

Proyecto de lineamientos sobre

RESARCIMIENTO DE DAÑOS OCASIONADOS A CONSUMIDORES COMO CONSECUENCIA DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS



Participaron en la elaboración del documento los siguientes miembros de la **Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia***:

Jesús Eloy Espinoza Lozada – *Secretario Técnico*

Rodrigo Delgado Capcha – *Ejecutivo Legal*

Diagramación y diseño: Bruno Román Bianchi

Síguenos: Indecopi Oficial



<http://www.indecopi.gob.pe>

*Se agradece también la valiosa colaboración de los señores David Fernández Flores y Humberto Ortiz Ruiz, por sus comentarios y aportes sobre el contenido del presente documento.

Proyecto de lineamientos sobre

**RESARCIMIENTO
DE DAÑOS
OCASIONADOS
A CONSUMIDORES
COMO CONSECUENCIA
DE CONDUCTAS
ANTICOMPETITIVAS**

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS -

INTRODUCCIÓN

El Estado, en atención a los mandatos contenidos en los artículos 61 y 65 de la Constitución¹, ha desarrollado un marco legal destinado a promover y proteger el libre desenvolvimiento de la competencia empresarial, así como tutelar los derechos de los consumidores. En tal sentido, el Indecopi, a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y de la Secretaría Técnica de dicho órgano (en adelante, la Secretaría Técnica), ejerce un rol central en la investigación, persecución y sanción de conductas anticompetitivas.

Asimismo, luego de la modificación legislativa introducida en setiembre de 2018², la Comisión y la Secretaría Técnica también cumplen un papel fundamental en el resarcimiento de los daños ocasionados a los consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas. En efecto, ahora el artículo 52 de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³ faculta a la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica y luego de que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva prohibida por la referida ley quede firme, a promover un proceso judicial de resarcimiento de los daños derivados de dicha conducta, en defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores afectados⁴.

El artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas también señala que la Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica, aprobará lineamientos que establezcan los respectivos plazos, reglas, condiciones o restricciones a la facultad de promover los referidos procesos judiciales.

En cumplimiento de dicho encargo, el objeto de los presentes Lineamientos es establecer criterios para que la Comisión determine en qué tipo de casos planteará las demandas resarcitorias, así como aspectos procedimentales que guíen el ejercicio de tal facultad. Es importante señalar que estos criterios también deberán ser tomados en cuenta por las asociaciones de consumidores, cuando soliciten a la Comisión autorización para promover los referidos procesos judiciales de resarcimiento de daños en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, así como cuando, una vez autorizadas, interpongan las respectivas demandas.

1 Constitución Política del Perú

Artículo 61.- Libre competencia

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

Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

2 Modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) introducida mediante el Decreto Legislativo 1396.

3 Las referencias a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas corresponden al Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM.

4 **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 52.- Indemnización por daños y perjuicios

Una vez que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quedara firme, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de esta conducta, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.

En el supuesto mencionado en el párrafo precedente, la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, se encuentra legitimada para iniciar, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil, para lo cual deberá verificarse la existencia de los presupuestos procesales correspondientes. Sin perjuicio de ello, los plazos, reglas, condiciones o restricciones particulares necesarios para el ejercicio de esta acción, serán aprobados mediante lineamientos de la Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas anticompetitivas, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante el Indecopi y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial el resarcimiento de dichos daños. Dicho supuesto, al indicar «toda persona», se refiere no solo a los consumidores «finales» sino también a aquellos sujetos que, habiendo adquirido productos cuyos precios hayan sido objeto de un cártel, se encuentran dentro de la categoría de agentes económicos (empresas), en los términos del artículo 2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En este punto, cabe precisar que si bien el objetivo de los presentes Lineamientos es regular el actuar de la Comisión cuando promueva procesos judiciales en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores «finales», o el de las asociaciones de consumidores cuando, previa autorización de la Comisión, hagan lo propio respecto de los intereses colectivos, algunas de las recomendaciones que se expondrán también podrán ser tomadas en cuenta, según corresponda, por los sujetos señalados en el párrafo anterior. Por ejemplo, la recomendación referida a preferir demandar el resarcimiento de daños de contenido económico (daño emergente y lucro cesante) frente a otro tipo de daños, conforme a lo señalado en la sección 2.3 de la presente Exposición de Motivos.

