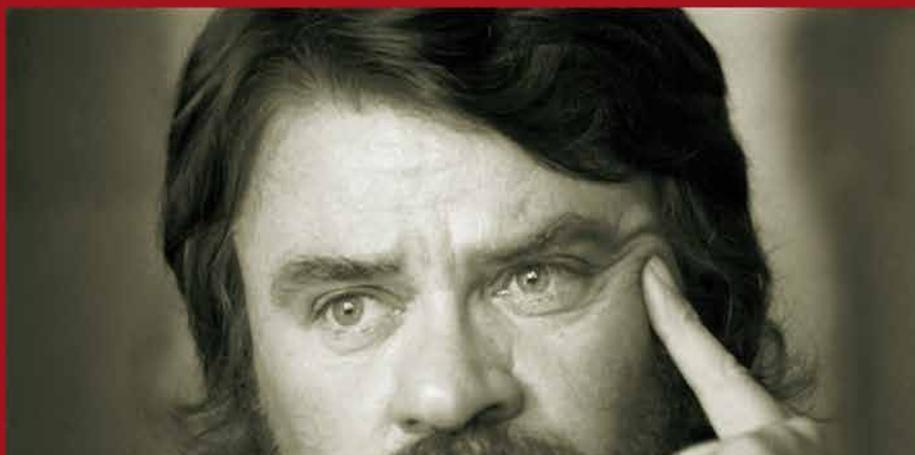


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA



Capítulo 48

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE ACTOS CONTRARIOS A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA: TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CALIFICACIÓN PREVIA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

*Jorge Santistevan de Noriega**

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de reparar, por sí mismo 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 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»¹.

Podemos afirmar, pues, 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 de que la reparación constituye un castigo al autor por el daño producido.

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio fundador del estudio Santistevan de Noriega & Asociados.

¹ Véase DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1994, volumen II: 591).

Esta óptica de la función de la responsabilidad civil ha sido revalorada por la doctrina² teniendo en cuenta el 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 básicamente 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 se representa 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: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La terminología invita pronto a suponer al contrato como criterio distintivo.

Así, mientras que la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito que es contenido de una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionado 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 en 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, en la terminología de nuestro Código Civil cabe hablar de «responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones», y no de 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.

A consideración de Scognamiglio, dichos criterios distintivos no son excluyentes sino concurrentes. Ello debido a que la llamada *responsabilidad contractual* «[...] conexas con las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar una prestación determinada, con la consiguiente sujeción a efectos desfavorables en caso de incumplimiento»³.

La responsabilidad extracontractual constituye una figura clásica del derecho civil, consagrada en nuestro Código en el artículo 1969 y siguientes. Es tan importante esta institución del derecho que incluso en un país como el Perú, de

² Véase FERNÁNDEZ CRUZ (2001: 32-33).

³ Véase SCOGNAMIGLIO (2001: 54).

escasa producción jurídica, ha sido tratada con prolijidad por diversos autores, entre los que destaca el trabajo pionero de Fernando de Trazegnies Granda⁴. No es el único, sin embargo, pues han añadido su contribución jurídica —sin pretender nombrar a todos— Fernando Vidal Ramírez⁵, Leysser L. León⁶, Gastón Fernández Cruz⁷, el propio de Trazegnies,⁸ Juan Espinoza Espinoza⁹ y Lizardo Taboada Córdova¹⁰.

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. Esta es objeto de tratamiento en leyes especiales que, por 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 especialmente para este libro en homenaje a Fernando de Trazegnies, 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: a) la tipicidad de las conductas contrarias a las normas de libre competencia, generadoras de daños resarcibles; y b) el requisito procesal de la calificación previa de dicha conducta establecido en leyes especiales.

1. NECESARIA REFERENCIA A LA FIGURA ATÍPICA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL 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 Ramírez, «El daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil»¹¹.

⁴ Véase DE TRAZEGNIES GRANDA (2001: 19-74).

⁵ Véase VIDAL RAMÍREZ (2006: 203-213).

⁶ Véase LEÓN (2004).

⁷ Véase FERNÁNDEZ CRUZ (2005: 19 y ss.).

⁸ Véase DE TRAZEGNIES (2006a: 424, nota 3; 2006b: 427-450).

⁹ Véase ESPINOZA ESPINOZA (2002; 2006: 449-517).

¹⁰ Véase TABOADA CÓRDOVA (2005).

¹¹ Véase VIDAL RAMÍREZ (2006: 201-213).

En este 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».¹²

Así, la responsabilidad civil constituye un mecanismo de tutela jurídica resarcitoria que nace como consecuencia de un hecho jurídico ilícito, 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, producidas 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 porque la primera nace del incumplimiento de una obligación¹³, mientras que la segunda de un ilícito civil¹⁴.

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

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 culposamente¹⁵.

No obstante, sea que la responsabilidad civil tenga su origen en una obligación o en un ilícito civil, lo que interesa es rescatar la consecuencia que produce determinada actuación de la persona; 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; esto, 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

¹² Véase TABOADA CÓRDOVA (2005: 62).

¹³ Artículo 1218 del Código Civil.

