

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS: TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CALIFICACIÓN PREVIA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA*

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto presentar algunos elementos que contribuyen a desentrañar la responsabilidad civil derivada de los actos contrarios a la libre competencia, haciendo hincapié en dos aspectos: (i) la tipicidad de las conductas contrarias a las normas de libre competencia, generadoras de daños resarcibles; y (ii) el requisito procesal de la calificación previa de dicha conducta establecido en leyes especiales. En ese sentido, luego de una revisión de la responsabilidad civil en el Código Civil peruano, los principales aportes de la Doctrina y del Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de represión de conductas anticompetitivas, el autor sostiene que en materia de responsabilidad civil extracontractual puede identificarse una relación de género y especie entre el régimen previsto en el Código Civil y el establecido en la legislación sobre libre competencia. Asimismo, se desarrolla la conveniencia de la calificación de la antijuridicidad de las conductas contrarias a las normas de libre competencia en la vía administrativa

-
- * Socio fundador de Santistevan de Noriega & Asociados. Abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de posgrado en las facultades de Derecho de New York University y The University of Wisconsin. Graduado del Programa de Alta Dirección de la Universidad de Piura. Profesor de derecho en los programas de posgrado de la PUCP en Derecho Internacional Económico, Derecho de la Empresa y Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, así como las facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Ha sido vocal en la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, vicepresidente de la Comisión de Reforma de la Ley General de Arbitraje y Defensor del Pueblo. Es árbitro inscrito en la Lista de Árbitros del Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas en Materia de Inversión (CIADI), y los centros de arbitraje nacionales de la Cámara de Comercio de Lima, Cámara Peruano Norteamericana de Comercio (AMCHAM) y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, así como el Registro de Neutrales del Sistema Nacional Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

como requisito sine qua non para la reclamación de daños y perjuicios ante la autoridad jurisdiccional. Finalmente, se comenta el primer aporte jurisprudencial en la materia: la Resolución N° 7 sobre excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en el Caso Lave vs. Clorox - Quimpac dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, que revocó una resolución emitida en primera instancia por el Juzgado Civil Especializado que había declarado improcedente la mencionada excepción.

I. Introducción¹

La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de reparar, por sí misma o por medio de otra, los daños causados a un tercero, ya sea por un acto propio o ajeno, por el efecto de los bienes inanimados (riesgosos o peligrosos) o de los animales. A su vez, el daño producido puede ser causado por una conducta contraria al deber jurídico genérico de no dañar a nadie, al de cumplir con las obligaciones voluntarias, al derecho a las buenas costumbres, o por un riesgo creado mediante una actividad peligrosa o riesgosa.

Por esto, Díez-Picazo y Gullón han afirmado que: “La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”².

De esta manera, podemos afirmar que la responsabilidad civil genera una situación de ventaja y atribución para el sujeto que sufre el daño y una situación de desventaja y sujeción para el sujeto que causa el daño. Ello debido a que, tradicionalmente, se ha considerado que la responsabilidad civil tiene como función represiva: la reparación del daño, en el entendido que la reparación constituye un castigo al autor por el daño producido.

¹ La posición que expone el autor en el presente trabajo ha sido recogida en el artículo 49° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 25 de junio de 2008, con el siguiente texto:

“Artículo 49°.- Indemnización por daños y perjuicios

Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión, o, en su caso, por el Tribunal, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios”.

² Díez-Picazo y Gullón (1994), p. 591.

Esta óptica de la función de la responsabilidad civil ha sido revalorada por la doctrina³ a partir del desarrollo del análisis económico en el sistema de responsabilidad del *common law*. En tal sentido, se señala que desde una perspectiva *diádica o microsistémica*, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, una triple función: a) satisfactoria, b) de equivalencia, y c) distributiva. Desde una perspectiva sistémica o macroeconómica, la responsabilidad cumplirá fundamentalmente dos funciones esenciales: a) una función de incentivación o desincentivación de actividades dañosas o riesgosas, y b) una función preventiva.

Esta evolución de las funciones de la responsabilidad civil está representada en sus dos campos de aplicación; es decir, en las llamadas responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana. Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que la responsabilidad civil se divide en dos grandes áreas: i) responsabilidad contractual, y ii) responsabilidad extracontractual. La terminología invita rápidamente a suponer como criterio distintivo al contrato.

Así, mientras que la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito contenido en una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionante y el acreedor lesionado, la responsabilidad extracontractual es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro sin que medie un vínculo obligacional.

Afirmamos lo anterior, pues hay que reparar que la utilización del contrato como criterio distintivo de la responsabilidad civil no ha sido adoptado por nuestro Código Civil, que utiliza un criterio de distinción diferente: la obligación. En tal sentido, dentro de la terminología de nuestro Código Civil, ha de referirse a “responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones”, y no a responsabilidad contractual. En otros términos, el “lenguaje” propio de la responsabilidad contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la extracontractual, un lenguaje de “responsabilidad”, sino de incumplimiento de obligaciones.

Dichos criterios distintivos, a consideración de Scognamiglio, no son excluyentes sino concurrentes. Ello debido a que la llamada responsabilidad contractual “conexa con las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar

³ Fernández (2001), pp. 32-33.

una prestación determinada, con la consiguiente sujeción a efectos desfavorables en caso de incumplimiento”⁴.

La responsabilidad extracontractual constituye una figura clásica del Derecho Civil, consagrada en nuestro Código en el artículo 1969° y siguientes. La relevancia del tema queda reflejada en que esta institución del derecho, en un país como el Perú, de escasa producción jurídica, ha sido tratada con prolijidad por diversos autores, entre los que destaca el trabajo pionero de Fernando de Trazegnies Granda⁵. Es importante la contribución jurídica de –sin pretender nombrar a todos– Fernando Vidal Ramírez⁶, Leysser L. León⁷, Gastón Fernández Cruz⁸, el propio De Trazegnies⁹, Juan Espinoza Espinoza¹⁰ y Lizardo Taboada Córdova¹¹.

A pesar de ello, no todo está dicho sobre la materia. Nuevas instituciones del derecho constitucional económico y leyes especiales sobre libre competencia han ido creando –a juicio de quien escribe el presente artículo– una configuración especial dentro del género responsabilidad extracontractual: la que emana de actos contrarios a la libre competencia. Ésta es objeto de tratamiento en leyes especiales que, de una parte, modifican la estructura atípica de la figura de la responsabilidad aquiliana consagrada en el Código Civil; y, por otra, exigen una calificación previa de la conducta antijurídica, por parte de la Administración especializada, a partir de la cual se desencadena la responsabilidad resarcitoria que en definitiva será resuelta por el juez.

El presente trabajo, elaborado originalmente para el libro homenaje a Fernando de Trazegnies –aún no publicado–, presenta algunos elementos que contribuyen a desentrañar la especie (responsabilidad civil derivada de los actos contrarios a la libre competencia), haciendo hincapié en dos aspectos: (i) la tipicidad de las conductas contrarias a las normas libre competencia, generadoras de daños resarcibles; y (ii) el requisito procesal de la calificación previa de dicha conducta establecido en leyes especiales.

⁴ Sconagmiglio (2001), p. 54.

⁵ De Trazegnies (2001), pp. 19-74.

⁶ Vidal (2006).

⁷ León (2004).

⁸ Fernández (2005), pp.19 y ss.

⁹ De Trazegnies (2006a) y (2006b).

¹⁰ Espinoza (2002) y Espinoza (2006).

¹¹ Taboada (2005).

II. Necesaria referencia a la figura atípica de responsabilidad extracontractual en el artículo 1969° del Código Civil

La responsabilidad, como consecuencia de un acto humano, se traduce en la obligación de indemnizar el daño que dicho acto podría ocasionar. En palabras de Fernando Vidal Ramírez¹²:

“El daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil”.

En ese sentido, para nosotros, junto con Lizardo Taboada:

“(…) la fórmula más exacta nos parece aquella que define al daño jurídicamente indemnizable como lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial”¹³.

Así, la responsabilidad civil constituye un mecanismo de tutela jurídica resarcitoria que nace como consecuencia de un hecho jurídico ilícito, ya sea de origen obligacional y contractual o extracontractual. Es evidente que la responsabilidad civil en sus dos modalidades busca la tutela de situaciones jurídicas de desventaja, producida por la lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico.

Para la mayoría de los autores, la responsabilidad contractual se diferencia de la extracontractual en que la primera nace del incumplimiento de una obligación¹⁴, mientras que la segunda de un ilícito civil¹⁵.

En opinión de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁶, la causa fuente de la obligación a cargo del deudor y el grado culpabilístico de su conducta son los criterios que sirven para articular tales ámbitos:

¹² Vidal (2006).

¹³ Taboada (2005), p. 62.

¹⁴ Artículo 1218° del Código Civil.

¹⁵ En el Perú, Fernández (2005), p. 32, señala en particular que el Código Civil de 1984 por acoger la regulación de la responsabilidad extracontractual en el Libro VII del Código Civil relativo a las Fuentes de las Obligaciones justamente bajo ese nombre y no bajo el término “hecho ilícito” ha abandonado esta última categoría de la responsabilidad aquiliana, intención que a su juicio se ve corroborada por las modificaciones introducidas a los artículos 309° y 458° del Código Civil por la Primera Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado del DL N° 768 y por la Ley N° 27184 que eliminaron los vestigios de tal referencia.

¹⁶ Lorenzetti (2006).

“En primer lugar, se señala una responsabilidad contractual separada totalmente de la extracontractual. La razón fundamental es la causa de la obligación del deudor (delito-cuasidelito-contrato-cuasicontrato), no la del acreedor.

En segundo lugar, la separación entre un régimen cuasidelictual y delictual responde a un criterio de reprochabilidad de la conducta del deudor. No puede ser castigado igual quien incurre en dolo que quien lo hace culposamente”.

No obstante, sea que la responsabilidad civil tenga su origen en una obligación o en un ilícito civil, lo que interesa rescatar es la consecuencia producida por una determinada actuación del hombre, es decir, el daño que dará origen a la atribución de la referida responsabilidad. Así, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño causado.

Entendiendo con las enseñanzas de Guido Alpa que:

“El daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias: desde el punto de vista civilista no es necesario distinguir el evento de sus consecuencias; de por sí el evento podría no parecer relevante, pero las consecuencias patrimoniales graves; o bien el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias”¹⁷.

Según Díez-Picazo y Gullón:

“Para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar, en el ordenamiento jurídico, un sistema de protección o de valoración. En este caso se encuentran sin duda los bienes que aparecen constitucionalmente protegidos. También aquellos a los que el ordenamiento dispensa una protección penal. El círculo no se cierra definitivamente y es menester admitir que del conjunto del ordenamiento jurídico la especial protección pueda resultar”¹⁸.

Asimismo, Fernando de Trazegnies ha señalado:

“(…) los nuevos riesgos tienen una naturaleza elusiva debido a su complejidad y no permiten identificar con facilidad al culpable; si existe alguno, ¿cómo pedirle a los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben que el piloto actuó con negligencia (aun cuando esta sea objetivamente

¹⁷ Alpa (2001), p. 519.

¹⁸ Díez-Picazo (1999), p. 297.

considerada), para tener derecho a una indemnización? ¿Cómo exigir que la persona que se intoxicó con un producto defectuoso pruebe que el fabricante fue negligente o imprudente en su elaboración? En circunstancias tales, la investigación de la culpa se convertía –a pesar del objetivizante recurso a la comparación con el patrón de conducta esperada– en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía, por lo general, a que las víctimas no alcanzaran resarcimiento alguno.

En el Perú, un jurista de mirada aguda denunció tempranamente las dificultades de mantener el principio de la culpa en todos los casos. Manuel Augusto Olaechea, ponente del título correspondiente del Código de 1936, decía (sin ser debidamente escuchado): ‘Si se examina el proceso de las ideas jurídicas, observamos una interesante evolución: la responsabilidad principia por tener en Roma un carácter netamente objetivo y poco a poco incide en el concepto de la imputabilidad: la falta, vale decir la culpa, sirve de base a la doctrina, que queda así transformada de real en subjetiva. La culpa aquilina o el cuasidelito traduce una especie de pecado jurídico’¹⁹.

Por su parte, Renato Scognamiglio considera que en la responsabilidad extracontractual:

“El dato esencial está representado por la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del derecho; una reacción que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de resarcimiento de la totalidad del perjuicio al sujeto que incurra en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas en la ley”²⁰.

Sobre la base de estas consideraciones, se puede concluir que el daño causado en la responsabilidad extracontractual no proviene del incumplimiento total o parcial de una obligación de origen contractual, sino de la lesión de un interés que se encuentra protegido por una norma jurídica, que se traduce en el deber jurídico genérico de no causar daño a otra persona.

No obstante, la reparación del daño no se circunscribe a éste. Conforme al sistema adoptado por el Código Civil Peruano, el factor de atribución del resarcimiento es propiamente la culpa:

¹⁹ De Trazegnies (1988), p. 47.