Ahora bien, respecto del resarcimiento de daños o responsabilidad civil, es importante destacar que no solo cumple una función compensatoria, sino también preventiva. Ello ha sido reconocido tanto en los Estados Unidos de América como en la Unión Europea, identificando, por un lado, la función compensatoria referida a garantizar un adecuado resarcimiento a favor del sujeto dañado y, por otro lado, la función preventiva o de desincentivo, referida a inducir a los agentes a modificar su conducta potencialmente lesiva para evitar que se produzcan hechos dañosos en el futuro⁵. Siguiendo esta línea, el ordenamiento peruano también ha reconocido estas funciones⁶.

En los Estados Unidos de América, una institución jurídica estrechamente relacionada con la responsabilidad civil es aquella referida a las denominadas *class actions* o acciones de clase, esto es, las demandas en las cuales una o más personas (naturales o jurídicas) pueden representar los intereses de un grupo numeroso⁷, particularmente en el marco de un proceso de responsabilidad civil por daños derivados de un mismo hecho. En tal sentido, en materia de acciones de clase, «clase» se refiere al conjunto de personas que se pretende representar a través de dicho instrumento procesal.

Las acciones de clase han demostrado ser especialmente útiles en el campo de la responsabilidad civil, donde brindan una solución al problema generado cuando un gran número de personas sufren daños similares derivados de una misma conducta, pero tienen pocos incentivos para demandar cada uno por su cuenta, pues cada compensación esperada, individualmente considerada, es pequeña en comparación con los costos que implicaría que cada una de dichas personas inicie un proceso de responsabilidad civil de manera independiente. De este modo, las acciones de clase facilitan que en estas circunstancias se haga efectiva la responsabilidad civil y, por tanto, que se cumplan sus funciones compensatoria y preventiva.

En este orden de ideas, las acciones de clase han cobrado particular relevancia en el resarcimiento de daños derivados de conductas anticompetitivas que afectan a los consumidores. Así, con referencia a la responsabilidad

⁵ PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilità Civile. Profili di diritto comparato* [1992], págs. 23 y 24. El autor también menciona la función punitiva de la responsabilidad civil, pero precisa que si bien esta es aceptada dentro de la experiencia jurídica norteamericana, su reconocimiento no es tan unánime dentro de la experiencia continental europea.

⁶ ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Novena edición, Instituto Pacifico [2019], Tomo I, págs. 76-77. El autor, adicionalmente, hace alusión a una función sancionadora respecto a quien causa el daño y una función general de redistribución de costos.

⁷ *Black's Law Dictionary*. Definición de Class Action. Décimo primera edición (2019).

civil derivada de conductas anticompetitivas y frente a la alternativa de que las víctimas de estos daños demanden individualmente, las acciones de clase son consideradas como un mejor instrumento para canalizar las demandas de los miembros de la clase en la mayoría de casos, pues los demandantes generalmente tienen pretensiones pequeñas e individuales, demasiado complejas y costosas de litigar independientemente⁸.

Por lo tanto, las acciones de clase que persiguen el resarcimiento por daños derivados de conductas anticompetitivas solucionan el problema que enfrentan consumidores individuales y pequeñas empresas que no tienen incentivos suficientes para hacer valer sus derechos por su cuenta, porque el daño individual derivado de una conducta anticompetitiva puede ser pequeño y, por ende, el valor de una pretensión individual es superado por el tiempo y el costo que les tomaría litigar dicha pretensión⁹.