¹⁴ En el Perú, Fernández Cruz señala en particular que el Código 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 con ese nombre y no con 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 decreto legislativo 768 y por la ley 27184, que eliminaran los vestigios de tal referencia. FERNÁNDEZ CRUZ (2005: 32).

¹⁵ Véase LORENZETTI (2006: 201-213).

relevante, pero las consecuencias patrimoniales ser graves; o bien, el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias»¹⁶.

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»¹⁷.

Asimismo, Fernando de Trazegnies ha señalado que

[...] 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 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 objetivante 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 cuasi delito traducen una especie de pecado jurídico»¹⁸.

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»¹⁹.

¹⁶ Véase ALPA (2001: 519).

¹⁷ Véase DÍEZ-PICAZO (1999: 297).

¹⁸ Véase DE TRAZEGNIES (1988: 47).

¹⁹ Véase SCONAGMIGLIO (2001: 56).

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 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 este. Conforme al sistema adoptado por el Código Civil Peruano, el factor de atribución del resarcimiento es propiamente la culpa: «Afirmar que “no hay responsabilidad sin culpa”, resulta lo mismo que decir que solo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos solo serán imputables a una actuación antijurídica: el 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»²⁰.

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 del autor nacional Juan Espinoza Espinoza²¹, el que más ha tratado 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 en que los elementos constitutivos son: a) la imputabilidad o capacidad de imputación; b) la ilicitud o antijuridicidad de la conducta que cause el daño a reparar; c) el factor de atribución que dice relación con los factores subjetivos (la culpa y el dolo) y la posible responsabilidad objetiva; d) el nexa causal o relación de causalidad; e) el daño causado; y f) el resarcimiento del daño patrimonial o reparación civil.

Desde la perspectiva del presente artículo interesa del segundo elemento de los mencionados: la ilicitud o antijuridicidad de la conducta generadora del daño, aunque Espinoza Espinoza preferiría llamarla «ilicitud», a lo que convendría Fernández Cruz que optaría por calificarla de «dañosa».

Creemos, sin embargo, que en esta materia hay que coincidir con Lorenzetti cuando afirma que «La doctrina actual coincide en calificar la conducta antijurídica como aquella que menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no solo 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»²².

²⁰ Véase FERNÁNDEZ CRUZ (2005: 30).

²¹ Véase ESPINOZA ESPINOZA (2002).

²² Véase LORENZETTI (2006: 474).

En este mismo sentido, Lizardo Taboada considera que

[...] debe hablarse de dos clases de antijuricidad, 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 antijuricidad 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 jurídico²³.

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 extracontractual²⁴.

A pesar de que Lorenzetti —siguiendo el trabajo de De Lorenzo y de Markesinis y Deakin en relación con 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 sancionatorio²⁵.

León, por su parte, en nuestro medio, es enfático al afirmar que nuestro artículo 1969 contiene una cláusula normativa general, con el siguiente análisis:

La proposición «aquél 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.

²³ Véase TABOADA CÓRDOVA (2006: 398).

²⁴ Véase ESPINOZA ESPINOZA (2002: 68).

²⁵ Véase LORENZETTI (2006: 474-475; referencias del original, eliminadas).

De aquí que se hable, en Francia, en Italia [...], y también entre nosotros, de un régimen legal de «atipicidad» del delito [...]²⁶.

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 artículo 2043 Cód. Civ. [...]

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 jurídico²⁷.

Guido Alpa desarrolla el tema 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 resarcible²⁸.

Sin embargo, el mismo autor afirma que «[...] 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»²⁹; lo que es precisado en nuestro medio por 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,

²⁶ Véase LEÓN (2004: 101; cita a pie de página puesta por el autor, eliminada).

²⁷ Véase VISINTINI (2002: 257).

²⁸ Véase ALPA (2001: 62).

²⁹ Véase ALPA (2001: 62).

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.

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 decisión³⁰.

Por ello, con Alpa,

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, porque 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. Pertencerían a los sistemas atípicos los ordenamientos de derivación romanista y aquellos típicos del *Common Law* y el ordenamiento alemán³¹.

En sentido similar concluye Fernández Cruz cuando postula que

El artículo 1969 del C. C. peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativo por culpa, de igual rango que aquella regulada por el artículo 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 de imputación, a la par de otro objetivo, de igual rango y valor (el riesgo)³².

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 requiere que en el comportamiento antecedente a la producción del daño, al que este ha de imputarse objetivamente, se pueda encontrar culpa o negligencia»³³.

³⁰ Véase LEÓN (2004: 101).

³¹ Véase ALPA (2001: 135).

³² FERNÁNDEZ CRUZ (2005: 432).

³³ Véase DÍEZ-PICAZO (1999: 351).

Por su parte, Taboada Córdova considera que:

[...] la noción de culpa exige no solo 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 ánimo 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 objetivo³⁴.

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 unitaria³⁵.

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 3, 4, 5 y 6 del decreto legislativo 701, publicado con el título «Disponen le eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia», así como el correlato procesal correspondiente previsto en el artículo 25 de dicha norma y en el artículo 16 de la ley 25868, publicada con el título «Ley de creación del Instituto de Libre Competencia y Propiedad Intelectual, INDECOPI».