²⁰ Scognamiglio (2001), p. 56.

“Afirmar que ‘no hay responsabilidad sin culpa’ resulta lo mismo que decir que sólo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos sólo serán imputables a una actuación antijurídica: la proveniente de todo comportamiento humano que, de manera dañosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido”²¹.

En todo caso, los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual son perfectamente conocidos, y en torno a ellos la posición de la doctrina nacional es pacífica.

Tomemos el caso de Juan Espinoza Espinoza²², quien ha tratado más el tema de la responsabilidad aquiliana en relación con las normas de libre competencia y de defensa del consumidor. Pues bien, con este autor podemos convenir que los elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana, son: (i) la **imputabilidad** o capacidad de imputación; (ii) la **ilicitud** o antijuridicidad de la conducta que cause el daño a reparar; (iii) el **factor de atribución** que expresa la relación con los factores subjetivos (la culpa y el dolo) y la posible responsabilidad objetiva; (iv) el **nexo causal** o relación de causalidad; (v) el daño causado; y (vi) el **resarcimiento del daño patrimonial** o reparación civil.

Desde la perspectiva del presente artículo nos interesa el segundo elemento, es decir, la **ilicitud o antijuridicidad** de la conducta generadora del daño (aunque el autor Espinoza Espinoza preferiría llamarla “ilicitud”, a lo que convendría Fernández Cruz, quien optaría por calificarla de “**dañosa**”).

Creemos, sin embargo, que en esta materia hay que coincidir con Lorenzetti cuando afirma:

“La doctrina actual coincide en calificar la conducta antijurídica como aquella que menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no sólo a la Ley (...)por lo tanto, quedan incluidos los actos contrarios a los principios jurídicos, las cláusulas generales e incluso los valores de rango normativo, con lo cual se expande el campo enormemente”²³. (Cita en el original omitida)

²¹ Fernández (2005), p. 30.

²² Espinoza (2002).

²³ Lorenzetti (2006), p. 474.

En este sentido, Lizardo Taboada considera:

“(...) debe hablarse de dos clases de antijuridicidad: una típica, esto es, específicamente prevista por la norma jurídica, bien sea expresa o tácitamente; y una atípica, vale decir, prevista genéricamente por el ordenamiento jurídico. De esta forma, se amplía acertadamente el concepto de la antijuridicidad, y se le proporciona al sistema de responsabilidad civil la lógica adecuada para su buen funcionamiento en la realidad social, pues ya no será necesario establecer únicamente si la conducta está prohibida expresa o tácitamente por alguna norma jurídica o un conjunto de las mismas para poder hablar de un supuesto de responsabilidad, sino que podremos saber, a ciencia cierta, si debe haber o no responsabilidad civil extracontractual, en la medida en que se determine que se trata de una conducta prohibida genéricamente por el ordenamiento jurídico”²⁴.

Y este elemento es particularmente importante, pues el artículo 1969° de nuestro Código Civil está regido por el **principio de la atipicidad**, esto es, de la **ausencia de una predeterminación de figuras conductuales** que puedan ser las únicas admisibles para la reclamación resarcitoria por responsabilidad extracontractual²⁵.

A pesar de que Lorenzetti²⁶ –siguiendo el trabajo de De Lorenzo y de Markesinis y Deakin con relación a los *torts* del derecho anglosajón– morigera la relevancia de la **atipicidad** en los siguientes términos:

*“En el Derecho comparado existen Códigos que ‘tipifican’ los ilícitos civiles y otros que se valen de la cláusula general de responsabilidad (...). Sin embargo, en la interpretación tradicional (paradigma de la deuda) estas diferencias se diluyen en el plano de las soluciones concretas (...) ya que las **alterum non laedere (cláusulas generales)** terminan, en concreto, por concretar en un sistema de ilícitos tipificados (...) requiriéndose siempre una actuación contraria a una norma previa, para aplicar el sistema sancionatorio (referencias en el original eliminadas)”.*

²⁴ Taboada (2006), p. 398.

²⁵ Espinoza (2002), p. 68.

²⁶ Lorenzetti (2006), p. 474-475.

Por su parte, Leysser León²⁷ es enfático al afirmar que el artículo 1969° de nuestro Código Civil contiene una cláusula normativa general, con el siguiente análisis:

“La proposición ‘aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo’, acaso presente en todos los códigos civiles del mundo, es una cláusula normativa general (...) o sea un enunciado cuyo contenido tiene que ser establecido por los intérpretes; en cuanto tal, no contiene una enumeración precisa de los supuestos de daño en los cuales surge la responsabilidad extracontractual, sino que posterga la determinación de estos hasta el momento de la apreciación hermenéutica.

De aquí que se hable en Francia, en Italia (...), y también entre nosotros de un régimen legal de ‘atipicidad’ del delito (...) (para mejor comprensión del texto se ha eliminado la cita de pie de página puesta por el autor)”.

A este respecto, la doctrina italiana predica, en palabras de Giovanna Visintini:

“En cuanto a las cláusulas generales en la regulación de los hechos ilícitos, podemos dar por sentada en la doctrina civilista netamente predominante el reconocimiento como cláusula general de la expresión ‘daño injusto’, que se lee en el art. 2043° Código Civil (...)

*En efecto, cuando se abandona el discurso sobre los criterios de imputación de la responsabilidad para pasar a considerar la situación de la víctima del hecho ilícito y sus exigencias de protección, se termina descubriendo una cláusula general propiamente dicha. Nos encontramos, en otras palabras, frente a una técnica legislativa que remite **in toto** a la actuación del juez, para especificar concretamente la noción normativa.*

Al juez no se le imparte más que una directiva, y a él le corresponde argumentar la regla de su decisión, mediante elementos ético-sociales externos al ordenamiento jurídico”²⁸.

²⁷ León (2004), p. 101.

²⁸ Visintini (2002), p. 257.

Guido Alpa desarrolla el asunto de la siguiente manera:

“(...) adicionalmente los estándares identificables son diversos en cuanto esta cláusula general está estructurada en forma compleja, comprendiendo los siguientes aspectos: a) injusticia del daño; b) intencionalidad y culpabilidad en el comportamiento; c) medida del daño resarcible”.

(...)

“Los estándares corresponden aquí al espectro de los intereses cuya lesión comporta una injusticia, a los comportamientos que integran el dolo o la culpa, a las consecuencias dañinas de la lesión en la medida en que sobre la base de criterios selectivos (nexo causal, concurso de culpa del dañado) se define el área del derecho resarcible”²⁹.

Sin embargo, afirma el mismo autor:

“(...) objeto de investigación no es el estándar en cuanto a tal, sino más bien ‘el criterio extrajurídico de valoración que el juez pone en el estándar a fin de decidir el caso concreto’”³⁰.

Lo anterior es precisado en nuestro medio por Leysser León en los siguientes términos:

“Por la decisiva tarea que toca desempeñar a los jueces en la deducción de soluciones a partir de las cláusulas normativas generales, una crítica que se puede formular contra esta técnica es que atenta contra la seguridad jurídica, porque la aplicación del derecho terminará librada a la arbitrariedad de la magistratura, no precisamente caracterizada por su neutralidad ideológica o política, ante presiones del grupo de poder (...)

Hoy se sabe que las cláusulas normativas generales son más eficientes en los países industrializados, que cuentan con una magistratura bien formada y remunerada, aunque nada de ello garantice del todo, como es lógico, su inmunidad ante las presiones.

²⁹ Alpa (2001), p. 62.

³⁰ Loc. cit.

En oposición, es aconsejable que los países en vías de desarrollo dispongan de textos normativos precisos y detallados, que sin perjudicar la actividad hermenéutica, allanen al juez el camino para encontrar la solución a las controversias sometidas a su decisión (citas en el original omitidas)”³¹.

Por ello, Alpa expresa:

“No se debe olvidar que el análisis de la injusticia lleva a una radical distinción de los ordenamientos: aquellos que se consideran informados por las cláusulas generales que se llaman ‘atípicos’, y aquellos que se consideran informados de hipótesis específicamente disciplinadas que se llaman ‘típicos’; ya esta distinción es apodíctica y simplificante, por que hay sistemas mixtos y sistemas en los cuales, detrás de la cláusula general, se ocultan (no tan profundamente) técnicas de tipificación de las figuras jurídicas; mientras en otros, que aparentemente parecen típicos, se hace empleo de nociones que permiten ampliar las redes de la tipicidad. Pertenerían a los sistemas atípicos los ordenamientos de derivación romanista y aquellos típicos el common law y el ordenamiento alemán”³².

En sentido similar concluye Fernández Cruz³³ cuando postula:

“El art. 1969° del C. C. peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativo por culpa, de igual rango que aquella regulada por el art. 1970° del C. C. Por ende, en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual puede afirmarse un sistema bipolar.

La culpa ha dejado de ser considerada el único criterio de selección de los intereses merecedores de tutela resarcitoria, cumpliendo hoy un rol diferenciado como criterio imputación, a la par de otro objetivo, de igual rango y valor (el riesgo)”.

A lo que Díez-Picazo aporta:

“En la tradición que procede de la codificación, para que exista obligación de indemnizar un daño extracontractual no es suficiente haberlo causado. Se

³¹ León (2004), p. 10.

³² Alpa (2001), p. 135.

³³ Fernández (2005), p. 432.

requiere que en el comportamiento antecedente a la producción del daño, al que éste ha de imputarse objetivamente, se pueda encontrar culpa o negligencia”³⁴.

Por su parte, Taboada Córdova considera que:

“(...) la noción de culpa exige no sólo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor, pues caso contrario por más que se acreditara el daño y la relación causal, no habría responsabilidad civil extracontractual del autor. La culpa es, pues, el fundamento del sistema subjetivo de la responsabilidad civil.

(...)

Obviamente culpa en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el animo deliberado de causar daño a la víctima. Por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo”³⁵.

El aporte de Giovanna Visintini permite tomar en cuenta que:

“(...) así, con respecto al dolo y a la culpa, puede ser útil precisar, desde ahora, que no son especies de un mismo género, sino dos figuras autónomas que pueden integrar el elemento subjetivo de la ‘culpabilidad’. En otras palabras, uso este término como categoría lingüística que abarca sistemáticamente las distintas hipótesis en las que la imputación de la responsabilidad se presenta como subjetiva y con distintos grados de individualización, pero no en el sentido de categoría conceptual unitaria”³⁶.

Pues bien, aquí radica a nuestro juicio una de las diferencias sustanciales entre el régimen general aquiliano del Código Civil y el régimen especial de responsabilidad extracontractual derivado de violaciones a las normas de libre competencia, en concreto de los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del DL N° 701 (publicado con el título “Disponen la eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la

³⁴ Díez-Picazo (1999), p. 351.

³⁵ Taboada (2005), p. 97.

³⁶ Visintini (1999), p. 47.

libre competencia”), así como el correlato procesal correspondiente previsto en el artículo 25° de dicha norma y en el artículo 16° de la Ley N° 25868 (publicada con el título Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI).

Lo singular se sustenta en que, en el marco de la libre competencia, las conductas están tasadas en el DL N° 701 hoy sustituido por el DL N° 1034. Pero no sólo ello, se añade un elemento nuevo, esencial en el mundo de la libre competencia, que no lo exige el Código Civil: el requisito procedimental de contar con el pronunciamiento previo de la Administración especializada (INDECOPI) si se lee el artículo 25° del DL N° 701 en conjunto con el artículo 16° de la Ley N° 25868 de creación de INDECOPI, lo que ha quedado plenamente ratificado por el artículo 49° del DL N° 1034.

Ya no se trata, pues, de la “atipicidad” clásica de la responsabilidad extracontractual del Código Civil ni de la aplicación de la cláusula general del artículo 1969° de dicho cuerpo de leyes que ponen la carga para la calificación dañosa de una conducta en manos del juez.

“(...) en cambio, a la responsabilidad extracontractual, sólo sería ‘injusto’ el daño determinado por la lesión de un derecho subjetivo absoluto, que por ser susceptible de ser valorado erga omnes, está expuesto, precisamente, a ser violado por cualquier sujeto”³⁷.

Díez-Picazo enseña:

“A nuestro juicio, (...) la antijuridicidad que es propia del derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de la antijuridicidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos casos puede resultar necesario, sólo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de la calificación de la antijuridicidad”³⁸.

Por lo contrario, las normas de libre competencia nos llevan a conductas ilícitas preestablecidas en las leyes especiales, que por su carácter técnico requieren de una calificación especializada hecha por entes idóneos y capacitados en la materia, con

³⁷ Schlesinger (2001), p. 45.

³⁸ Díez-Picazo (1999), p. 298.

criterios de orden económico y valoraciones de mercado que no pueden dejarse a la amplia discrecionalidad de las cláusulas generales de interpretación.

Por ello, se requiere un pronunciamiento previo, vía resolución de la Administración, sobre la antijuridicidad de la conducta que cause el daño resarcible, demostrada en sede administrativa conforme a las normas de libre competencia. Y una vez logrado esto (*if, and only if*, se diría en el mundo anglosajón) se podrá recurrir *ex post* al Poder Judicial a reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados.