En este contexto, el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas faculta a la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, a promover procesos judiciales de resarcimiento de los daños derivados de las conductas anticompetitivas prohibidas por la referida ley, en defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores afectados. Dicho de otro modo, ahora la Comisión puede decidir que se interponga una demanda exigiendo a los responsables de la conducta anticompetitiva el resarcimiento de los referidos daños.

El propósito de la facultad concedida a la Comisión es similar al que persiguen las acciones de clase, esto es, responder a la falta de incentivos que tienen los consumidores para pretender individualmente el resarcimiento de los daños sufridos en sede judicial. En este punto, es fundamental aclarar que los presentes Lineamientos no pretenden equiparar los procesos judiciales regulados por el artículo 52 con las acciones de clase de los Estados Unidos de América, pues estas pertenecen a un sistema jurídico distinto. Sin perjuicio de ello, en tanto ambas instituciones jurídicas persiguen una finalidad similar y enfrentan problemas comunes, la jurisprudencia y doctrina relativa a las acciones de clase constituyen un referente importante para el presente documento.

De otro lado, en la Unión Europea el resarcimiento de daños consecuencia de conductas anticompetitivas ha cobrado mucha mayor relevancia en los últimos años, siendo que el 26 de noviembre de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea emitieron la Directiva 2014/104/UE, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Dicha Directiva no aborda expresamente el resarcimiento a favor de los consumidores por medio de procesos promovidos por autoridades nacionales de competencia. Sin embargo, sí contiene reglas mínimas sobre otros temas cruciales de la responsabilidad civil por daños originados por conductas anticompetitivas. Asimismo, luego de su implementación, en un reporte realizado en el 2019 respecto de treinta Estados miembros de la Unión Europea, se identificaron 239 demandas de resarcimiento de daños consecuencia de cárteles¹⁰.

En tal sentido, la Directiva 2014/104/UE, su implementación y la jurisprudencia y doctrina al respecto, también serán consideradas como referentes para estos Lineamientos, según corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, se considerará también la experiencia de jurisdicciones más cercanas, por ejemplo la casuística de Chile.

⁸ RUBENSTEIN, William B. *Newberg on Class Actions*, Quinta edición (2016), Volumen 6, Capítulos 18 – 20, pág. 685.

⁹ ROSH, J.Thomas, *Striking a balance? Some reflections on private enforcement in Europe and the United States*. Federal Trade Commission Guide/Report (2008), pág. 3.

¹⁰ LABORDE, Jean-François. *Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges*, edición 2019, Law & Economics, Concurrences Review N° 4-2019, págs. 1 y 3.

1. OBJETO

En aplicación de lo dispuesto por los artículos 14¹¹ y 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, los Lineamientos sobre resarcimiento de daños ocasionados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas establecen plazos, reglas, condiciones o restricciones para que la Comisión ejerza su facultad de promover procesos judiciales de responsabilidad civil por los referidos daños, en defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores afectados. Estas disposiciones también son aplicables a las asociaciones de consumidores cuando, previa autorización de la Comisión, promuevan procesos judiciales de resarcimiento de los daños derivados de conductas anticompetitivas en defensa de los intereses colectivos de los consumidores afectados, dentro de los alcances señalados en el artículo 9 de los Lineamientos.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

En cumplimiento del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el artículo 2 de los Lineamientos establece el supuesto de hecho en que la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, podrá ejercer su facultad de promover procesos judiciales, a saber, conductas anticompetitivas, sancionadas por resolución firme, que hayan ocasionado daños lesionando los intereses difusos o colectivos de los consumidores. En tal sentido, los Lineamientos definen cada uno de estos elementos.

2.1. Conducta anticompetitiva

En tanto el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no establece ninguna restricción respecto de cuáles son las conductas anticompetitivas que pueden dar lugar a que la Comisión promueva un proceso de resarcimiento de daños, los Lineamientos tampoco lo hacen, por lo que la demanda de resarcimiento puede presentarse respecto de cualquiera de las conductas prohibidas por la referida ley, es decir, prácticas colusorias horizontales, prácticas colusorias verticales o abusos de posición de dominio.

