [*Handbook of Public Economics* \(eds. A. J. Auerbach & M. Feldstein\), Elsevier 2005, vol. 3, 1665-1784](#).
- Neil Komesar "Stranger in a Strange Land: An Outsider's View of Antitrust and the Courts" [*Loyola U. Chicago L. J.* 41 \(2010\) 443-453](#).
- William E. Kovacic, Hugh M. Hollman & Patricia Grant "How does your competition agency measure up?" [*European Competition Journal* 7/1 \(2011\) 25-45](#).
- William E Kovacic & David A Hyman "Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?" [*Concurrences* 1/2013: 9-36](#).
- "Competition Agency Design: What's on the Menu?" *European Competition Journal* 8 (2012) 527-538.
- Robert H Lande "Quick-Somebody call Amnesty International! Intel Says EU Antitrust Fine Violated Human Rights" (27 de Julio de 2009) [*Federal Trade Commission: Watch*, 746\(9\)](#).
- Christopher Leslie "Hindsight Bias in Antitrust Law" [*Vanderbilt Law Review* 71/5 \(2018\) 1527-1591](#).

- Victoria López Torralba “Breve estudio en torno al Procedimiento sancionador y sus garantías” [*Revista jurídica de la Comunidad de Madrid* 22 \(2005\) 181-244.](#)
- Anne MacGregor & Bogdan Gecic “Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings” [*Journal of European Competition Law & Practice* 3/5 \(2012\) 425-438.](#)
- Francisco Marcos “Independencia de las autoridades de defensa de la competencia en España” [*Revista de Derecho de la Competencia y Distribución* 21 \(2017\).](#)
- Francisco Marcos & Albert Sánchez Graells “En contra del reconocimiento de «derechos humanos corporativos» en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia” [*Diario La Ley*, nº 8539, 2015.](#)
- Philip Marsden “Checks and balances: EU competition law and the rule of law” [*Competition Law International*, Feb. 2009, 25-29.](#)
- Don A. Moore, Lloyd Tanlu & Max H. Bazerman “Conflict of interest and the intrusion of bias” [*Judgment and Decision Making* 5/1 \(febrero 2010\) 37-53.](#)
- Prudencio C. Moreno Trapiella *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso-administrativo español. El caso específico del control judicial de las sanciones*, M Pons 2012.
- “El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos” [*Documentación Administrativa* 280-281 \(2008\) 323-358.](#)
- Csongor István Nagy “EU Competition law’s far trial revolution: much ado about nothing?” [*European Competition Law Review* 37/6 \(2016\) 232-238.](#)
- Alejandro Nieto *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed. Tecnos 2012.
- Paul O’Brien “Procedural Fairness: Convergence in process” [*CPI Antitrust Chronicle* 11/2018 \(Nov.\)](#)
- César Ochoa Cardich “Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia” [*Ius et veritas* 13 \(1996\) 185-198.](#)
- Luis Ortiz & Alfonso Lamadrid “El procedimiento sancionador y sus garantías” en Santiago Martínez & Amadeo Petitbó (dirs) [*Los acuerdos horizontales entre empresas*, F. Rafael del Pino-Marcial Pons 2009, 279-307.](#)
- Annette Ottow *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*, Oxford U. Press, 2015.
- Carlos Patrón “Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas” [*Ius et Veritas* 36 \(2008\) 122-144.](#)
- A Mitchell Polinsky & Steven Shavell “The Theory of Public Enforcement of Law” en [*Handbook of Law and Economics* \(eds. A. M Polinsky & S Shavell\) 2007 Elsevier, vol. 1, 405-454.](#)
- Artemi Rallo “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador” [*Teoría y Realidad Constitucional-UNED* 34 \(2014\) 193-234.](#)
- Albert Sánchez Graells “The EU’s Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New under the Sun” en Vasiliki Kosta, Nikos Skouroutakis & Vassilis Tzevelekos (eds.) *The Accession of the EU to the ECHR*, Hart 2014, 255-270.

- Ilya Shapiro & Caitlyn W. McCarthy “Are Federal Agencies the Sole Judges of Their Own Authority?” [*Regulation* 34/2 \(verano 2011\) 4-5.](#)
- Steven Shavell “The Optimal Structure of Law Enforcement” [*Journal of Law & Economics* 36 \(Abril 1993\) 255-287.](#)
- “The appeals process as a means of error correction” *Journal of Legal Studies* 24 (1995) 379-426.
- Mario Siragusa, Matteo Beretta & Matteo Bay “Competition law in Italy: The first 20 years of law practice” en [*Competition Laws Outside the United States*, 2ª ed. ABA 2010, vol. II, capítulo 10.](#)
- Donald Slater, Sebastien Thomas & Dennis Waelbroeck “Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a fair trial: No need to reform” *European Competition Journal* 5/1 (2009) 97-13.
- Pierino Stucchi “Apuntes sobre la relevancia constitucional del mandato funcional del INDECOP” [*Advocatus* 23 \(2011\) 47-60.](#)
- Pierino Stucchi & Fernando Ballón “Síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú: Contenido y Aplicación del Decreto Legislativo n° 1034, Ley de represión de conductas anticompetitivas (LRCA)” [*REDUP* 18 \(2017\) 9-73.](#)
- José Suay Rincón “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador” [*RAP* 123 \(1990\) 153-184.](#)
- Agustín Valencia Dongo, “Juntos y revueltos: diseño institucional y Garantías de un debido proceso” [*Bullard Falla Ezcurra* + 11/2017.](#)
- Winfried H.A.M. Van den Muijsenberg & Sam Rezai “Corporations and the European Convention of Human Rights” [*Global Business & Development Law Journal* 25 \(2012\) 43-68.](#)
- Adrian Vermeule, *The Constitution at Risk*, Cambridge U. Press, 2014.
- Jeremy Waldron “Partly Laws Common to All Mankind” *Foreign Law in American Courts*, Yale University Press 2012.
- Lawrence White “Why isn’t ‘Deterrence’ Included in the Measurements of Antitrust ‘Enforcement’?” [*CPI Antitrust Chronicle* 11/2019 \(Nov.\).](#)
- Wouter P. J. Wils “The Combination of the Investigative and Procedural Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis” *World Competition* 27 (2004) 201-224.
- “Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network” [*World Competition* 43 \(2020\) 5-34.](#)
- Adam Winkler *We The Corporations. How American Businesses won their civil rights*, Liveright 2018.
- Christopher S. Yoo “Due process in International Antitrust Enforcement: An Idea whose time has come” [*CPI Antitrust Chronicle* 9/2019 \(Sept.\).](#)
- Christopher S. Yoo, Yong Huang, Thomas Fetzer & Shan Jiang “Due Process in Antitrust Enforcement Through the Lens of Comparative Law” [*Working Paper SSRN*, 21 de Agosto 2019.](#)