En este marco si el **género** (“responsabilidad extracontractual”) se encuentra regulado bajo la figura abierta del artículo 1969° del Código Civil, la **especie** (“responsabilidad extracontractual derivada de la contravención a las normas de libre competencia”) se encuentra regida por las conductas contrarias a la libre competencia tipificadas en su momento en el DL N° 701 (y en la actualidad por el Decreto Legislativo N° 1034³⁹), siendo requisito para demandar pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios el agotar la vía administrativa, a fin de que sea la Administración quien determine la antijuridicidad establecida por el artículo 25⁴⁰ de la norma citada en primer lugar y el artículo 16⁴¹ de la Ley N° 25868 (hoy por el artículo 49° de la última de las normas mencionadas⁴²), a lo que habrá que añadir lo dispuesto por el mencionado artículo 1969° en lo relativo a los demás elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

El fenómeno de establecer reglas especiales en el campo de la responsabilidad extracontractual es perfectamente explicable y tiene amplio reconocimiento en el mundo. La complejidad de las relaciones jurídicas y la tutela de distintos intereses

³⁹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

⁴⁰ **Decreto Legislativo N° 701- Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia**

Artículo 25°.- Cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos por la presente Ley podrá ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

Quienes hayan sido denunciados falsamente también podrán ejercitar dicha acción.

⁴¹ **Ley N° 25868.- Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI**

Artículo 16°.- En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

⁴² *Vid.* Nota al pie N° 1 del presente ensayo.

en juego llevan a que del tronco del derecho civil se vayan desprendiendo regímenes especiales caracterizados por una singularidad que no puede ser resuelta por el régimen general. Al respecto, explica Guido Alpa:

“Con el correr de los años, los regímenes especiales de responsabilidad civil se han multiplicado. Nuevas tecnologías, formas de cooperación económica, formas de interacción social, han creado nuevas ocasiones para la producción de daños. En lugar de remitir estas hipótesis a las reglas de la responsabilidad civil contenidas en el Código, que están gobernadas por criterios subjetivos y objetivos de imputación, el legislador ha preferido introducir –o proyectar la introducción de– regímenes especiales de responsabilidad civil que constituyen excepciones al régimen general en lo que atañe a la imputación de la obligación resarcitoria, al ámbito operativo de las reglas, a los tipos de daños resarcibles y a las modalidades de resarcimiento.

(...)

*Puesto que cada sector de actividades potencialmente dañosas –atinentes a relaciones económicas o biológicas, sin distinción– se ha venido elaborando reglas **ad hoc**, el área de operatividad de las normas con contenido general se ha ido reduciendo paulatinamente. (...) En otras palabras, las reglas generales han dejado de conformar el esqueleto y la estructura que sostiene el sector por entero: ahora los regímenes especiales operan como excepciones a tales reglas. Desde un punto de vista inverso, los regímenes esenciales son los que prevalecen y se aplican a primera mano, sin perjuicio de que se haga empleo de las reglas generales cuando las especiales estén incompletas, presenten lagunas o sean imprecisas”⁴³.*

III. Singularidad de la responsabilidad extracontractual por conductas contrarias a la libre competencia: tipicidad y calificación administrativa de antijuridicidad

Sería lícito preguntarnos en abstracto: ¿por qué distinguir la responsabilidad extracontractual genérica del Código Civil de aquella derivada de actos contrarios a la libre competencia?

⁴³ Alpa (2006), p. 289.

A nuestro juicio, el primer criterio de distinción entre un caso de responsabilidad por daños regido exclusivamente por el Código Civil, y uno especial de libre competencia radica en los bienes jurídicos tutelados por el derecho. Si está en el ámbito de la responsabilidad extracontractual general, el bien jurídico tutelado será el resarcimiento por el daño causado entre particulares, por lo cual operan entonces las reglas *inter privatos*.

No ocurre así en el campo de las conductas contrarias a la concurrencia en el mercado en las que, a lo anterior, se superpone el interés general consagrado en el artículo 61º de la Constitución a través de la garantía institucional de libre competencia que debe ser facilitada y garantizada por el Estado, al combatir toda práctica que la limite y al reprimir el abuso de posiciones de dominio en el mercado.

Al respecto, Alfredo Bullard anota:

“La autoridad peruana ha considerado que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica”⁴⁴.

“Como bien dice el propio Bork:

El bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son asignados de tal manera que los consumidores están en posibilidad de satisfacer sus necesidades de manera tan completa como lo permitan las limitaciones tecnológicas. El bienestar del consumidor, en este sentido, es simplemente otro término para la riqueza de la nación”⁴⁵.

Entonces, siguiendo a este mismo autor:

“(…) como ya se dijo, es mejor hablar de una ley ‘procompetencia’ antes que de una ley antimonopolios. Lo importante es reforzar la soberanía del consumidor y ello no necesariamente requiere preservar numerosas empresas pequeñas en el mercado. Por ello, las concentraciones de poder económico en el mercado son legítimas en cuanto respondan a la habilidad de las empresas para ganarse las preferencias de los consumidores”⁴⁶.

⁴⁴ Bullard (2003), p. 653.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 653.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 654.

Por su lado, Baldo Kresalja Roselló⁴⁷ precisa con relación a la Constitución del Perú:

“La competencia no es sólo un derecho sino, también, una obligación en una economía de mercado; se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto. Entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando la Constitución dice que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía de mercado (artículo 58°), y cuando garantiza la libertad de empresa (artículo 59°); y explica cuando señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio (artículo 61°)”.

Aída Kemelmajer de Carlucci⁴⁸, tratando el tema general de las razones para distinguir en materia de responsabilidad por daños, nos dice:

*“Cuando alguien gana, otro pierde; cuando un comprador adquiere algo en un negocio, otro vendedor que vende cosas iguales o similares perdió esa venta y con ella, la ganancia esperada. Desde esta perspectiva, un competidor normalmente causa perjuicios a otro; son los **perjuicios lícitos**, derivados de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.*
(...)

Lícitos o ilícitos, los daños pueden ser cuantiosos, desde que en algunos casos se trata, ni más ni menos, que de la desaparición de empresas y de enteros sectores económicos”.

La doctrina especializada –aunque refiriéndose al sistema *antitrust* anglosajón– lo advierte en palabras de la misma autora:

“El análisis específico también encontraría justificación en el hecho que el derecho al resarcimiento del daño por violación a las normas antitrust se ubica en un contexto bastante particular, pues además de la lesión a un derecho subjetivo individual, la infracción lesiona el interés común de alcanzar la máxima eficiencia en el mercado; por eso, la acción por daños y perjuicios

⁴⁷ Kresalja (2004), p. 544.

⁴⁸ Kemelmajer (2006), p. 662.

se encuentra inmersa en otro mar de sanciones de naturaleza administrativa, penal, etc."⁴⁹.

Consecuentemente, el régimen resarcitorio no puede dejar abierto, a criterio del juez, la valoración de la conducta dañosa, bajo una cláusula general como la del sistema **atípico** del artículo 1969° del Código Civil. Tiene que dar cabida a la intervención del legislador para tipificar conductas que se enmarquen en la garantía institucional del artículo 61° de la Constitución, que en el caso del Perú viene a ser el DL N° 701 y en la actualidad el DL N° 1034.

¿Cuáles serían estas conductas tipificadas que causen daños resarcibles en el ámbito de la libre competencia? La legislación peruana, a decir de Manuel Abanto Vásquez, ha recibido en este caso más la influencia de las normas de la Comunidad Europea que de la legislación norteamericana *antitrust*⁵⁰. No obstante, el mismo autor señala:

*“Ciertamente en la técnica de tipificación y en el sistema sancionatorio, la nueva legislación peruana de cárteles, se ha inclinado en buena parte por el modelo argentino (...) Finalmente tampoco puede soslayarse la influencia de la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, dada el 10-05-1991: “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia. En sus arts. 3, 4 y 5 se prevén muchas definiciones asumidas por la ley peruana, aunque estas definiciones provienen a su vez del derecho europeo y norteamericano”*⁵¹.

En concreto, la tipificación la encontrábamos en el DL N° 701, contenía dos clases de normas sobre la materia: a título general, prohibía y sancionaba el abuso de posición de dominio en el mercado⁵²; y, a título particular, legislaba sobre otras

⁴⁹ *Ibid.*, p. 673.

⁵⁰ Más adelante veremos que el requisito procedimental de la calificación de la conducta antijurídica realizada por parte de la Administración y en forma previa a la demanda en sede jurisdiccional, en materia de libre competencia, viene al régimen jurídico peruano de la legislación española.

⁵¹ Abanto (1997), p. 358.

⁵² **DL N° 701**

“Artículo 3°.- Actos y conductas prohibidas.

Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

prácticas anticompetitivas que restrinjan o distorsionen la libre competencia, cuya tipificación desarrollaba en detalle⁵³.

En cuanto a lo primero, según doctrina nacional, en palabras de Bullard:

“La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o

“Artículo 4°.- Posición de dominio en el mercado.

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”.

⁵³ DL N° 701

“Artículo 5°.- Abuso de posición de dominio en el mercado.

Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio: (...)”

“Artículo 6°.- *Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.*

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;*
- b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;*
- c) El reparto de las cuotas de producción;*
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;*
- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (...);*
- f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;*
- h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas;*
- j) Otros casos de efecto equivalente”.*

algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado”⁵⁴.

“La norma (originalmente DL N° 701) hace alusión a factores generadores de los monopolios naturales descritos arriba. Así, las características de la oferta y la demanda son las que determinan que la solución más eficiente sea, en términos de reducción de costos, la existencia de una sola empresa, especialmente en casos en que la estructura de costos está principalmente determinada por los costos fijos, mientras los costos variables no son significativos”⁵⁵. **(Paréntesis añadido al texto original)**

El DL N° 701 en materia de abuso de posición de dominio en el mercado ha dado lugar a que la doctrina especializada postule:

“Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos: (1) debe determinarse el mercado relevante, es decir qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, (...) y (2) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir, cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado este último”⁵⁶.

En este sentido:

“(…), una empresa no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos. Lo que se sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían estar dando a la empresa. Pero nótese que la diferencia entre calificar un uso como bueno o como malo deriva en un cambio en el sistema de incentivos para el desarrollo de prácticas eficientes y adecuadas frente a supuestas prácticas que afectan la competencia”⁵⁷.

⁵⁴ Bullard (2006), pp. 699-700.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 700.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 701.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 700-701.

Sobre el particular, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea estableció claramente:

*“Declarar que una empresa tiene una posición de dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada (...)”*⁵⁸.

Se consideró entonces, bajo el régimen del DL N° 701, otras prácticas restrictivas de la libre competencia⁵⁹ que hoy han quedado englobadas dentro del concepto de “conductas anticompetitivas” como vemos a continuación.

El nuevo régimen de represión de las conductas anticompetitivas establecido por el DL N° 1034 moderniza significativamente la legislación de la materia acogiendo las contribuciones doctrinarias, las lecciones del derecho comparado y significativamente los aportes de la jurisprudencia. En efecto, como se encargó de señalar la doctrina especializada en su momento, la nueva ley se hace eco de las importantes contribuciones jurisprudenciales que se han elaborado en sede

⁵⁸ Ibid., p. 699.

⁵⁹ Siguiendo con la enumeración de casos de abuso de posición de dominio previstos en el artículo 5° del DL N° 701 teníamos:

“a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el artículo 11° D. Leg. N° 807);

b. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d. (Derogado por el artículo 12° D. Leg. N° 807);

e. (Derogado por el artículo 12° D. Leg. N° 807); y

f. Otros casos de efecto equivalente (modificado por el artículo 11° D. Leg. N° 807)”.

“Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”.

administrativa, tanto a nivel de la Comisión especializada (Comisión de Libre Competencia) de INDECOPI como por parte de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

El primer mérito de la ley radica en que comienza por consagrar el principio de *primacía de la realidad*, tan importante en materia de libre competencia⁶⁰. Este principio habilita a la Administración a determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas en función de las relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad, más allá de las formas jurídicas utilizadas⁶¹.

Asimismo trata de manera concreta el concepto de *mercado relevante*, definiendo tanto el mercado del producto cuanto el mercado geográfico relevante. En relación con el *producto o servicio relevante*, la nueva ley obliga a tomar en cuenta el producto investigado por sospechas de conductas anticompetitivas y evaluarlo en función de, entre otros, las preferencias de los consumidores o clientes, las características de usos y precios de los posibles sustitutos, así como las posibilidades tecnológicas para sustituirlo y el tiempo requerido para ello. Con respecto al *mercado geográfico relevante*, el DL N° 1034 precisa que éste está constituido por las zonas geográficas en las que están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante, para lo cual la autoridad de competencia (en nuestro caso INDECOPI) evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de comercio existente⁶².