Sin perjuicio de lo anterior, los Lineamientos reconocen la necesidad de que el ejercicio de esta facultad priorice las acciones en contra de las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (cárteles), como la fijación de precios y el reparto de mercados, pues son las conductas anticompetitivas que más gravemente restringen la competencia y que no están en capacidad de generar eficiencias que superen sus efectos anticompetitivos. En esa línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE ha enfatizado este carácter nocivo de los cárteles, indicando que «son la más flagrante violación de las normas de competencia y perjudican a los consumidores de muchos países al elevar los precios y restringir la oferta, haciendo así que los bienes y los servicios sean completamente inaccesibles a algunos compradores e innecesariamente caros para otros»¹².

11 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 14.- La Comisión

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

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

[...]

d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley.

12 Recomendación del Consejo sobre Acción Efectiva contra Cárteles (*Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*). Traducción libre de: «*hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others*». La Recomendación se encuentra disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193>.

Ver también: OCDE. *Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead* (2003), pág. 8. Disponible en:

https://read.oecd-ilibrary.org/governance/hard-core-cartels_9789264101258-en#page9

En este orden de ideas, distintos estudios señalan que los cárteles generan daños a los consumidores y causan de esta manera efectos negativos en la eficiencia económica. Por ejemplo, Ivaldi *et al.* (2014)¹³ indica que los cárteles descubiertos en veinte países en desarrollo durante el periodo 1995 – 2013 (incluyendo al Perú) habrían afectado hasta un 6,38% del PBI (en términos de ventas)¹⁴, un incremento promedio de los precios de 24,02% por encima del nivel de competencia y con ello una reducción promedio de la producción de 15,41%¹⁵.

Siguiendo esta línea, en los Estados Unidos de América los resarcimientos por casos de cárteles son considerados los más idóneos para ser reclamados a través de acciones de clase, en tanto la infracción es ilegal *per se* y a menudo se lesiona de forma similar a todos los compradores que fueron sujetos al sobreprecio, siendo que las cortes generalmente consideran que el impacto puede ser establecido de modo colectivo y no individual¹⁶.

2.2 Resolución firme

El artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece como condición para que la Comisión ejerza su facultad de promover procesos judiciales de resarcimiento de daños, el que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quede firme.

Sobre la noción de acto firme, el artículo 222 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que «[u]na vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto». Para la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, esta definición legislativa de acto firme «implica que el acto administrativo ya no pueda ser cuestionado directamente por los administrados ni vía el contencioso administrativo. Esta regla tiene por objeto dotar de seguridad jurídica a los actos administrativos emitidos por la autoridad»¹⁷.

Siguiendo esta misma línea, la doctrina legal nacional considera que un acto firme es aquel que no puede ser impugnado ni por vía administrativa a través de un recurso administrativo, ni por el proceso judicial contencioso administrativo. En tal sentido, Danós (2007) afirma que el acto administrativo firme es un acto irrecurrible o no susceptible de ser impugnado en vía administrativa o en sede judicial, es decir, un acto que genera efectos de «cosa juzgada administrativa»¹⁸. Asimismo, Guzmán Napurí (2017) y Morón (2019) identifican la imposibilidad de cuestionar un acto administrativo a través de los recursos administrativos recogidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General o de una demanda contenciosa administrativa¹⁹.

Por lo tanto, la firmeza a la que se refiere el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas comprende a las resoluciones administrativas consentidas, así como a las resoluciones administrativas impugnadas judicialmente pero cuya validez ha sido confirmada por la autoridad judicial competente siendo que el proceso contencioso administrativo ha concluido. De allí que la definición de resolución firme que se ha establecido alude a toda resolución que ya no puede ser impugnada ni por vía administrativa a través de un recurso administrativo, ni por el proceso judicial contencioso administrativo.