Lo singular se sustenta en que, en el marco de la libre competencia, las conductas están tasadas en el decreto legislativo 701. Pero no solo ello; se añade un elemento nuevo, esencial en el mundo de la libre competencia, no exigido por el Código Civil: el requisito procedimental de contar con el pronunciamiento previo de la administración especializada (INDECOPI), si se lee el artículo 25 del decreto legislativo 701 en conjunto con el artículo 16 de la ley de creación del Indecopi, 25868.

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

³⁴ Véase TABOADA CÓRDOVA (2005: 97)

³⁵ Véase VISINTINI (1999, tomo I: 47).

1969 de dicho cuerpo de leyes, que ponen la carga de la calificación de *dañosa* de una conducta en las manos del juez: «[...] en cambio, a la responsabilidad extracontractual, solo 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».³⁶

Díez Picazo enseña:

A nuestro juicio, [...] la antijuricidad que es propia del derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de la antijuricidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos casos puede resultar necesario, solo 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 antijuricidad³⁷.

Las normas de libre competencia nos llevan, por el contrario, a conductas ilícitas preestablecidas en las leyes especiales que, dado su carácter técnico, requieren una calificación especializada de entes idóneos y capacitados en la materia, con 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 antijuricidad de la conducta que cause el daño resarcible, demostrada en sede administrativa conforme a las normas de libre competencia. 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 por 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 el decreto legislativo 701 y el paso previo por la administración para determinar la antijuricidad establecida por el artículo 25 de la norma antes citada y el artículo 16 de la ley 25868, 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

³⁶ Véase SCHLESINGER (2001: 45).

³⁷ Véase DÍEZ-PICAZO (1999: 298).

intereses 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 han 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 imprecisas³⁸.

2. SINGULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL 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?

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 estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual general, el bien jurídico tutelado será el resarcimiento por el daño causado entre particulares. Operan entonces las reglas *inter privatos*.

³⁸ Véase ALPA (2006: 289).

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 61 de la Constitución a través de la garantía institucional de libre competencia que el Estado facilita y vigila para combatir toda práctica que la limite, y reprimir el abuso de posiciones de dominio en el mercado. Al respecto, Alfredo Bullard anota que

La autoridad peruana ha considerado que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica.³⁹

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.⁴⁰

Entonces, siguiendo a este mismo autor, «[...] es mejor hablar de una ley “pro competencia” 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»⁴¹.

Baldo Kresalja Roselló precisa, en relación con la Constitución del Perú, que

La competencia no es solo 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 explícita 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)⁴².

Aída Kemelmajer de Carlucci, 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

³⁹ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 653).

⁴⁰ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 653).

⁴¹ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 654).

⁴² Véase KRESALJA ROSELLÓ (2004: 544).

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 económicos⁴³.

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

El análisis específico también encontraría justificación en que el derecho al resarcimiento del daño por violación a las normal *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 se encuentra inmersa en otro mar de sanciones de naturaleza administrativa, penal, etcétera⁴⁴.

Consecuentemente, el régimen resarcitorio no puede dejar abierta, 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 decreto legislativo 701.

¿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*⁴⁵. 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 artículos 3, 4 y 5 se prevén muchas definiciones asumidas por la ley peruana, aunque estas definiciones provienen a su vez del derecho europeo y norteamericano⁴⁶.

⁴³ Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI (2006: 662).

⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2006: 673).

⁴⁵ 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 de la legislación española al régimen jurídico peruano.

⁴⁶ Véase ABANTO VÁSQUEZ (1997: 358).

En concreto, la tipificación la encontramos en el decreto legislativo 701, que contiene dos clases de normas sobre la materia. A título general, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado bajo los siguientes términos:

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.

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.

Según doctrina nacional, en palabras de Bullard,

La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado⁴⁷.

La norma [decreto legislativo 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 que los costos variables no son significativos⁴⁸.

El mismo decreto legislativo tipifica a título particular: «*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».

La doctrina especializada entiende que

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

⁴⁷ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 699-700).

⁴⁸ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 700).

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 último⁴⁹.

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 competencia⁵⁰.

Sobre el particular, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea estableció claramente que «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 [...]»⁵¹.

El artículo 5 continúa señalando que

Son casos de abuso de posición de dominio:

- 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 del decreto legislativo 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;

⁴⁹ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 701).

⁵⁰ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 700-701).

⁵¹ Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 699).

- d) (Derogado por el artículo 12 del decreto legislativo 807);
- e) (Derogado por el artículo 12 del decreto legislativo 807); y
- f) Otros casos de efecto equivalente (modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807).

En el artículo 6 del decreto 701 que comentamos se hace referencia a las prácticas restrictivas de la libre competencia. Se definen como tales, en primer término, «[...] 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». En cuanto a esto, es necesario señalar que

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 existencia⁵².

De acuerdo con este mismo artículo, 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; (modificado por el artículo 11, decreto legislativo 807);
- b) El reparto de 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; (modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807);
- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia 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 o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones;

⁵² Véase BULLARD GONZÁLEZ (2003: 769).

- f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación o 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 (modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807);
- h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones (agregado por el artículo 12 del decreto legislativo 807);
- i) Otros casos de efecto equivalente (agregado por el artículo 12 del decreto legislativo 807).

3. JUSTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE ANTIJURICIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

No es caprichosa, por cierto, 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 de que no solo se requiere la lesión a un interés jurídicamente tutelado, sino que también «[...] 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»⁵³, 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».⁵⁴

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,

⁵³ Véase TABOADA CÓRDOVA (2005: 83).

⁵⁴ Véase ALPA (2006: 331).

va a determinar: a) en qué consiste la libre competencia protegida; b) cuáles son puntualmente las conductas contrarias al libre funcionamiento del mercado y cuáles las prácticas de abuso de posición dominante que la ley reprocha y castiga; para luego, c) recurrir *ex post* al resarcimiento ante el Poder Judicial.

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 esta en beneficio no solamente de una parte afectada sino en beneficio 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 61 de la Constitución.

No es lo mismo —en un primer ejemplo a 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 en los informes policiales y otros elementos probatorios cuya apreciación podrá ser personal, directa e inmediata.

No ocurre igual en el campo de la libre competencia; en la figura objetiva —«posición dominante en el mercado», en un segundo ejemplo a ser discutido—, la conducta que causa el daño no se aprecia ni se sanciona directamente, sino que tiene que darse en el contexto de un «abuso» de dicha posición, según distintas figuras predeterminadas en la ley. Esto deberá ser apreciado bajo reglas del juego económico por un ente especializado en la materia, que ha recibido del legislador la competencia para ello, de manera exclusiva y excluyente. Solamente después de que el ente especializado (INDECOPI, en el Perú) haya dicho lo suyo, se podrá recurrir al juez en busca de resarcimiento; 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 garantizar que la administración especializada (INDECOPI) cumpla de manera exclusiva y excluyente con la calificación de la antijuridicidad de las conductas violatorias de la libre competencia, 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 [...] Es esta una nueva muestra de la singularidad del sistema, por lo menos en cuanto a los elementos instrumentales se refiere⁵⁵.

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, usando criterios técnicos analizados y desarrollados con un alto grado de especialidad al interior del INDECOPI, donde 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 aquilina 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 540/2005-TC-SU del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)

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 Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), por lo que debe remitirse el expediente esta entidad a fin de que emita su pronunciamiento sobre la materia. (Resolución 846-2003-TC-S2 del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)

⁵⁵ Véase DE LA VEGA GARCÍA (2001: 39).

4. 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 12, numeral 3, ubicado, al igual que el artículo 25 del decreto legislativo 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 antijuricidad impuesto por el artículo 25 del decreto legislativo 701 y por el artículo 16 de la ley 25868 no es privativo del régimen jurídico nacional, sino que encuentra un antecedente singularmente importante en la Ley de Defensa de la Competencia de España, cuyo artículo 12, numeral 3, 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 antijuricidad de la conducta en vía administrativa⁵⁶.

Cabe advertir, a propósito de la referencia a «la declaración firme en vía jurisdiccional» a la que «en su caso» alude el artículo 13, 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 no hemos llegado tan lejos, por cierto, 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 se agote la vía administrativa— que haya definido la antijuricidad 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.

⁵⁶ Véase DE LA VEGA GARCÍA (2001: 344).

Más aún, el pronunciamiento administrativo previo al que venimos refiriéndonos en el marco del artículo 13, numeral 2, de la Ley de Defensa de la Competencia de España constituye, a juicio del citado Fernando de la Vega García⁵⁷, 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 Messeguer, quien nos ilustra sobre cómo 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 esta competencia atribuida de forma exclusiva 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 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)»⁵⁸).

5. LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LA DIVISIÓN DE TAREAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER JUDICIAL

Dado que el presente artículo pone énfasis en la calificación de la antijuricidad 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, por una parte, a la administración⁵⁹ —con carácter exclusivo y excluyente, así como sobre sólidas bases

⁵⁷ Véase DE LA VEGA GARCÍA (2001: 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.

⁵⁸ Véase MESSEGUER (1999: 70).

⁵⁹ En nuestro caso el Instituto de Libre Competencia y Propiedad Intelectual, INDECOPI, creado por decreto ley 25868, con el siguiente mandato: «Artículo 1. Créase el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI como organismo dependiente

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 daños y perjuicios causados a los demás competidores y, eventualmente, a los propios consumidores por los actos antijurídicos así declarados previamente por la administración.

5.1 ¿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. Para ello debe tenerse en consideración que, en el marco general de la economía social de mercado consagrado en el 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 Bernal Ballesteros comenta 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 trasgresiones»⁶⁰.

Lo anterior supone que, como lo señala el profesor español Joaquín Tornos Mas⁶¹, la intervención de los poderes públicos en el mercado tiene como objetivo «la garantía misma de la libre competencia [...] [y] como única función defender una institución que se juzga como de interés general».

En este orden de ideas, el tratadista José Messeguer añade, comentando el sistema español, que «El objetivo directo e inmediato de la Ley de Defensa de la Competencia es garantizar el orden económico constitucional a través de la

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».

⁶⁰ Véase BERNAL BALLESTEROS (1999: 359).

⁶¹ Véase TORNOS MAS (1991: 639).

salvaguardia de una competencia suficiente y de tutela frente a todo ataque contrario al interés público (Exposición de Motivos I y II LDC)⁶².

La doctrina nacional coincide con el objetivo señalado por el profesor español. Según precisa Pinkas Flint:

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 distorsiones⁶³.