⁶⁰ Al respecto, resulta interesante el siguiente comentario de Alfredo Bullard:

“En los casos de acuerdos de concertación o fijación de precios dirigidos a vulnerar las normas de libre competencia los competidores establecen precios comunes en perjuicio de los intereses de los consumidores. Esos acuerdos deben mantenerse al margen del conocimiento público, porque su detección implica sujetarse a la sanción del mismo por parte de la autoridad. El resultado es una conducta de las partes orientada a dejar la menor cantidad de huellas posibles, a fin de hacer difícil la detección. Difícilmente se encontrarán documentos que contengan los acuerdos y será afortunada la autoridad que encuentre evidencia escrita que indirectamente muestre su existencia”. En: Bullard (2006), p. 769.

⁶¹ **DL N° 1034**

“Artículo 5°.- Primacía de la realidad

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.

⁶² **DL N° 1034**

“Artículo 6°.- El mercado relevante

Estas dos contribuciones iniciales de la nueva legislación nos parecen especialmente significativas para la tesis que defendemos en el presente trabajo, de la necesaria calificación previa de antijuridicidad por parte de la Administración especializada, antes de que sea admisible una pretensión indemnizatoria por daños ante el Poder Judicial, pues muestran que la complejidad y especialización en materia de prácticas anticompetitivas justifica el pronunciamiento previo de INDECOPI como Administración especializada que cuenta con el “espertise” de la materia. Evidentemente, el ente especializado está en mucho mejor posición de evaluar técnicamente las conductas anticompetitivas que la judicatura del Poder Judicial. A esta última le corresponderá, sobre la base de la determinación previa que tome la Administración, resolver en definitiva sobre los daños y perjuicios que es de por sí un asunto de la mayor importancia y responsabilidad.

En la técnica legislativa de la nueva ley, se avanza en la definición de la posición de dominio en el mercado y la precisión, en consonancia con la Constitución, de que ésta *per se* no constituye una conducta que pueda calificarse de antijurídica o ilícita⁶³. Veremos sin embargo que tendrá relevancia para la aplicación de este dispositivo la naturaleza de prohibición absoluta o relativa de las conductas anticompetitivas que constituyen la base del sistema represivo administrativo que consagra la nueva ley y que tendrá repercusión fundamental en el resarcimiento de daños que es materia del presente análisis.

Se define que un agente en el mercado goza de *posición de dominio* cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda, sin que sus competidores, proveedores o clientes

6.1. *El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.*

6.2. *El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*

6.3. *El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”.*

⁶³ **DL N° 1034**

“Artículo 7°.- De la posición de dominio en el mercado

(...)

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.”

puedan en ese momento, o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad debido a factores predeterminados⁶⁴, tales como:

- “(a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.”

En la tipificación de las conductas competitivas que la nueva norma prevé en el Título III del DL N° 1034, parte por distinguir entre las *prohibiciones absolutas* y las *relativas*. En cuanto a las primeras, que en el cuerpo de la norma se van precisando, basta que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta para que se verifique la infracción administrativa, esto es para que se configure la conducta antijurídica que la ley designa como “anticompetitiva” que, en nuestro tema la pretensión de indemnización por daños deberá ser tomada en cuenta por el Poder Judicial⁶⁵. Por el contrario, tratándose de una prohibición relativa, la autoridad de competencia tendrá que probar la existencia de la conducta y además los efectos negativos que ésta tiene para la competencia y el bienestar de los consumidores⁶⁶.

La nueva ley desarrolla tres modalidades de conductas antijurídicas que pueden constituir prácticas anticompetitivas y que pueden dar lugar a represión en el ámbito administrativo. Estas mismas conductas – a saber el abuso de posición de dominio,

⁶⁴ **DL 1034**

“Artículo 7°.- De la posición de dominio en el mercado

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta (...).”

⁶⁵ **DL N° 1034**

“Artículo 8°.- Prohibición absoluta

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta”.

⁶⁶ **DL N° 1034**

“Artículo 9°.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales- son las que servirían de base para la reclamación resarcitoria por daños que se plantee ante el Poder Judicial.

En cuanto se refiere al *abuso de posición de dominio* la ley define el supuesto de hecho de la siguiente manera:

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

Más adelante, en la tipificación propiamente dicha, define como *conductas de efecto exclusorio* los siguientes actos antijurídicos:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
 - b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
 - c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
 - d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
 - e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
 - f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
 - g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos;
- o,

- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.”

Termina el artículo 10º del DL N° 1034 por establecer una cláusula de inclusión expresa⁶⁷, relativa a que se incorpora en el marco de las conductas exclusorias las que puedan derivarse de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo. Considera también la norma una cláusula de exclusión al determinar que el ejercicio de la simple posición de dominio, que no afecta a competidores reales o potenciales, no constituye infracción a la ley o acto antijurídico⁶⁸. Y cataloga las conductas de abuso de posición de dominio como prohibiciones relativas en el marco del artículo 9º del mismo cuerpo de ley⁶⁹.

Siguiendo la misma técnica legislativa, la nueva norma define las *prácticas colusorias horizontales* como los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas que realicen los agentes económicos “cuando sean competidores entre sí” y que tengan por objeto restringir, impedir o falsear la libre competencia⁷⁰. Las califica en general como prohibiciones relativas⁷¹, con la excepción que se señala más adelante, siendo tipificadas como conductas antijurídicas las siguientes:

⁶⁷ **DL N° 1034**

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

(...)

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo”.

⁶⁸ **DL N° 1034**

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

(...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”.

⁶⁹ **DL N° 1034**

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

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas”.

⁷⁰ **DL N° 1034**

“Artículo 11º.- Prácticas colusorias horizontales

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

⁷¹ **DL N° 1034**

“Artículo 11º.- Prácticas colusorias horizontales

- “(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.

No obstante, la tipificación no queda allí pues califica como prohibiciones absolutas a los “acuerdos horizontales inter marca”⁷², que siendo accesorios o complementarios a otros acuerdos ilícitos, tengan por objeto:

(...) 11.3. *Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas”.*

⁷² **DL N° 1034**

“Artículo 11°.- Prácticas colusorias horizontales

(...) 11.2. *Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos (...).”.*

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”.

Finalmente, la ley admite como conducta antijurídica *las prácticas colusorias verticales*, que en todos los casos constituyen prohibiciones relativas⁷³, que se distinguen de las horizontales por que tienen lugar entre “agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción”⁷⁴, aunque se requiere que cuando menos una de las partes involucradas tenga previamente posición de dominio en el mercado relevante⁷⁵.

Los supuestos de hecho de la tipificación correspondiente a las prácticas colusorias verticales son los mismos que los establecidos para las prácticas horizontales⁷⁶.

⁷³ **DL N° 1034**

“Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales

(...) 12.4. *Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas”.*

⁷⁴ **DL N° 1034**

“Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales

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

⁷⁵ **DL N° 1034**

“Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales

(...) 12.3. *La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante”.*

⁷⁶ **DL N° 1034**

“Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales

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

IV. Justificación de la calificación de antijuridicidad por parte de la Administración

No es, por cierto, arbitraria la opción del legislador de establecer la especie “responsabilidad extracontractual” por contravenciones a las normas de libre competencia e imponer para la acción de resarcimiento un requisito de procedibilidad: el pronunciamiento previo de la Administración que califique la conducta generadora del daño como contraria a las normas de libre competencia. Por ello, aquí, en esta especie de la responsabilidad extracontractual, sí se debe hablar de **conducta antijurídica** (y no simplemente “ilegítima” o “dañosa”) en el sentido que no sólo se requiere la lesión a un interés jurídicamente tutelado, sino también:

“(…) que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar”⁷⁷.

Teniendo en cuenta que:

“La ecuación causalidad parcial = responsabilidad parcial se aplica también en el caso de concurso de culpa de la víctima y de concurso de más causas a la creación del daño”⁷⁸.

Como quedó dicho, estamos en el marco de una figura basada en la tipicidad. Advertimos también aquí una clara influencia del régimen concurrencial español al que nos referiremos más adelante.

Responde a la naturaleza propia de la conducta prohibida y los supuestos violatorios de las normas de libre competencia que –a su vez– haciendo eco de un régimen jurídico especial definido en el marco del artículo 61° de la Constitución, va a determinar: (i) en qué consiste la libre competencia protegida; (ii) cuáles son puntualmente las conductas contrarias a libre funcionamiento del mercado y cuáles las prácticas de abuso de posición dominante que la ley reprocha y castiga; para luego (iii) recurrir *ex post* al resarcimiento ante el Poder Judicial.

⁷⁷ Taboada (2005), p. 83.

⁷⁸ Alpa (2006), p. 331.

Debemos recordar las referencias hechas por la doctrina nacional y la extranjera a la singularidad del derecho de la libre competencia y a la necesidad de buscar la protección de ésta en beneficio no solamente de una parte afectada sino también del interés general, de los competidores en el mercado y de los consumidores que participan en él, a la luz de la garantía institucional del artículo 61º de la Constitución.

No es lo mismo –en un primer ejemplo que podríamos considerar– recurrir directamente al Poder Judicial en el régimen contenido en el género “responsabilidad extracontractual” conforme al Código Civil en el caso de un accidente de tránsito seguido de muerte que hacerlo ante un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. La ilicitud del primer supuesto resulta evidente, es objetiva y el juez está plenamente capacitado para determinarla sin intermediación alguna, que no sea el sustento que encuentre los informes policiales y otros elementos probatorios cuya apreciación podrá ser personal, directa e inmediata.

No ocurre lo mismo en el campo de la libre competencia en el que la figura objetiva es una “posición dominante en el mercado” (en un segundo ejemplo a ser discutido), pues la conducta que causa el daño no se aprecia ni se sanciona directamente, sino que tiene que darse en un contexto de “abuso” de dicha posición, bajo distintas figuras predeterminadas en la ley. Esto deberá ser apreciado bajo reglas del juego económico por un ente especializado en la materia, que de manera exclusiva y excluyente ha recibido la competencia sobre ello del legislador. Solamente después de que el ente especializado (INDECOPI, en el Perú) haya dicho lo suyo, se podrá recurrir en busca de resarcimiento al juez, pues de no hacerse así se estaría exigiendo que el juez “se ponga en los zapatos de los técnicos del administrador especializado” con grave detrimento de la eficacia del sistema de justicia y de la seguridad jurídica.

Ha preferido entonces el legislador del DL N° 701 así como el del DL N° 1034 garantizar que la Administración especializada (INDECOPI) cumpla de manera exclusiva y excluyente con la calificación de la antijuridicidad, que la nueva norma define como “conducta anticompetitiva”, para que en ellos:

*“(…) además de acudir a este conjunto normativo (el Derecho de la Competencia) para la determinación de los presupuestos materiales del resarcimiento, fundamentalmente del modelo de **conducta ilícita**, es necesario tener presentes las peculiaridades, sobre todo procesales, del régimen jurídico de la acción de responsabilidad civil cuando el supuesto de hecho queda*

integrado en alguna de las normas que ordenan jurídicamente la actividad concurrencial (LCD, LDC, LP, LM, LGP...). Es ésta una nueva muestra de la singularidad del sistema, por lo menos en cuanto a los elementos instrumentales se refiere"⁷⁹. **(Texto del primer paréntesis añadido al original para su mejor comprensión; negritas incorporadas en sustitución de itálicas en el original; texto en el segundo paréntesis y puntos suspensivos corresponden al original).**

Es precisamente la "singularidad" de la responsabilidad extracontractual derivada de los actos contrarios a la libre competencia a la que se refiere el jurista español citado Fernando de la Vega García, la que justifica el alejamiento parcial del Código Civil que ha hecho el legislador peruano en materia de libre competencia; y lo ha hecho para exigir que sea en sede administrativa, bajo criterios técnicos analizados y desarrollados con un alto grado de especialidad al interior de INDECOPI, que se determine la antijuridicidad de la conducta dañosa en el marco de la libre competencia.

Esta singularidad es, retomando el tema de la naturaleza de las cosas, la razón por la cual se justifica que el legislador haya optado en este caso por una ley especial que prevé el cumplimiento de un requisito de admisibilidad de la demanda en los procesos civiles de resarcimiento por responsabilidad aquiliana derivada de las prácticas contrarias a las normas de libre competencia.

Para la jurisprudencia administrativa nacional en sede del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) este criterio viene siendo indiscutido. Se le ha calificado como **requisito sine qua non** en los siguientes resueltos:

*"Para que proceda la infracción relativa a la afectación a las prácticas que rigen la libre competencia se requiere, en primer lugar, como requisito **sine qua non** una declaración del INDECOPI, pues dicho ente resulta la entidad pública competente en materia de protección y lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes, la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores". (Resolución N° 540/2005-TC-SU del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)*

⁷⁹ De la Vega (2001), p. 39.