¹³ IVALDI, Marc, JENNY, Frédéric y KHIMICH, Aleksandra. *Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries* (2014). Disponible en: <https://cepr.org/sites/default/files/ivaldi%20Cartel%20Damages%20061214.pdf>

¹⁴ En el caso peruano, esta afectación habría sido en promedio de 0,01% hasta un máximo de 0,023% del PBI.

¹⁵ De acuerdo con BOLOTOVA y CONNOR (2006), el cártel promedio induce a que los precios se encuentren en promedio un 29% por encima del precio de referencia de competencia y una mediana de 19%. Asimismo, la ratio de sobreprecio de los cárteles que operan en Norteamérica y en la Unión Europea, serían menores a la ratio de sobreprecio de similares cárteles que operan en Asia y Latinoamérica. En: BOLOTOVA, Yuiya y CONNOR, John M. *Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis*. *International Journal of Industrial Organization*, 24 (2006), págs. 1109 a 1137. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijindorg.2006.04.003>

¹⁶ RUBENSTEIN, William B., op. cit., págs. 491 a 492.

¹⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA DEL PERÚ. *Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. Primera edición. Lima, 2014, págs. 51-52. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Guia-de-actos-administrativos.pdf>

¹⁸ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. *La Impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja*. *Derecho & Sociedad No. 28* (2007). Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17237/17524>

¹⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Pacífico Editores, tercera edición (diciembre 2017), pág. 360 y MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, 14a edición (mayo 2019), Tomo II, págs. 227-228.

En tal sentido, son ejemplos de resoluciones firmes: (i) la resolución de la Comisión que declara la existencia de una conducta anticompetitiva y no es apelada, quedando consentida; (ii) la resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) que confirma la resolución apelada de la Comisión que declara la existencia de una conducta anticompetitiva, y que no es impugnada judicialmente; y (iii) la resolución de la Sala que confirma la resolución apelada de la Comisión que declara la existencia de una conducta anticompetitiva que es impugnada judicialmente, pero cuya validez se mantiene luego de que concluye el respectivo proceso contencioso administrativo.

Asimismo, se ha establecido que, tratándose de varios responsables de la conducta anticompetitiva, bastará con que exista una resolución firme respecto de uno o algunos de ellos para que se pueda plantear una demanda de resarcimiento de daños, si bien únicamente respecto de estos últimos.

Esta regla se justifica por la necesidad de que estas demandas sean mecanismos oportunos para garantizar el resarcimiento de los daños sufridos por los consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas. Piénsese en el caso de un cártel: una regla contraria, que condicione la posibilidad de plantear la respectiva demanda a que exista una resolución firme respecto de absolutamente todos los responsables del cártel, dilataría injustificadamente el resarcimiento efectivo de los consumidores en aquellos casos en que algunas de las empresas voluntariamente han consentido el acto que las declara responsables.

Finalmente, es importante destacar que la noción de acto firme es fundamental para el cómputo del plazo prescriptorio dentro del cual se puede plantear la demanda de resarcimiento, en tanto dicho plazo de dos años se cuenta desde que queda firme la resolución que declara la existencia de la conducta anticompetitiva que ocasionó los daños, conforme se desarrollará en el artículo 5 de los Lineamientos.

2.3. Daños

Los daños generados por conductas anticompetitivas son generalmente de carácter económico. Al respecto, la doctrina jurídica distingue principalmente dos grandes categorías: el daño emergente, referido a la pérdida sufrida como consecuencia directa o indirecta del hecho dañoso, y el lucro cesante, referido a aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa de la conducta dañosa²⁰. En ese sentido, el daño emergente es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el acto ilícito, mientras que lucro cesante es el no incremento en el patrimonio del dañado como consecuencia del acto ilícito²¹.