Más aún, Flint, citando al autor español Galán Corona, al precisar todavía más el objetivo del decreto legislativo 701, 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 decreto legislativo 701] podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.

[...]

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 competencia⁶⁴.

En la misma línea, Manuel Abanto Vásquez señala que en el campo de la doctrina nacional «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»⁶⁵.

⁶² Véase MESSEGUER (1999: 68).

⁶³ Véase FLINT (2002: 85).

⁶⁴ Véase FLINT (2002: 340-341), quien cita a GALÁN CORONA (1977: 30).

⁶⁵ Véase ABANTO VÁSQUEZ (1997: 31).

Kresalja, citando a Font Galán, 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 [...] ⁶⁶.

Todo lo anterior no hace sino poner de manifiesto la singularidad de los bienes protegidos por las normas de libre competencia. Son, como lo dice la doctrina, la competencia misma a favor de un mercado que funcione en beneficio de sus participantes y del consumidor, último destinatario de todo el derecho de la competencia.

Como veremos más adelante, esta singularidad aludida justificará que, en el marco de la responsabilidad extracontractual, las normas se alejen 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.

⁶⁶ Véase KRESALJA (2004: 545).

5.2 Competencias preestablecidas y división de tareas

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

Así, al amparo de lo previsto en el primer párrafo del artículo 45 de la Constitución —y respetando desde luego la jerarquía dispuesta por el artículo 51, 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, en consecuencia con la ley, 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 los aspectos que 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 61 de la Carta en cuanto a esta garantía institucional de la libre competencia. Esta repartición es el INDECOPI y los órganos especializados en la materia son dos: la Comisión de Libre Competencia y la Sala de Libre Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Pero con iguales atribuciones el legislador define las materias que conciernen y competen al Poder Judicial a través de los órganos previstos en la Constitución y desarrollados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.3 División de tareas en materia de libre competencia

La división de tareas —establecida con toda claridad por el legislador en materia de libre competencia, incluyendo las infracciones a la norma especializada (decreto legislativo 701)— consiste fundamentalmente en lo siguiente:

a) El legislador ha dispuesto el ámbito de competencia de la administración especializada, el INDECOPI; para ello ha habilitado al Ejecutivo de modo 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; es decir, los actos contrarios a la libre competencia y, por lo tanto, antijurídicos. De manera que la administración no tiene atribuciones para resolver reclamaciones por los daños y perjuicios que tales conductas antijurídicas puedan haber provocado.

c) Por el contrario, el legislador ha dispuesto con rigor y razón que 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 unos contra otros por los daños que puedan haber ocasionado las conductas contrarias a la legislación de libre competencia; en particular, las prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado.

5.4 Diferenciación de las atribuciones del 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. El decreto legislativo 701 —modificado posteriormente por diversas normas, entre las que se cuenta en especial el decreto legislativo 807—, que con el propósito de eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en el mercado (artículo 1), y procurando el mayor beneficio a los usuarios y consumidores, establece:

1. Un conjunto de prohibiciones (artículos 3 al 7);
2. Los órganos de la administración competentes para aplicar la ley y conocer las denuncias por los actos contrarios a ella (artículos 8 a 14

que, como veremos, tienen que interpretarse a la luz de la ley 25868, que señala la competencia exclusiva y excluyente del Indecopi en materia de libre competencia);

3. El procedimiento correspondiente (artículos 13 a 22);
4. Las sanciones pecuniarias que la administración aplicará en cada caso;
5. Precisamente en el último capítulo, correspondiente a las sanciones, al cerrar su contenido procedimental (artículo 25, antes de pasar a las disposiciones finales) prevé que, una vez concluido el procedimiento administrativo, cualquier perjudicado por los actos antijurídicos puede ejercer la acción civil de indemnización por daños y perjuicios, como también lo pueden hacer quienes hayan sido falsamente denunciados por las violaciones a la libre competencia previstas en dicho cuerpo de leyes; y
6. En este contexto cabe destacar que, afirmando la competencia exclusiva y excluyente de la administración para definir la antijuridicidad de los actos violatorios de la libre competencia en relación con las sanciones penales, el artículo 19 mantiene con toda claridad la división de tareas entre la administración y la jurisdicción. En efecto, a pesar de las muchas modificaciones que dicho artículo ha sufrido, queda claro que si la Comisión del INDECOPI comprueba que quien ha cometido infracciones a las normas de libre competencia lo ha hecho dolosamente, deberá ponerse el hecho en conocimiento del Ministerio Público y será el fiscal quien ejercerá la acción penal sobre la base de los elementos predeterminados por la administración o —cuando menos— contando necesariamente con ellos.

ii. La ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, además de desarrollar la estructura orgánica de la institución, prevé un requisito ineludible en su artículo 16, mediante el cual prohíbe recurrir al Poder Judicial en reclamación de resarcimiento por responsabilidad aquiliana antes de agotada 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 competencia exclusiva y excluyente de la administración.