“En los supuestos de participación en prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de los contratistas, postores o proveedores que se presenten a los procesos de contratación llevados a cabo por las entidades estatales, el ejercicio de la facultad sancionadora del Tribunal estará condicionada a la declaración del organismo nacional competente, que en este caso será el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), por lo que debe remitirse el expediente a esta entidad a fin de que emita su pronunciamiento sobre la materia”. (Resolución N° 846-2003-TC-S2 del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)

V. El sistema español de calificación administrativa previa del ilícito concurrencial

Revisando la legislación y la doctrina especializada española se llega a la conclusión de que el Perú y España han legislado en el mismo sentido en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual por contravenciones a las normas de libre competencia. En efecto, el artículo 13º, numeral 2), situado del mismo modo que el artículo 25º del DL N° 701, al final de la sección dedicada a las sanciones, hace referencia a que:

“la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles”.

Resulta entonces necesario reparar en que el requisito de la calificación previa de antijuridicidad impuesto por el artículo 25º del DL N° 701 y el artículo 16º de la Ley N° 25868 no es privativo del régimen jurídico nacional, sino que también encuentra un antecedente singularmente importante en la Ley de Defensa de la Competencia de España, cuyo artículo 13º, numeral 2), contiene básicamente la misma disposición. Para recurrir al Poder Judicial en demanda por daños y perjuicios producidos por actos contrarios a las normas de libre competencia resulta necesario –en España al igual que en el Perú– la firmeza de la declaración de antijuridicidad de la conducta en vía administrativa⁸⁰.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 344.

Cabe advertir –a propósito de la referencia a “la declaración firme en vía jurisdiccional” a la que “en su caso” alude el artículo 13º, numeral 2), de la Ley de Defensa de la Competencia de España– que en este supuesto la doctrina ubica un pronunciamiento firme, luego de agotado el proceso contencioso-administrativo.

En el Perú, por cierto, no hemos llegado tan lejos, pues las tantas veces citadas normas permiten recurrir al Poder Judicial en resarcimiento de daños con la sola resolución administrativa firme –esto es que simplemente agote la vía administrativa– que haya definido la antijuridicidad de la conducta contraria a las normas de libre competencia para recurrir al Poder Judicial. Esta omisión a la etapa contencioso-administrativa nos parece perfectamente razonable, pues el recorrido obligatorio de la vía administrativa resulta suficiente para garantizar la singularidad de la materia, la especialización que su resolución exige y la aplicación de la ley especial para los casos concretos.

Más aún, el pronunciamiento administrativo previo al que venimos refiriéndonos en el marco del artículo 13º, numeral 2), de la Ley de Defensa de la Competencia de España constituye, a juicio de Fernando de la Vega García⁸¹, un requisito de procedibilidad tal y como lo diseñaron los legisladores. Esto significa que en el sistema español una demanda por daños y perjuicios derivados de conductas contrarias a las normas de libre competencia sería rechazada de plano por los juzgados y tribunales comunes por omitir un requisito de procedibilidad previsto en la ley especial.

Sostiene la misma posición José Messeguer⁸², quien nos ilustra sobre la forma como se aplican ante los tribunales judiciales y autoridades administrativas de España:

“Por un lado los tribunales civiles no pueden conocer a título principal de la vulneración de normas de defensa de la competencia, esto es, no pueden declarar su infracción por ser ésta competencia atribuida de forma exclusiva a un órgano administrativo, como tampoco pueden condenar al pago de indemnizaciones de daños y perjuicios sin previa resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia o, en su caso, sentencia firme en el orden contencioso-administrativo

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 344-347. El autor cita en apoyo del requisito de procedibilidad la intervención de los parlamentarios españoles durante la tramitación de la Ley de Defensa de la Competencia en las Cortes Generales.

⁸² Messeguer (1999), p. 70.

que declare la vulneración de las prohibiciones establecidas en aquellas normas (cfs. STS 20-XII-1993 ‘Armadores de Buques de Pesca c. CAMPSA’, doctrina de la que se hace eco, entre otras, RRTDC 28-VUU1994, expediente 333/93 ‘Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (ii)’).

VI. La libre competencia en el marco constitucional y la división de tareas entre la Administración y el Poder Judicial

Dado que el presente artículo hace énfasis en la calificación de la antijuridicidad en vía administrativa como requisito *sine qua non* para la reclamación de daños y perjuicios ante la autoridad jurisdiccional, por actos derivados de conductas contrarias a la libre competencia, resulta indispensable encontrar la raíz constitucional de la división de tareas que el régimen legal peruano de libre competencia ha consagrado.

Dicha división de tareas consiste en encomendar, de una parte, a la Administración⁸³ –con carácter exclusivo y excluyente, así como sobre sólidas bases técnicas– la determinación de los actos contrarios a la libre competencia y las sanciones administrativas que estos puedan acarrear; en tanto que se deja en manos del Poder Judicial la tarea jurisdiccional propia de resolver las controversias que se formulen en torno a las reclamaciones de resarcimiento por los daños y perjuicios causados a los demás competidores y, eventualmente, a los propios consumidores por los actos antijurídicos así declarados previamente por la Administración.

6.1. ¿Se justifica una división de tareas entre la Administración y la jurisdicción?

¿Se justifica en el caso de la libre competencia una división de tareas como la planteada? Evidentemente, sí se justifica. Para ello debe tenerse en consideración que, en el marco general de la economía social de mercado consagrado en el

⁸³ En nuestro caso el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP), creado por Decreto Ley N° 25868 con el siguiente mandato:

“Artículo 1º.- Créase el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOP como organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Tiene personería jurídica de derecho público y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Rige su funcionamiento de acuerdo a las disposiciones que contiene el presente Decreto Ley”.

artículo 58° de la Constitución, el artículo 61° –ubicado en el corazón del Capítulo Económico de la Carta– señala la función del Estado en este ámbito:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”.

Enrique Bernales Ballesteros⁸⁴ comenta con relación a la parte inicial del mencionado artículo 61°:

“(…) el Estado tiene los deberes de facilitar y vigilar la libre competencia. En otras palabras, debe establecer normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ellas. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las transgresiones”.

Lo anterior supone que –como lo señala el profesor español Joaquín Tornos Mas⁸⁵– la intervención de los poderes públicos en el mercado tiene:

“como objetivo la garantía misma de la libre competencia (...) como única función defender una institución que se juzga como de interés general”.

En este orden de ideas, el tratadista José Messaguer⁸⁶ añade, comentando el sistema español:

“El objetivo directo e inmediato de la Ley de Defensa de la Competencia es garantizar el orden económico constitucional a través de la salvaguardia de una competencia suficiente y de tutela frente a todo ataque contrario al interés público (Exposición de Motivos I y II LD)”.

La doctrina nacional coincide con el objetivo señalado por el profesor español al precisar por medio de Pinkas Flint⁸⁷:

⁸⁴ Bernales (1999), p. 359.

⁸⁵ Tornos (1991), p. 639.

⁸⁶ Messaguer (1999), p. 68.

⁸⁷ Flint (2002), p. 85.

“La libre competencia es un derecho de todos. El Estado tiene la obligación de impedir que se obstruya la libertad económica. No prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino su abuso.

(...)

No olvidemos que el objetivo del Derecho de la Competencia no es el de proteger a las empresas sino proteger en última instancia a los consumidores a través del desarrollo de un mercado procompetitivo y eficiente, libre de distorsiones”.

Más aún Flint⁸⁸, citando al autor español Galán Corona, al precisar con mayor detalle el objetivo del DL N° 701 que es la norma fundamental del Derecho de la Competencia en el Perú, dice lo siguiente:

“Galán Corona considera que ha sido tema de discusión doctrinaria la cuestión de cuál es el objeto de la protección de este tipo de procesos.

Si su objeto de protección es la competencia como institución básica y fundamental de la economía de mercado o, por el contrario, si el objeto de protección es el individuo y su libertad de actuación económica.

Si tiene por objeto de protección individual, la infracción de este precepto (se refiere al artículo 1° del DL N° 701) podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.

El mismo autor señala que ‘si el objeto de protección del Derecho protector de la libre competencia es la competencia, en cuanto que mediante ella el sistema económico funciona óptimamente y con esta finalidad se prohíben determinadas actuaciones de los empresarios que restringen dicha competencia, es obvio que para todo estudio relativo a este sector del ordenamiento jurídico será preciso partir de una determinada noción de competencia’”. (Texto entre paréntesis añadido al original)

En la misma línea, señala en el campo de la doctrina nacional Manuel Abanto Vásquez⁸⁹:

⁸⁸ Ibid., pp. 340-341, en las que cita a Galán (1977), p. 30.

⁸⁹ Abanto (1997), p. 31.

“La competencia pasa a ser entendida como una coordinadora de las relaciones contractuales de las partes en el mercado, y con ello, como reguladora de un proceso de mercado que se regula a sí mismo”.

Kresalja citando a Font Galan⁹⁰ señala lo siguiente:

“(...) la libre competencia se concibe como el resultado fáctico y efectivo de la integración de las libertades económicas mencionadas y de aquellas libertades jurídicas coadyuvantes a la realización de la libertad de empresa: libertad de iniciativa económica privada, libre autonomía de la voluntad, y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial, la forma, la calidad, cantidad y precio de los productos o servicios. He aquí los elementos típicos que conforman la libre competencia constitucionalmente reconocida (...), fundamento del sistema económico de libre empresa, y principio integrador del orden público económico y configurador del funcionamiento del mercado y, por ende, del tráfico comercial y de la actividad extranjera de la empresa”.

(...)

“(...) la nueva disciplina de la competencia –que no constituye sino una parte del fenómeno más amplio del intervencionismo de los poderes públicos de la economía– se asienta en las democracias occidentales sobre los principios de interés general y orden público económico, ante la exigencia de mantener a todos los empresarios competidores en un plano de igualdad y la acuciante preocupación de proteger a los consumidores que, desamparados de toda tutela en los ordenamientos liberales, sufrían y sufren directa o indirectamente las consecuencias de una competencia restringida o desleal, o, en todo caso, los efectos injustificados de una competencia falseada o ineficiente que no realiza ninguna utilidad socioeconómica para la colectividad”.

Todo lo anterior pone de manifiesto la singularidad de los bienes protegidos por las normas de libre competencia. Es –como lo dice la doctrina– la competencia misma a favor de un mercado que funcione en beneficio de los participantes en él y del consumidor, que es último destinatario de todo el Derecho de la Competencia.

Como veremos más adelante, esta singularidad aludida es la que va a justificar que, en el marco de la responsabilidad extracontractual, las normas se alejen

⁹⁰ Kresalja (2004), p. 545.

parcialmente del Código Civil para establecer un régimen propio, especialmente en el campo procedimental, que obliga a agotar la vía administrativa previa para determinar en esta sede la antijuridicidad de la conducta y, a partir de ello (esto es, contando solamente con ello), recurrir en vía de resarcimiento al Poder Judicial.

Hay entonces una división indispensable de tareas entre la Administración y el Poder Judicial que la ley ha dispuesto y que el juzgador está obligado a respetar en el marco de los deberes que le impone la Ley Orgánica del Poder Judicial.

6.2. Competencias preestablecidas y división de tareas

De donde resulta que, sobre la base de la garantía institucional de la libre competencia (artículo 61º) y libre iniciativa privada (artículo 58º), sin dejar de lado la protección de los consumidores (prevista en el artículo 65º) la Constitución prevé el ejercicio del poder del Estado en el marco de la Norma Fundamental y bajo los límites que las leyes que dicta el Congreso. Es posible y deseable, entonces, que el poder del Estado sea ejercido para determinar las competencias de los distintos órganos del Estado que lo integran, tanto en el ámbito de la Administración como jurisdiccional.

Así, al amparo de lo previsto en el primer párrafo del artículo 45º de la Constitución –y respetando desde luego la jerarquía dispuesta por el artículo 51º de la misma, que pone a la Constitución como norma suprema– queda establecido que:

“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

Corresponde a la ley –en consecuencia- determinar el ámbito de competencia de todas las autoridades del Estado respetando el marco constitucional. Queda en manos del legislador definir hasta dónde llegan las atribuciones de la Administración y dónde empiezan las del Poder Judicial.