De esta manera, se ha optado por reconocer que son daños resarcibles el daño emergente y el lucro cesante pues, en la literatura económica, estas categorías se relacionan con los efectos que usualmente se consideran como consecuencia de un cártel y el cálculo del daño causado por este: el efecto de sobreprecio y el efecto sobre las cantidades²². Incluso, en Europa, las Cortes y la Comisión Europea consideran que si la pérdida actual generada por la infracción (daño emergente) se puede interpretar como el sobreprecio ocasionado por el cártel (efecto precios), a su vez la pérdida de los beneficios esperados (lucro cesante) de la infracción correspondería al efecto de cantidades²³. De otro lado, en los Estados Unidos de América la jurisprudencia es categórica en identificar al sobreprecio generado como el daño ordinariamente ocasionado por los casos de fijación de precios²⁴.

²⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: PUCP Fondo Editorial, Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol IV – Tomo II, séptima edición (2003), págs. 35 a 37.

²¹ ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Novena edición, Instituto Pacífico (2019), Tomo I, págs. 431-432.

²² La literatura económica suele tomar en cuenta dos tipos de efectos generados por los cárteles los cuales se consideran para el cálculo del daño, efecto de sobreprecio y el efecto sobre las cantidades. Ver KOMNINOS, Assimakis *et. al.* *Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission* (2009). Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf

²³ En: MAIER-RIGAUD, Frank y SCHWALBE, Ulrich. *Private Enforcement Under EU Law: Abuse of Dominance and the Quantification of Lucrum Cessans*. CPI Antitrust Chronicle, 2 (2013), pág. 3; y, ASHTON, David. *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*. *Elgar Competition Law and Practice series* (2018), pág. 512.

²⁴ RUBENSTEIN, William B., *op. cit.*, pág. 714.

Ello no quiere decir que sea imposible incluir el resarcimiento de otro tipo de daños en estas demandas, como los daños morales reconocidos por el artículo 1984 del Código Civil²⁵ y que carecen de contenido económico, pues el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no establece restricción alguna dentro del elenco de daños resarcibles. Por ejemplo, piénsese en el hipotético caso de una fijación de precios sobre bienes de primera necesidad como alimentos o medicinas durante el Estado de Emergencia declarado por la pandemia del Coronavirus (COVID-19). Es razonable inferir que, en tal escenario, el cártel de precios no solo ocasionaría los daños de naturaleza económica arriba mencionados, sino también eventuales daños morales por la aflicción de no poder acceder a dicha clase de bienes en una situación de necesidad apremiante.

Sin embargo, conforme a lo expuesto, los daños de contenido económico, esto es, el daño emergente y el lucro cesante, son los que ordinariamente se verifican como consecuencia de conductas anticompetitivas, por lo que resulta conveniente priorizarlos al momento de determinar cuáles son los daños cuyo resarcimiento se va a demandar.

En este punto, cabe reiterar que el daño al que se hace referencia corresponde a aquel que es consecuencia de la conducta anticompetitiva declarada mediante resolución firme. En otras palabras, la demanda deberá sustentar la relación causal entre la conducta anticompetitiva (por ejemplo, la fijación concertada de precios) y los daños (por ejemplo, el daño emergente consistente en el sobreprecio).

Ahora bien, tratándose de cárteles, es fundamental destacar que el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE establece una presunción de que estos causan daños, la cual puede ser desvirtuada por el demandado. Asimismo, debe anotarse que todos los Estados miembros de la Unión Europea han implementado esta recomendación en su legislación nacional²⁶.

Un juez peruano también podría utilizar esta presunción, teniendo en cuenta que las prácticas colusorias horizontales, como los cárteles de precios, están sujetas a una prohibición absoluta, y que a nivel comparado son reconocidas como las conductas anticompetitivas que más dañan a los consumidores, conforme a lo indicado previamente. Ello no implica, sin embargo, una presunción sobre la cuantía del daño en sí.