El análisis sistemático de las normas de libre competencia realizado en los párrafos anteriores a la luz de la *Lex Suprema* deja claramente advertido aquello 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 al Indecopi, de manera exclusiva y excluyente: a) resolver en qué casos se ha incurrido en las prohibiciones de prácticas contrarias a la libre competencia establecidas en el decreto legislativo 701, y ello solamente compete a los órganos administrativos del Indecopi, es decir, la Comisión y luego la Sala de Libre Competencia, cuyo pronunciamiento agota la vía administrativa; b) aplicar las sanciones administrativas previstas en la ley; y c) en casos de conducta dolosa, remitir los actuados al Ministerio Público para que el fiscal actúe conforme a sus atribuciones.

Todo lo que esté más allá de lo que la ley ha reservado a la administración (léase al Indecopi), como el posible resarcimiento civil a favor de los agraviados por las conductas antijurídicas predeterminadas por el INDECOPI y/o las sanciones penales por haberse afectado los bienes jurídicos protegidos por el *ius puniendi*, corresponde en materia civil al Poder Judicial y, de manera compartida, al Ministerio Público y al Poder Judicial en materia penal.

5.5 La calificación de antijuricidad 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 y la administración —INDECOPI, por un lado, y Poder Judicial y Ministerio Público por el otro—, impone, con las facultades de establecer limitaciones que el artículo 45 de la Carta le confiere, un pronunciamiento previo antes de recurrir al Poder Judicial en materia civil y al Ministerio Público, para luego llegar al Poder Judicial, en materia penal.

Cabe 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 víctima⁶⁷.

En consecuencia, no hay ningún exceso en la determinación orgánica del Estado ni desnaturalización alguna de los derechos de tutela que la Carta garantiza en

⁶⁷ Véase TABOADA CÓRDOVA (2006: 394).

la decisión del legislador de imponer un requisito administrativo previo para recurrir luego al Poder Judicial. Esto permite la singularidad de la protección a la libre competencia, referencia unánime doctrina según se ha dejado sentado en este documento.

La naturaleza especializada de las cosas que autoriza la emisión de leyes especiales en el marco del artículo 103 de la Constitución así lo justifica, lo mismo que la necesidad de buscar eficiencia en la administración que posee la capacidad técnica para resolver sobre aspectos que requieren un sofisticado análisis, como en el caso de la libre competencia y su régimen de prohibiciones. Se exonera al juez, además, 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.

5.6 ¿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 los artículos 25 del decreto legislativo 701 y 16 de la ley 25868?

Para responder debemos partir estableciendo lo que es la ley general frente a 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. Esto es perfectamente congruente con las normas de interpretación de la ley y con las limitaciones que pueden 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 básicamente en el decreto legislativo 701 y la ley 25868, estas últimas resultan *ratione materiae* aplicables por encima de las anteriores.

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

La tutela del derecho al resarcimiento por responsabilidad aquiliana derivada de las contravenciones a las normas de competencia desleal no se perjudica con 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, en 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 armonización 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 procederá a resolver, con mayor prontitud aún, la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios reclamada de conformidad con las normas del Código Civil.

6. ALGUNAS HIPÓTESIS DE TRABAJO

6.1 ¿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: a) el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; b) el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; c) advierta la caducidad del derecho; d) carezca de competencia; e) no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; f) el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o g) contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Según las consideraciones del presente artículo, el juez tendría como motivos para declarar de plano improcedente la demanda de indemnización los que se reseñan a continuación. Por una parte, 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:

a) el artículo 25 del decreto legislativo 701 y el artículo 16 de la ley 25868 han establecido la competencia exclusiva y excluyente de los órganos del Indecopi para resolver precisamente sobre dicho carácter antijurídico;

b) 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 tratamiento técnico y pronunciamiento basado en el interés público tutelado por el artículo 61 de la Constitución;

c) frente a la antinomia que plantea el modelo basado en el principio de atipicidad del artículo 1969 del Código Civil y el establecido por los artículos 25 del decreto legislativo 701 y el artículo 16 de la ley 25868, el juez puede aplicar 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 inciso e del artículo 427 del Código Procesal Civil; y

d) 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 anti-concurrenciales (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 otra parte, el juez puede analizar que *el petitorio* contenido en la demanda de indemnización *resultaba jurídicamente imposible*, pues:

a) la única autoridad del Estado competente para resolver el carácter antijurídico de una conducta contraria a las normas de libre competencia recogidas en el decreto legislativo 701, sus modificatorias y conexas, incluida la ley 25868, es el INDECOPI, a través de la Comisión y la Sala de Libre Competencia, en primera y segunda instancia administrativa respectivamente;

b) 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 el 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; y

c) 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.

6.2 ¿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 Gálvez considera que «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 procesal inválida o la imposibilidad de un pronunciamiento válido sobre el fondo, respectivamente»⁶⁸.

Eugenia Ariano Deho 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,

⁶⁸ Véase MONROY GÁLVEZ (2003: 187).

surge, inevitablemente, el inconveniente que se termine emitiendo un doble juicio sobre lo mismo: el primero al emitir el admisorio; el segundo al resolver la excepción»⁶⁹ (cursivas incorporadas).

La misma autora señala, en relación con el proceso que siguen las excepciones, que

Quando se plantean las excepciones del mencionado artículo 446, ellas se resuelven previo un auténtico contradictorio: el demandado (o el demandante, de haber reconvencción) las plantea, el juez las traslada al demandante (o al demandado, en caso de haber reconvencción), 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 resolución⁷⁰.