Por ello, en el campo de la libre competencia, es perfectamente admisible –como en efecto lo hacen las leyes ordinarias– que el legislador predetermine cuáles con los aspectos que le conciernen y competen, de manera exclusiva y excluyente, a la Administración, esto es a las reparticiones del aparato público que el Estado crea para cumplir con la función de tutela que le impone el artículo 61º de la Constitución con relación a esta garantía institucional de la libre competencia. Esta repartición

es el INDECOPI y los órganos especializados en la materia con dos instancias: la Comisión de Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Pero con iguales atribuciones el legislador define cuáles son las materias que le conciernen y competen al Poder Judicial a través de los órganos previstos en la Constitución y desarrollados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

6.3. División de tareas en materia de libre competencia

La división de tareas –que ha establecido con toda claridad el legislador en materia de libre competencia, incluyendo las infracciones a la norma especializada que era el DL N° 701 y hoy en día lo es el DL N° 1034– consiste fundamentalmente en lo siguiente:

- a) El legislador ha dispuesto el ámbito competencial de la Administración especializada, que es el INDECOPI. Para ello ha habilitado al Ejecutivo que organice una burocracia especializada, que brinde un servicio de calidad y que atienda –repetimos, de manera exclusiva y excluyente– todos los asuntos relacionados con el cumplimiento de las normas de libre competencia y con la represión de los actos que la contravienen, pudiendo determinar la antijuridicidad de dichos actos y las sanciones que administrativamente puedan imponerse.
- b) No ha previsto el legislador que la Administración especializada (el INDECOPI) resuelva los conflictos intersubjetivos resarcitorios que puedan ocasionarse a propósito de las contravenciones que la Administración define (conductas anticompetitivas y, por lo tanto, antijurídicas, de manera que la Administración no tiene atribuciones para resolver reclamaciones por los daños y perjuicios que tales conductas puedan haber provocado.
- c) Por el contrario, el legislador ha dispuesto, con rigor y razón, que le corresponde exclusivamente al Poder Judicial resolver las controversias intersubjetivas que se generen como producto de los actos antijurídicos que en materia de libre competencia haya determinado la Administración. Esto se lleva a cabo a través de la resolución de los litigios que los particulares –sustentados en la antijuridicidad que la Administración declara– plantean contra otros por los daños que puedan haber ocasionado las conductas anticompetitivas.

6.4. Diferenciación de las atribuciones de INDECOPI y del Poder Judicial en los casos de infracción a las normas de libre competencia

Un análisis sistemático de las normas sobre libre competencia corrobora la presentación anteriormente formulada:

- a) La Constitución consagra la garantía institucional de libre competencia en su artículo 61°, cuyo texto hemos transcrito anteriormente.
- b) El legislador ordinario, en el marco de la Constitución, ha desarrollado los instrumentos necesarios para cumplir con ese mandato constitucional a través de dos normas claramente definidas y que para el efecto de su interpretación constituyen ley especial en la materia, a saber:
 - i) En su momento el DL N° 701 –modificado posteriormente por diversas normas entre las que se cuenta en especial el DL N° 807– y hoy el DL N° 1034 -que con el propósito de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores (artículo 1°)- , establece:
 1. La finalidad del régimen de represión de las conductas anticompetitivas, el ámbito de aplicación de la ley, el principio de primacía de la realidad, los conceptos de mercado relevante y posición de dominio y las conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio, prácticas colusivas horizontales y las verticales) ;
 2. Los órganos de la Administración competentes para aplicar la ley y conocer de las denuncias por los actos contrarios a ella (artículos 13 en adelante que señala la competencia exclusiva y excluyente de INDECOPI en materia de libre competencia);
 3. El procedimiento administrativo sancionador (Título V, del artículo es 18° en adelante) ;
 4. Las sanciones y las medidas correctivas que la Administración aplicará en cada caso (Título VI, del artículo es 43° en adelante); y
 5. Es precisamente a continuación de lo anterior (Título VII) que el DL N° 1034 prevé que, una vez agotada la vía administrativa, toda

persona que haya sufrido daños como consecuencia de las conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión de INDECOPI o, en su caso, por el Tribunal podrá demandar ante el Poder Judicial la responsabilidad aquiliana. Avanza la nueva norma en prescribir que quien ha sufrido daños por la conducta anticompetitiva, aunque no haya sido parte en el procedimiento administrativo seguido ante INDECOPI queda igualmente legitimado para demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil indemnizatoria por daños y perjuicios, siempre y cuando –así lo señala el artículo 49° de la nueva norma– sea capaz de mostrar un nexo de causalidad entre la conducta declarada anticompetitiva en sede administrativa con los daños y perjuicios que ella le hubiere ocasionado.

- ii) De otra parte, la Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones de INDECOPI, además de desarrollar la estructura orgánica de la institución preveía un requisito ineludible en su artículo 16°, mediante la cual prohíbe recurrir al Poder Judicial en reclamación de resarcimiento por responsabilidad aquiliana antes de que se haya agotado la vía administrativa que defina la antijuridicidad de las conductas que provocaron el daño en relación con las normas de libre competencia que son de conocimiento y resolución exclusiva y excluyente de la Administración.

El análisis sistemático realizado en los párrafos anteriores de las normas de libre competencia, a la luz de la *Lex Suprema* dejan claramente advertido lo que en el marco del artículo 45° de la Constitución rige en el Perú: una clara división de tareas que jurídicamente se refleja en una diferenciación de competencias mediante la cual el Estado tutela la libre competencia.

En este marco corresponde a INDECOPI, de manera exclusiva y excluyente: (i) resolver en qué casos se ha incurrido en las conductas anticompetitivas que reprime el DL N° 1034 y ello solamente le compete a los órganos administrativos de INDECOPI: la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia cuyo pronunciamiento –de esta última– agota la vía administrativa; y (ii) aplicar las sanciones y medidas correctivas previstas en la ley.

Todo lo que esté más allá de lo que la ley ha reservado a la Administración (léase a INDECOPI) –como el posible resarcimiento civil a favor de los agraviados por las conductas antijurídicas predeterminadas por INDECOPI– corresponde en materia civil al Poder Judicial.

6.5. La calificación de antijuridicidad en sede administrativa como requisito de admisibilidad de la demanda por daños y perjuicios derivados de contravenciones a las normas de libre competencia

Las normas analizadas no pueden interpretarse de otra manera, sin trastocar la sistemática jurídica enraizada en la Constitución y derivada de la correcta interpretación de la ley. Así hemos visto que el legislador, además de definir la competencia de los órganos del Estado, la Administración-INDECOPI, por un lado, y el Poder Judicial y el Ministerio Público, por el otro, imponen –con las facultades de establecer limitaciones que el artículo 45° de la Carta le confiere al legislador– un pronunciamiento previo antes de recurrir (valga la redundancia) al Poder Judicial en materia civil y al Ministerio Público, para luego llegar al Poder Judicial, en materia penal.

Debiendo señalar que:

“(...) El problema sobre la necesidad de este requisito fundamental (tipicidad) para la responsabilidad civil se plantea, en nuestro ordenamiento jurídico, desde el momento mismo que los artículos 1969 y 1970 no mencionan de modo alguno que deba tratarse de un daño ilícito, limitándose a disponer ambas normas que cuando se cause un daño a otro por dolo o culpa, o, mediante una actividad riesgosa o peligrosa, respectivamente, existirá para el autor la obligación de indemnizar a la víctima”⁹¹. (Paréntesis añadido al original)

En consecuencia, no hay ningún exceso en la determinación orgánica del Estado ni desnaturalización alguna de los derechos de tutela que la Constitución garantiza en la decisión del legislador de imponer la obtención de un requisito administrativo previo para recurrir luego al Poder Judicial. Lo que permite la singularidad de la protección a la libre competencia a la que la doctrina hace referencia unánime según se ha dejado sentado anteriormente en este documento.

Lo justifica la naturaleza especializada de las cosas que autoriza la emisión de leyes especiales en el marco del artículo 103° de la Constitución, así como la necesidad de buscar eficiencia en la Administración que cuenta con la capacidad técnica para resolver sobre aspectos que requieren un sofisticado análisis, como ocurre en el caso de la libre competencia y su régimen de prohibiciones. Se exonera, además, al juez de la obligación de repetir dicho análisis como requisito de admisibilidad de las demandas por conflictos de intereses que les planteen en torno a asuntos que se derivan de la antijuridicidad preestablecida por la Administración.

⁹¹ Taboada (2006), p. 394.

6.6. ¿Existe contradicción entre el Código Civil y las normas de libre competencia que exigen la calificación previa de antijuridicidad en sede administrativa?

Concretándonos en el campo estrictamente civil y en las posibles demandas de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por prácticas contrarias a las normas de libre competencia, podemos preguntarnos: ¿existe contradicción entre lo establecido por el Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual y la vía administrativa previa impuesta por el artículo 49° del DL N° 1034 y antes por los artículos 25° del DL N° 701 y 16° de la Ley N° 25868?

Para responder a esa pregunta tenemos que partir de dejar establecido lo que es la ley general versus la ley especial. En efecto, uno de los principios de interpretación jurídica elemental obliga a resolver la supuesta antinomia entre lo que establece una ley general, como el Código Civil, y lo que prevé una norma con rango de ley pero de naturaleza especial, como las normas de libre competencia antes citadas, la única interpretación válida es la aplicación de la ley especial al caso concreto enmarcado dentro de la última de las nombradas. Ello es perfectamente congruente con las normas de interpretación de la ley y con las limitaciones que puede imponerse a los órganos del Estado conforme al artículo 45° de la Constitución, a condición de que se respete el principio de jerarquía constitucional del artículo 51° de la Carta y la obligación de atender a la naturaleza de las cosas como lo exige el artículo 103° de la Constitución.

Pues bien, en este caso resulta obligatorio definir que ante una pretensión de indemnización por daños y perjuicios, causados por un acto antijurídico contrario a las normas de libre competencia, debe aplicarse, en primer lugar, la ley especial y cumplirse con lo que ella disponga. Así, entre una supuesta antinomia entre el Código Civil (cuyas normas no exigen la calificación previa de la Administración) y las normas de libre competencia contenidas actualmente en el DL N° 1034 y anteriormente en el N° 701 y la Ley N° 25868, estas últimas resultan *ratione materiae* aplicables por encima de las anteriores.

6.7. ¿Perjudica la tutela efectiva de derechos la calificación previa en sede administrativa?

No, no se perjudica la tutela del derecho al resarcimiento por responsabilidad aquiliana derivada de las contravenciones a las normas de libre competencia por el requerimiento de agotar la vía administrativa previa. Por el contrario, la calificación administrativa previa protege mejor dicha tutela y la ordena adecuadamente, puesto

que su agotamiento no enerva el derecho de reclamación sino que exige, como requisito de admisibilidad de la demanda, que se haya agotado dicha vía. Con ella se garantiza que el ente especializado, aquel que el legislador ha señalado como competente –de manera exclusiva y excluyente– para definir la antijuridicidad de los actos, se haya pronunciado declarándolos como tales.

Todo lo anterior supone que ante la posibilidad de permitir las vías paralelas, esto es, que sin obtener el pronunciamiento firme en sede administrativa se recurra directamente al Poder Judicial, el legislador ha preferido obligar a que se agote la vía especializada para luego recurrir al Poder Judicial evitando que el paralelismo pueda dar lugar a resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos y sobre el mismo derecho.

En efecto, es en la búsqueda de seguridad jurídica, con el propósito de evitar resoluciones contradictorias emanadas de distintas sedes, que la ley ha entregado la competencia de definir la antijuridicidad a un órgano de la Administración; lo ha hecho en aras de la especialización, de la singularidad del tema, de la búsqueda de armonía de criterios y soluciones válidas, por razones técnicas y jurídicas. Y una vez que haya sido declarada determinada conducta contraria a las normas de libre competencia por la única autoridad que puede jurídicamente hacerlo, el juez se ahorrará su determinación de antijuridicidad y pasará a resolver, con mayor prontitud aun, la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios reclamada de conformidad con las normas del Código Civil.

VII. Algunas hipótesis de trabajo

7.1. ¿Una demanda de indemnización dirigida directamente al Poder Judicial sin que la Administración establezca la antijuridicidad debería ser declarada improcedente de plano por un juez?

El artículo 427° del Código Procesal Civil establece los supuestos en los cuales el juez debe declarar improcedente la demanda, presentándose estos cuando: (i) El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; (ii) El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; (iii) Advierta la caducidad del derecho; (iv) Carezca de competencia; (v) No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; (vi) El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o (vii) Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Según las consideraciones en el presente artículo, el juez tendría los siguientes motivos para declarar de plano improcedente la demanda de indemnización:

Por un lado, debió reconocer **que no es competente para conocer y resolver el carácter antijurídico de la conducta supuestamente violatoria de las normas de libre competencia**, pues:

- i) El artículo 49 del DL N° 1034 y anteriormente el artículo 25° del DL N° 701 y el artículo 16° de la Ley 25868 han establecido la competencia exclusiva y excluyente de los órganos de INDECOPI para resolver precisamente sobre dicho carácter antijurídico.
- ii) La competencia reservada a la vía administrativa para definir dicho carácter antijurídico se sustenta en el artículo 45° de la Constitución y en la peculiaridad de la materia relativa a la libre competencia que requiere de tratamiento técnico y pronunciamiento con base en el interés público tutelado por el artículo 61° de la Constitución.
- iii) Frente a la antinomia que plantea el modelo basado en el principio de atipicidad del artículo 1969° del Código Civil y el establecido por el artículo 49° del Decreto Legislativo N° 1034 y antes por el artículo 25° del DL N° 701 y el artículo 16 de la Ley N° 25868, el juez puede resolverla aplicando la ley especial (las normas de libre competencia) dictada al amparo de lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución, con lo que evidentemente llegaría a la conclusión de que carece de competencia para resolver este elemento sustancial de la responsabilidad aquiliana, según lo establece el artículo 427° del Código Procesal Civil en el inciso e).
- iv) El juez puede apoyar su decisión en el sistema español de libre competencia en el que existe la misma reserva de decisión de la ilicitud de las conductas anticoncurrenciales (que equivalen a la antijuridicidad de las conductas contrarias a la libre competencia en nuestro medio), así como en las opiniones doctrinales y los precedentes jurisprudenciales españoles a los que tiene acceso en nuestro país.