De hecho, respecto de la cuantificación del daño, que sin duda debe estar incluida en la demanda, los Lineamientos no establecen un método general, dejando a salvo la facultad de la Comisión para determinar discrecionalmente, dentro de las opciones que ofrece la teoría y la experiencia comparada, qué modelo se adapta mejor a cada caso concreto.

Sin perjuicio de ello, es importante resaltar tres puntos que serán tomados en cuenta por la Comisión al realizar la referida cuantificación y que también deberían ser considerados por los órganos jurisdiccionales en su evaluación.

En primer lugar, no se puede exigir una cuantificación exacta de los daños derivados de conductas anticompetitivas, debiendo ser suficiente una estimación razonable a la luz de los hechos del caso y la información disponible.

En tal sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 7 de noviembre de 2013, con ocasión de un cártel en el mercado de azúcar, destacando que la cuantificación del daño en el caso concreto era imposible, siendo suficientes los informes periciales que establecieran estimaciones razonables, lo cual era exigible tanto al demandante como al demandado²⁷.

25 Código Civil

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

26 RODGER, Barry James, SOUSA Ferro, Miguel y MARCOS, Francisco, *A Panacea for Competition Law Damages Actions in the EU? A Comparative View of the Implementation of the EU Antitrust Damages Directive in Sixteen Member States* (1º de agosto, 2019). Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019, p. 18-19. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3444376>

27 MARCOS, Francisco, *Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar* (Octubre 24, 2014). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2514284> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2514284>.

De allí que, con posterioridad, el artículo 7.1 de la Directiva 2014/104/UE haya indicado que los Estados miembros de la Unión Europea deben garantizar que ni la carga de la prueba ni el estándar probatorio de la cuantificación vuelvan prácticamente imposible o extremadamente difícil el resarcimiento. Cabe resaltar que la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea ha implementado esta directriz, además de aquellos que ya la habían incorporado en su legislación nacional. Más aún, Suecia ha añadido que la cuantificación de los daños no debe ser desproporcionadamente costosa, especialmente si se trata de daños causados a consumidores o pequeñas y microempresas, pues ello sería un desincentivo para ejercer estas acciones²⁸.

En segundo lugar, respecto de métodos que permitan estimar razonablemente el monto del daño, es pertinente traer a colación el reporte realizado en el 2019 sobre treinta Estados miembros de la Unión Europea, que identificó 239 demandas de resarcimiento de daños consecuencia de cárteles, siendo que en 59 de ellas el resarcimiento fue concedido, en 86 se estableció la responsabilidad (sin estimar los daños) y 93 fueron rechazados.

En dicho documento, de los 59 casos donde el resarcimiento de daños fue otorgado, el método de cuantificación de comparación de precios a lo largo del tiempo, también llamado «antes y después», fue el más usado, aplicándose en 31 casos, principalmente en Austria, Francia, Alemania, Italia y España²⁹. En términos similares, en los Estados Unidos de América generalmente se aplica el método de «antes y después» (*before and after*)³⁰.

En tercer y último lugar, cabe destacar la Comunicación de la Comisión Europea del 2013³¹ (así como su respectiva Guía Práctica³²), pues constituye un importante referente a tener en cuenta para estimar razonablemente los daños ocasionados por una conducta anticompetitiva. Esta Comunicación ha sido recomendada en diversos documentos generados por los Estados miembros de la Unión Europea en el marco de los procesos legislativos de implementación del antes citado artículo 7.1 de la Directiva 2014/104/UE, por ejemplo por Bélgica, Grecia y Luxemburgo³³. En esa línea, cabe resaltar que a nivel latinoamericano la Secretaría para la Productividad y Abogacía de la Competencia de Brasil publicó en el 2018 una guía para estimar daños ocasionados por cárteles³⁴.

Finalmente, los Lineamientos precisan que el monto resarcitorio demandado incluirá los intereses legales desde la fecha en que se produjeron los daños, en línea con lo expresamente señalado por la última parte del artículo 1985 del Código Civil: «*El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*».