Nuestro Código Procesal Civil desarrolla del 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*.

Por otro lado, encontramos que la jurisprudencia nacional 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 contenciosa administrativa las resoluciones que causen estado. Una resolución causa estado cuando es una decisión definitiva, es decir, decide 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 administrativa⁷¹.

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 jurisdiccional⁷².

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

⁶⁹ Véase ARIANO DEHO (2003: 89).

⁷⁰ ARIANO DEHO (2003: XX; cursivas agregadas).

⁷¹ Expediente 535-97/SCTECA (Sala Corporativa Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo).

⁷² Casación 1429-98-Piura.

a) 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 cuanto a la atribución de resolver sobre las conductas contrarias a las normas de libre competencia;

b) Tratándose de un régimen especial de responsabilidad extracontractual derivada de los actos o conductas contrarios 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 en el artículo 25 del decreto legislativo 701 y en el artículo 16 de la ley 25868; y

c) A consecuencia de lo anterior se habría lesionado el artículo 139, numeral 2, de la Constitución, que consagra como parte del debido proceso el 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 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 está 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 que posteriormente el INDECOPI, en el procedimiento administrativo, emita una resolución desestimatoria de la denuncia planteada. Con ello el Poder Judicial resolvería reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por un hecho que la institución competente para resolverlo 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 supondría que la propia autoridad jurisdiccional que ha resuelto la excepción no ha cumplido con el deber de «administrar justicia aplicado la norma jurídica pertinente», pues ha ignorado que no hay resolución administrativa que haya declarado la antijuridicidad de las conductas alegadas por la demandante, y desconocido los artículos 217 y 218 de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establecen el

contenido de las resoluciones y el momento en que estas agotan la vía administrativa que, para el caso concreto, es el pronunciamiento final de la Sala de Libre Competencia sobre el fondo del asunto.

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 impone a los magistrados, en especial los de a) 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 b) 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, en su inciso 2.

7. EL PRIMER APORTE JURISPRUDENCIAL: CASO «LAVE VERSUS CLOROX-QUIMPAC»

Nuestra jurisprudencia, en la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, resolvió un caso singularmente importante para este tema. Mediante resolución 7, del 14 de marzo de 2007, dicha Sala revocó otra 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 7 que se trataba de una demanda por daños y perjuicios ocasionados por supuestas violaciones al decreto legislativo 807. En ella, 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 decreto legislativo 701, concordado con el artículo 16 de la ley 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, concluyendo 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, hecho en 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 decreto legislativo 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 decreto legislativo 807 [...];

NOVENO: Que, la ley 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 decreto legislativo 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 decreto legislativo 807 [...], materia de competencia del INDECOPI conforme al artículo 21 antes citado;

DÉCIMO TERCERO: Que si bien el primer párrafo del artículo 25 del decreto Legislativo 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.

8. CONCLUSIONES

1. En materia de responsabilidad civil extracontractual se puede identificar una relación de *género* y *especie* entre el régimen general, previsto en el artículo 1969 del Código Civil, y el régimen especial, establecido como consecuencia de conductas contrarias a la libre competencia, regulado por los artículos 3, 4, 5 y 6 del decreto

legislativo 701 en cuanto a cuestiones de fondo, así como por el 25 de la citada norma y el 16 de la ley 25868 en cuanto a la calificación administrativa.

a) *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.

b) *La especie*: en el marco de las conductas típicas contrarias a las normas de libre competencia, están preestablecidas en la ley especial (el decreto legislativo 701) y, además, están sujetas a la previa resolución de antijuricidad de la que es competente únicamente la administración especializada, conforme a los artículos 25 del decreto legislativo 701 y 16 de la ley 25868, aunque en los demás elementos se rija por las normas del Código Civil.

2. El desarrollo de nuestra legislación en el sentido de *tipificar conductas antijurídicas y exigir la calificación de estas en sede administrativa*, de manera previa, se sustenta en la siguiente justificación doctrinaria:

a) 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, como sustento del mercado, la *libre competencia 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.

b) 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 (el decreto legislativo 701). Este tránsito hacia la tipificación en el régimen especial tiene un sólido sustento doctrinario, así como antecedentes legislativos en el derecho comparado.

c) 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 su aplicación por parte de un ente dotado de capacidades especializadas para hacerlo.

Esto último justifica el requisito establecido en la ley especial —consistente en obtener una calificación previa de antijuricidad 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 dispone el artículo 16 del decreto legislativo 701 y el artículo 25 de la ley 25868.

Siguiendo este criterio, es destacable que 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 qua non*, lo que marca un derrotero para la jurisprudencia administrativa futura.

En igual sentido, el Poder Judicial ya 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 701 y 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 Libre 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 coherente entre la administración especializada y el Poder Judicial, que tiene como pilares sustanciales el decreto legislativo 701, modificado principalmente por el decreto legislativo 807, y la ley 25868. Estos regulan *la competencia en sede administrativa para determinar las conductas tipificadas como contrarias a la libre competencia, el procedimiento a seguir para la tramitación de las denuncias por prácticas contrarias a la normativa especializada, las sanciones a imponer y 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*.