Por otro lado, el juez puede analizar que **el petitorio** contenido en la demanda de indemnización **resultaba jurídicamente imposible**, pues:

- i) La única autoridad del Estado competente para resolver el carácter antijurídico de una conducta contraria a las normas de libre competencia, recogidas hoy en el DL N° 1034 y anteriormente en el DL N° 701, sus modificatorias y conexas, incluida la Ley N° 25868, es el INDECOPI a través de la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia, en primera y segunda instancia administrativa respectivamente.
- ii) Al constituir la determinación de la antijuridicidad de las conductas alegadas un elemento constitutivo ineludible de la responsabilidad extracontractual sobre la que se sustenta la demanda de daños y perjuicios y al no poder ser esta antijuridicidad resuelta por el juez, sino por INDECOPI, resulta jurídicamente imposible para el juez resolver el petitorio de indemnización por daños y perjuicios, por lo que al amparo de lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 427° del Código Procesal Civil está facultado para declarar improcedente la demanda.
- iii) El juez puede apoyarse en la sólida doctrina peruana en materia de responsabilidad extracontractual para concluir que no pudiendo decidir sobre la antijuridicidad de la conducta contraria a las normas de libre competencia (por estar reservado ello a la Administración) el petitorio resultaba imposible de resolverse, al menos por el momento, por lo que correspondía declarar improcedente la demanda.

7.2. ¿Sería admisible que un juez declare improcedente la Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa en un proceso resarcitorio por conductas contrarias a la libre competencia por considerar que el Código Civil no exige el requisito de la calificación previa en sede administrativa?

Para responder a esta hipótesis hay que partir de la doctrina nacional sobre las excepciones. Juan Monroy Gálvez⁹² considera:

“La excepción no es otra cosa que una de las formas que toma la defensa; en este caso se le llama defensa de forma, y consiste en la denuncia que hace el demandado afirmando que hay un presupuesto procesal o una condición de la acción ausente o defectuosa en el proceso que determina una relación

⁹² Monroy (2003), p. 187.

procesal inválida o la imposibilidad de un pronunciamiento válido sobre el fondo, respectivamente”.

Eugenia Ariano Deho⁹³ hace referencia a las excepciones de la siguiente manera:

“Todas las excepciones del artículo 446° del Código Procesal Civil implican que el demandado levante ‘cuestiones’ de orden procesal, la mayoría de las cuales deben ser analizadas de oficio, de plano e inaudita altera parte al calificar la demanda, surge, inevitablemente, el inconveniente que se termine emitiendo un doble juicio sobre los mismos: el primero al emitir el admisorio; el segundo al resolver la excepción”. **(Subrayado incorporado)**

La misma autora señala con relación al proceso que siguen las excepciones:

“Cuando se plantean las excepciones del mencionado artículo 446°, ellas se resuelven previo un auténtico contradictorio: el demandado (o el demandante de haber reconvenido) las plantea, el juez las traslada al demandante (o del demandado en caso de haber reconvenido), el que si quiere las absuelve, luego el juez resuelve. Hay un contradictorio objetivo e inobjetable. Y el juez, al resolverlas, como consecuencia, consume su poder de pronunciarse sobre la cuestión planteada por la parte. Siendo apelable la resolución, de producirse, ese poder pasa ad quem, el que podrá confirmar o revocar esa resolución”. **(Subrayado incorporado)**

Nuestro Código Procesal Civil desarrolla desde el artículo 446° al 457° lo referente a las excepciones y defensas previas que pueden ser utilizadas dentro del proceso. Específicamente, el inciso 5) del artículo 446° hace mención a la **excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa**.

De otro lado, encontramos que la jurisprudencia nacional también se ha pronunciado al respecto estableciendo lo siguiente:

“Por mandato constitucional (artículo 148°) y de acuerdo con el Código Procesal Civil (artículo 541°), serán susceptibles de impugnación mediante acción contencioso-administrativa las resoluciones que causen estado. Una resolución causa estado cuando es una decisión definitiva, es decir, decide

⁹³ Ariano (2003), p. 89.

sobre el fondo del reclamo o excepcionalmente cuando al resolver aspectos incidentales crea, modifica o extingue una relación jurídica. En este extremo se entiende agotada la vía administrativa”⁹⁴.

“La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es aquella en la cual se establece que los jueces no deben admitir la demanda sino hasta después de agotados los recursos jerárquicos establecidos en la vía administrativa. Dicha resolución está referida a los casos en que se impugne resolución administrativa en donde obviamente debe requerirse el agotamiento de medios impugnatorios antes de recurrir al órgano jurisdiccional”⁹⁵.

En este contexto una resolución de tal naturaleza sería expedida vulnerando las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que:

- Habría irrespetado el artículo 45° de la Constitución, pues no tomaría en cuenta el límite que le ha puesto el legislador a los jueces del Poder Judicial en relación con la atribución de resolver sobre las conductas contrarias a las normas de libre competencia;
- Tratándose de un régimen especial de responsabilidad extracontractual derivada de los actos o conductas contrarias a las normas de libre competencia, una resolución judicial de tal naturaleza estaría desconociendo el principio de aplicación de la ley especial sobre la ley general, admitido en el marco del artículo 103° de la Constitución, al aplicar para declarar improcedente la excepción el artículo 1969° del Código Civil haciendo caso omiso a la obligación de agotar la vía administrativa contenida actualmente en el artículo 49° del DL N° 1034 y anteriormente en el artículo 25° del DL N° 701 y en el artículo 16° de la Ley N° 25868;
- A consecuencia de lo anterior se habría lesionado el artículo 139° numeral 2) de la Constitución que consagra como parte del debido proceso al principio de independencia de la función jurisdiccional que supone el deber de los jueces de respetar el no avocamiento a causas pendientes en sede administrativa, particularmente cuando hay dispositivos vigentes que expresamente disponen el agotamiento de la vía administrativa antes de

⁹⁴ Exp. 535-97/SCTECA.

⁹⁵ Casación 1429-98 - Piura.

proceder a demandar daños y perjuicios por actos y conductas contrarias a las normas de libre competencia.

Lo descrito supone una directa violación de las garantías del debido proceso pues, como se verá más adelante, por no haber esperado a que se agote la vía administrativa, el juez estaría dando por sentado que las conductas alegadas por la demandante son violatorias de las normas de libre competencia.

La calificación de la conducta antijurídica en sede administrativa es precisamente una institución que se utiliza para, entre otros, garantizar la estabilidad jurídica y evitar resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos y las mismas pretensiones. Teóricamente, sería posible que una demanda de indemnización se sentencie a favor del demandante y, posteriormente, INDECOPI en el procedimiento administrativo emita una resolución desestimatoria de la denuncia planteada, con lo cual el Poder Judicial resolvería reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por un hecho que la institución competente declara compatible con la libre competencia y, en consecuencia, no antijurídico. ¿Sería admisible esto en el sistema legal peruano?

Creemos que no, pues una respuesta positiva a la pregunta anterior supondría que la propia autoridad jurisdiccional que ha resuelto la excepción no ha cumplido con el deber de “administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente”, pues habría ignorado la inexistencia de una resolución administrativa que haya declarado la antijuridicidad de las conductas alegadas por la demandante, y así como haber desconocido los artículos 217° y 218° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establecen el contenido de las resoluciones y el momento en que éstas agotan la vía administrativa, que para el caso concreto es el pronunciamiento final sobre el fondo del asunto de la Sala.

Los elementos anteriores permiten concluir que, además, una decisión de tal naturaleza estaría irrespetando el cumplimiento de deberes que la Ley Orgánica del Poder Judicial le impone a los magistrados, en especial los de (i) resolver con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso (consagrado en el artículo 184° numeral 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y (ii) administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente, igualmente incorporado al mencionado artículo de la referida ley bajo el inciso 2).

VIII. El primer aporte jurisprudencial en la materia: La Resolución N° 7 sobre excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en el Caso Lave vs. Clorox - Quimpac

Todavía bajo la vigencia del DL N° 701°, nuestra jurisprudencia, en la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, ha resuelto un caso singularmente importante en esta materia. Mediante Resolución N° 7, de 14 de marzo de 2007, dicha Sala revocó una resolución dictada en primera instancia por el Juzgado Civil Especializado que había declarado improcedente la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por una de las demandadas. Consecuentemente, revocando el pronunciamiento del *aquo*, declaró finalmente fundada dicha excepción.

Se colige de dicha Resolución N° 7 que se trataba de una demanda por daños y perjuicios ocasionados por supuestas violaciones al DL N° 807 en la que, sin pronunciamiento administrativo previo, se buscaba una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por contratos especiales de aprovisionamiento de materias primas celebrados entre las demandadas. Evidentemente, de acuerdo con lo previsto en la normativa, una de las demandadas dedujo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en atención a lo dispuesto por el artículo 25° del DL N° 701 concordado con el artículo 16° de la Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, lo que no fue acogido por el juez especializado.

En vía de apelación, la Sala Civil adoptó el criterio opuesto, en línea con lo establecido por la normativa vigente, y concluyó que si bien le corresponde al Poder Judicial determinar la indemnización por daños y perjuicios causada por actos contrarios a la libre competencia, ello no supone obviar –como lo hemos sostenido en el presente ensayo- el obligado tránsito por la vía administrativa.

Dado que se trata de una resolución pionera en la materia, vale la pena acompañar a la Sala en su razonamiento, bajo los siguientes términos:

SÉPTIMO: Que (...) es de verse que la indemnización peticionada es por los daños y perjuicios que se habrían producido a consecuencia de los acuerdos, contratos y/o prácticas violatorias del DL N° 807 (prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia) que habrían sido cometidas por las demandadas;

OCTAVO: Ello conlleva a que el juzgador a fin de determinar la existencia o no de los daños y perjuicios tenga que dilucidar necesariamente, en primer término, respecto de la existencia de contratos y/o prácticas violatorias del DL N° 807 (...);

NOVENO: Que la Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, señala en el artículo 16° que: “En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto Ley se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual;

DÉCIMO: Asimismo, el artículo 21° de la citada ley establece que, “Corresponde a la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, conforme a lo dispuesto por el DL N° 701;

DÉCIMO PRIMERO: Que, siendo ello así, y tal como está planteado el petitorio de la demanda, se establece que para el caso de autos se hace necesario que previamente se establezca en la vía administrativa la existencia o no de contratos y/o prácticas violatorias del DL N° 807 (...), materia de competencia del INDECOPI conforme al artículo 21° antes citado;

DÉCIMO TERCERO: Que si bien el primer párrafo del artículo 25° del DL N° 701 señala que “cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidas por la presente ley podrá ejercitar la acción civil de indemnización por daños y perjuicios”; ello conlleva a establecer que no será la vía administrativa en la que se dilucidará la existencia o no de daños y perjuicios, pues ello está reservado al Poder Judicial, sin que ello signifique obviar el tránsito por la vía administrativa, atendiendo a los términos planteados en el petitorio de la demanda; siendo de aplicación el inciso 5° del artículo 451° del Código Procesal Civil.

IX. Conclusiones

- 1) En materia de responsabilidad civil extracontractual puede identificarse una relación de género y especie entre el régimen general (previsto en el artículo 1969° del Código Civil) y el especial, establecido como consecuencia de conductas contrarias a la libre competencia (reguladas en su momento por los artículos 3°, 4°, 5° y 6° del DL N° 701 en cuanto a cuestiones de fondo, así como por el artículo 25° de la citada norma y 16° de la Ley N° 25868 en cuanto a la calificación administrativa y actualmente previstas los artículos 8° al 12° del DL N° 1034, en especial su artículo 49°).
 - **El género:** bajo el sistema atípico consagrado en el Código Civil se caracteriza porque **el juez resuelve todo lo concerniente a los elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana;** y
 - **La especie:** en el marco de las **conductas típicas** contrarias a las normas de libre competencia, están **preestablecidas** en la ley especial (en su momento el DL N° 701 y actualmente por el DL N° 1034) y, además, están **sujetas a la previa resolución de antijuridicidad de la que es competente únicamente la Administración especializada** conforme al régimen anterior de los artículos 25° del DL N° 701 y 16° de la Ley N° 25868, así como al régimen actual del DL 1034 en su artículo 49°, aunque en los demás elementos se rija por las normas del Código Civil. Resulta significativo destacar que, la necesidad de la resolución previa de antijuridicidad ha quedado ratificada por el artículo 49° del DL N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 2) El desarrollo de nuestra legislación en el sentido de **tipificar conductas antijurídicas y exigir la calificación de éstas en sede administrativa**, de manera previa, se sustenta en la siguiente justificación doctrinaria:
 - En materia de libre competencia **los bienes jurídicos tutelados no son exclusiva ni fundamentalmente privados**, como ocurre en el marco del artículo 1969° del Código Civil; por el contrario, **la libre competencia como sustento del mercado constituye un bien jurídico de interés general tutelado por el Derecho desde una perspectiva constitucional** de manera explícita en el artículo 61° de

la Constitución y de manera implícita en los artículos 58° y 59° de la Carta Fundamental;

- Resulta entonces congruente con lo anterior que en el régimen especial se abandone la figura abierta del artículo 1969° del Código Civil para pasar a un sistema de conductas tipificadas en la propia ley (en su momento el DL N° 701 y en la actualidad el DL N° 1034). Este tránsito hacia la tipificación en el régimen especial tiene un sólido sustento doctrinario, así como antecedentes legislativos en el derecho comparado; y
- En la misma dirección, la calificación previa por parte de la Administración corresponde al interés general de la garantía institucional de libre competencia en el mercado que constituye un elemento esencial en la reclamación de daños por actos contrarios a ella. También responde a la necesidad de manejar con criterios técnicos, figuras típicas debidamente tasadas en el marco de la ley, que requieren de su aplicación por parte de un ente dotado de capacidades especializadas para hacerlo, en lugar de dejar librado a criterio del juez la determinación al caso concreto de una cláusula general abierta.
- Esto último justifica el requisito establecido en la ley especial –consistente en obtener una calificación previa de antijuridicidad de la Administración como requisito de admisibilidad de una demanda por daños y perjuicios ocasionados por actos contrarios a la libre competencia, tal como lo dispuso en su momento el artículo 16° del DL N° 701 y el artículo 25° de la Ley N° 25868 y lo hace actualmente el artículo 49° del DL N° 1034.
- Siguiendo este criterio, es destacable que bajo el régimen del DL N° 701 la jurisprudencia administrativa en materia de contratación con el Estado haya considerado que la calificación previa por parte de la Administración constituye un requisito sine que non, lo que marca un derrotero para la jurisprudencia administrativa futura.
- En igual sentido, el Poder Judicial –igualmente bajo el régimen del DL N° 701 que, como se ha señalado en varias oportunidades ha sido ratificado por el DL N° 1034- se ha pronunciado en una oportunidad por la imposibilidad de “obviar el tránsito por la vía administrativa” para reclamar los daños causados por conductas contrarias a la libre competencia previstas en el marco del régimen especial y singular de los Decretos Legislativos N° 701 y N° 807.

- 3) La **garantía institucional de libre competencia**, que supone la tutela del Estado en la represión de las prácticas contrarias a ella, en particular el abuso de posición dominante en el mercado, se ha desarrollado en el Perú a través de la creación de una **Administración especializada: el INDECOPI** y, en concreto, la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia como órganos de primera y segunda instancia administrativa respectivamente.
- 4) A partir de las garantías institucionales de libre competencia, libre iniciativa privada y defensa del consumidor, las normas han desarrollado una división de tareas coherentes entre la Administración especializada y el Poder Judicial, que tuvieron como pilares sustanciales en su momento el DL N° 701 (modificado principalmente por el DL N° 807) y la Ley N° 25868, así como actualmente lo tienen en el DL N° 1034. Éstas regulan la **competencia en sede administrativa para determinar a) las conductas tipificadas como anticompetitivas, b) el procedimiento a seguir para la tramitación de las denuncias por conductas anticompetitivas, c) las sanciones y medidas correctivas a imponer, d) así como la obligación de obtener una resolución firme que agote la vía administrativa sobre la antijuridicidad de la conducta antes de recurrir al Poder Judicial en vía resarcitoria para demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios. A esta declaración de antijuridicidad la ley actual la denomina como “conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión o, en su caso, por el Tribunal”.**
- 5) La nueva ley incluso extiende el efecto vinculante y habilitador de la resolución de INDECOPI (que declare la conducta anticompetitiva y aplique sanciones y medidas correctivas) a quienes no hayan sido parte en el proceso seguido ante la Administración, siempre y cuando este tercero afectado sea capaz de demostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva.
- 6) A consecuencia de lo concluido anteriormente, es posible afirmar que en el marco de lo dispuesto por el artículo 45° de la Constitución, que habilita al legislador –respetando la supremacía de la Norma Fundamental– a imponer límites para el ejercicio del poder a través de los órganos que integran el Estado, se ha establecido una **coherente división de tareas en el campo de la libre competencia**: la Administración resuelve, de manera exclusiva y excluyente, la antijuridicidad de las conductas contrarias a las

normas de libre competencia (conductas anticompetitivas en el lenguaje del DL N° 1034); y el **Poder Judicial** resuelve las consecuencias jurídicas de éstas, así como las demandas resarcitorias por el daño que tales conductas precalificadas por la Administración puedan haber causado.

- 7) De aquí que esté **plenamente justificado y sea de obligatorio cumplimiento para el Poder Judicial el pronunciamiento previo de la Administración para proceder a interponer una demanda que contenga la pretensión de indemnización por los daños y perjuicios** ocasionados por conductas anticompetitivas, en la misma medida en que resulta perfectamente fundada una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa si se recurre directamente al Poder Judicial –sin contar con el mencionado pronunciamiento previo de la Administración– como lo ha declarado recientemente por una Sala Civil de la Corte Superior del Callao mediante resolución que marca un hito en esta materia.
- 8) La antinomia entre el régimen de responsabilidad extracontractual general del Código Civil y el régimen de responsabilidad aquiliana en materia de libre competencia se resuelve bajo las normas de interpretación jurídica que obligan a aplicar la ley especial (las normas de libre competencia por encima de la ley general, el Código Civil). La ley especial resulta particularmente relevante para resolver dicha antinomia en lo que se refiere al **agotamiento de la vía administrativa para establecer la antijuridicidad de la conducta anticompetitiva como presupuesto esencial de la reclamación resarcitoria que se presente ante el Poder Judicial.**
- 9) La ley especial en materia de libre competencia se justifica, al amparo del artículo 103° de la Constitución, por lo especializado del tema que ha dado lugar a lo que la doctrina describe como “**la singularidad de la libre competencia**”, la complejidad que entraña el ordenamiento relativo a la libre competencia y el funcionamiento del mercado con un alto componente de análisis económico, a lo que se une la tutela que la Constitución le impone al Estado para procurar el funcionamiento del mercado en pro del bienestar general.
- 10) Dicha “singularidad” hace necesario que por ley se determine –como lo hacían los artículos 25° del DL N° 701 y 16° de la Ley N° 25868, así como lo sigue haciendo el artículo 49° del DL N° 1034– que tales asuntos

deben ser de conocimiento exclusivo y excluyente de la Administración especializada, en este caso INDECOPI.

- 11) Igualmente, **dicha “singularidad” justifica plenamente la existencia del agotamiento de la vía administrativa para habilitar la procedencia de una pretensión civil indemnizatoria por daños y perjuicios ocasionada por prácticas contrarias a la libre competencia previamente calificadas como anticompetitivas por la Administración.**

- 12) **La calificación previa de antijuridicidad en sede administrativa** -bajo los términos de conducta anticompetitiva a los efectos de permitir la admisibilidad judicial de una pretensión civil por responsabilidad aquiliana, provocada por aquélla- **no es un requisito privativo del régimen jurídico peruano.** Está igualmente previsto en el artículo 13º, numeral 2), de la Ley de Defensa de la Competencia de España, la que considera que la declaración firme obtenida en vía administrativa constituye un requisito de procedibilidad que permite rechazar liminarmente una demanda en caso se haya omitido.

- 13) Bajo las normas procesales peruanas, la omisión del agotamiento de la vía administrativa en el ámbito de INDECOPI frente a pretensión civil indemnizatoria por daños y perjuicios provocados por conductas anticompetitivas permite **que se declare la improcedencia de la demanda por las causales previstas en el artículo 427º del Código Procesal Civil o fundada una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (artículo 446º, inciso 5) del mismo cuerpo legal). Las razones para ello radican en:**
 - Que (numeral 4) del mencionado artículo, el juez carece de competencia, que es el caso concreto en el que admita una demanda sin que previamente el INDECOPI se haya pronunciado sobre la antijuridicidad de la conducta que provoca la pretensión civil por daños y perjuicios a resarcir; a lo que debe añadirse.
 - Que, ausente el elemento antijuridicidad –que resulta ineludible para resolver sobre los daños y perjuicios que dicha conducta pueda haber causado en el marco del artículo 1969º del Código Civil– **el petitório deviene en jurídicamente imposible** (numeral 6) del artículo 427º) por lo que la vía administrativa deberá recorrerse necesariamente y el juez, respetándola, deberá pronunciarse sobre la improcedencia de la

demanda o hasta que dicha vía sea jurídicamente agotada conforme a lo dispuesto por el artículo 218° de la Ley N° 27444, en su inciso e), o por fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa al amparo del inciso 5), artículo 446° del Código Procesal Civil.

- 14) En el mismo sentido, **la falta de agotamiento de la vía administrativa**, cuando las denuncias están siguiendo su trámite ante la autoridad administrativa y ésta no se ha pronunciado a través de los instrumentos que señala la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444, artículo 218°, inciso e), **constituye mérito suficiente para que se declare fundada una excepción descrita precisamente como “falta de agotamiento de la vía administrativa”, bajo los términos del inciso 5), del artículo 446° del Código Procesal Civil.**

Referencias

- ABANTO, M. (1997). *El Derecho de la Libre Competencia*. Editorial San Marcos, Lima.
- ALPA, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Gaceta Jurídica, Lima.
- (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Jurista Editores, Lima.
- ARIANO, E. (2003). *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores, Lima.
- BERNALES, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Editora RAO, Lima.
- BULLARD, A. (2003). “Las políticas de competencia: ¿por qué y para qué?”. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores, Lima.
- (2006). “¿Debe preocuparnos el tamaño? El abuso de la posición de dominio”. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición, Palestra Editores, Lima.
- DE LA VEGA, F. (2001). *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Civitas Ediciones S.A., Madrid.
- DE TRAZEGNIES, F. (1988). *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. IV, tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. IV, tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

- (2006a). “La teoría jurídica del accidente”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños, teoría general de la responsabilidad civil y el nuevo derecho de daños*. Instituciones de Derecho Privado, tomo 4. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 425-450.
- (2006b). “La responsabilidad profesional no existe”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños, responsabilidad de los profesionales, responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado*. Instituciones de Derecho Privado, tomo 5. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 357-394.
- DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN (1994). *Sistema de derecho civil*. Sexta edición. Tecnos, Madrid, Vol. II.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas Ediciones S. A., Madrid.
- ESPINOZA, J. (2002). *Derecho de la responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica, Lima.
- (2006). “Sobre la importancia de considerar como supuesto de hecho autónomo a la responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños, responsabilidad de los profesionales, responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado*. Instituciones de Derecho Privado, tomo 5. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 447-518.
- FERNÁNDEZ, G. (2001). “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica”. En: *Ius et veritas*, año XI, N° 32, Lima.
- (2005). *Código Civil comentado*. Tomo X. Gaceta Jurídica. Lima.
- FLINT, P. (2002). *Tratado de Derecho de la Libre Competencia - Estudio Exegético del DL N° 701*. Fondo Editorial PUCP, Lima.
- GALÁN, E. (1977). *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Ed. Montecorvo S.A., Madrid.
- KEMELMAJER, A. (2006). “Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños, responsabilidad de los profesionales, responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado*. Instituciones de Derecho Privado, tomo 5. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 659-708.
- KRESALJA, B. (2004). “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado” en *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

- LEÓN, L. (2004). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Jurista Editores, Lima.
- LORENZETTI, R. (2006). “La responsabilidad civil”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños, teoría general de la responsabilidad civil y el nuevo derecho de daños*. Instituciones de Derecho Privado, tomo 4. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 451-494.
- MESSEGUER, J. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas Ediciones S.A., Madrid.
- MONROY, J. (2003). *La formación del Proceso Civil Peruano*. Editorial Comunidad, Lima.
- SCONAGMIGLIO, R. (2001). “Responsabilidad contractual y extracontractual”. En: *Ius et veritas*, año XI, N° 32, Lima.
- SCHLESINGER, P. (2001). “La injusticia del daño en el acto ilícito civil”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición: Leysser L. León. Ara Editores, Lima.
- TABOADA, L. (2005). *Elementos de la responsabilidad civil*. Segunda edición, Editora Jurídica Grijley, Lima.
- (2006). *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Presentación y compilación: Rómulo Morales Hervías. Editora Jurídica Grijley, Lima.
- TORNOS, J. (1991). “Parte IV, Comercio interior y exterior”. En: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (director). *Derecho Administrativo Económico*. Tomo II, La Ley, Madrid.
- VIDAL, F. (2006). “La responsabilidad civil”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños, teoría general de la responsabilidad civil y el nuevo derecho de daños*. Instituciones de Derecho Privado, tomo 4. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 201-214.
- VISINTINI, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- VISINTINI, G. (2002). *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*. Ara Editores. Lima.