5. A consecuencia de lo anterior, 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; y el *Poder Judicial* resuelve las consecuencias jurídicas de estas, así como las demandas resarcitorias por el daño que tales conductas precalificadas por la administración puedan haber causado.

6. De aquí que sea plenamente justificado y de obligatorio cumplimiento, para la administración y para el Poder Judicial, el pronunciamiento previo de la administración para interponer una demanda por los daños y perjuicios ocasionados por tales conductas, 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 una Sala Civil de la Corte Superior del Callao en resolución que marca un hito en esta materia.

7. 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 con 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), particularmente en cuanto al *agotamiento de la vía administrativa para establecer la antijuridicidad de la conducta contraria a las normas de libre competencia como presupuesto esencial de la reclamación resarcitoria que se presente ante el Poder Judicial*.

8. 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*», en vista de la complejidad que entrañan 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.

9. Dicha «singularidad» hace necesario que por ley se determine —como lo hacen los artículos 25 del decreto legislativo 701 y 16 de la ley 25868— que tales asuntos deber ser de conocimiento exclusivo y excluyente de la administración especializada; en este caso, el INDECOPI.

10. Igualmente, dicha «singularidad» justifica plenamente la existencia del agotamiento de la vía administrativa para habilitar la procedencia de una demanda por daños y perjuicios ocasionada por prácticas contrarias a la libre competencia.

11. La calificación previa de antijuridicidad en sede administrativa, a los efectos de permitir la admisibilidad judicial de una demanda por responsabilidad aquiliana provocada por conductas contrarias a la libre competencia, no es un requisito privativo del régimen jurídico peruano. Está igualmente previsto en el artículo 13, numeral 2, de la Ley de Defensa de la Competencia de España y allí se 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.

12. Según las normas procesales peruanas, la omisión del agotamiento de la vía administrativa en el ámbito del INDECOPI frente a una demanda por daños y perjuicios provocados por conductas contrarias a la libre competencia, permite que se declare la improcedencia de la demanda por las causales previstas en el artículo

427 del Código Procesal Civil o fundada una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (artículo 445, inciso 5, del Código de Procedimientos Civiles). Las razones para ello radican, en especial, 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 los daños y perjuicios a resarcir. A lo que debe añadirse que, ausente el elemento de la antijuridicidad —que resulta ineludible para resolver sobre los daños y perjuicios que dicha conducta pueda haber causado en el marco del artículo 1969 del Código Civil— el petitorio deviene en jurídicamente imposible (numeral 6 del artículo 4127), 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 27444, en su inciso e, o por fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa al amparo del inciso 5 del artículo 446 del Código de Procedimientos Civiles.

13. En el mismo sentido, la falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando las denuncias están siguiendo su trámite ante la autoridad administrativa y esta no se ha pronunciado a través de los instrumentos que señala la Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 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», según los términos del inciso 5 del artículo 446 del Código Procesal Civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

1997 *El derecho de la libre competencia*. Lima: Editorial San Marcos.

ALPA, Guido

2001 *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

2006 *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.

ARIANO DEHO, Eugenia

2003 *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1999 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: RAO.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2003 *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.

DE LA VEGA GARCÍA, Fernando

2001 *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Madrid: Civitas.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1988 *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2001 *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen IV, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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*. Lima: Grijley, 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, de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, pp. 357-393.

DÍEZ-PICAZO, Luis

1999 *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN

1994 *Sistema de derecho civil*. Sexta edición. Volumen II. Madrid: Tecnos.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2002 *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

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 y dependientes». En DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Responsabilidad de los profesionales, de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, pp. 447-517.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón

2001 «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica». *Ius et Veritas*. Lima, año XI, número 22, pp. 11-33.

2005 *Código Civil comentado*. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 19 y ss.

- GALÁN CORONA, Eduardo
1977 *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Montecorvo.
- FLINT, Pinkas
2002 *Tratado de derecho de la libre competencia. Estudio exegético del DL 701*.
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída
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, de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, pp. 659-708.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo
2004 «La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado». En GARCÍA BELAUNDE, Domingo y otros. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 473-576.
- LEÓN, Leysser L.
2004 *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores.
- LORENZETTI, Ricardo
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*. Lima: Grijley, pp. 451-494.
- MESSEGUER, José
1999 *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.
- MONROY GÁLVEZ, Juan
2003 *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Comunidad.
- SCHLESINGER, Piero
2001 «La injusticia del daño en el acto ilícito civil». En ALPA, Guido y otros. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición de Leysser L. León. Lima: Ara.
- SCOGNAMIGLIO, Renato
2001 «Responsabilidad contractual y extracontractual». *Ius et Veritas*. Lima, año XI, número 32, pp. 54-70.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo
2005 *Elementos de la responsabilidad civil*. Segunda edición. Lima: Grijley.

2006 *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Presentación y compilación de Rómulo Morales Hervias. Primera edición. Lima: Grijley.

TORNOS MAS, Joaquín

1991 «Parte IV. Comercio interior y exterior». En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (director). *Derecho administrativo económico*. Tomo II. Madrid: La Ley, pp. 555-743.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

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*. Lima: Grijley, pp. 201-214.

VISINTINI, Giovanna

1999 *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.

2002 *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*. Lima: Ara Editores.