2.4. Consumidores

2.4.1. Definición de consumidores

Si bien el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la Comisión ejercerá la facultad de plantear acciones en defensa de los intereses de los «consumidores», no contiene una definición respecto de a qué consumidores se refiere. Para dotar de contenido a este término, corresponde acudir a las normas de protección al consumidor.

²⁸ RODGER, Barry James and SOUSA FERRO, Miguel and MARCOS, Francisco, op. cit., pág. 20.

²⁹ LABORDE, Jean-François, op. cit., pág. 6.

³⁰ RUBENSTEIN, William B, op. cit., págs. 714-728.

³¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (2013/C 167/07). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0613(04)&from=EN)

³² COMISIÓN EUROPEA, *Guía Práctica: Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf

³³ RODGER, Barry James, SOUSA FERRO, Miguel y MARCOS, Francisco, op. cit., pág. 20.

³⁴ SEPRAC [Secretaría para la Productividad y Abogacía de la Competencia de Brasil]. *Estimating cartel damages* (2018). Disponible en: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/estimating-cartel-damages/view>

Al respecto, el artículo 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que son consumidores: (i) las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; así como (ii) los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa respecto de productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio³⁵.

La definición de consumidores establecida por los Lineamientos sigue esta línea, por lo que, a efectos del ejercicio de la facultad de la Comisión para demandar el resarcimiento de daños a los consumidores, se encuentran comprendidas las personas naturales o jurídicas que son destinatarias finales de los productos o servicios que han sido objeto de la conducta anticompetitiva, al requerirlos en ámbitos distintos a su actividad empresarial o profesional (lo cual incluye, por ejemplo, asociaciones y demás personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro). Esta definición también alcanza a los microempresarios que se encuentran en asimetría informativa frente a sus proveedores respecto de productos o servicios que han sido objeto de la conducta anticompetitiva y que no forman parte de su giro de negocio.

Por lo tanto, en general no califican como consumidores las microempresas que no se encuentran en el supuesto antes indicado, como tampoco las pequeñas, medianas o grandes empresas, ni el Estado. Sobre el particular, cabe resaltar que la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi analiza con mayor detalle cada uno de los tipos de consumidores así como los sujetos excluidos de esta definición³⁶.

2.4.2 Compradores directos

Respecto de la noción de compradores directos e indirectos, el artículo 2 de la Directiva 2014/104/UE define a «comprador directo» como una persona natural o jurídica que ha adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia, mientras que «comprador indirecto» es una persona natural o jurídica que ha adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción a las normas de competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos.

En tal sentido, el artículo 12 de dicha Directiva dispone que, para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento pleno (previamente reconocido en el artículo 3), los Estados miembros de la Unión Europea deben establecer que este puede ser reclamado al infractor por cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto.

Sin embargo, ello es controvertido a nivel comparado pues, por ejemplo, en los Estados Unidos de América no se admiten demandas por daños indirectos, sino que solo pueden demandar los adquirentes que han sufrido directamente el daño. En efecto, como ha reiterado recientemente la Corte Suprema de Estados Unidos de América

35 Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo IV.- Definición

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

36 Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI. *Lineamientos sobre Protección al Consumidor* (2019), págs. 22 – 28. Disponible en:

https://www.indecopi.gob.pe/documents/127561/4096468/Lineamientos_Proteccion%3%B3n_Consumidor_2019.pdf/9cd24063-5a91-dfbd-d97e-f38f61b86a40

en el caso *Apple Inc. v. Pepper et al.* (2019), en dicho ordenamiento jurídico los consumidores indirectos no pueden demandar daños derivados de conductas anticompetitivas, pues legalmente carecen de legitimidad para plantear tales acciones³⁷.

En este contexto, los Lineamientos adoptan una posición más cauta para el caso peruano, reconociendo que la Comisión únicamente promoverá la defensa judicial en representación de los consumidores finales que hayan sido adquirentes directos. Esta opción se sustenta, además, en las ventajas probatorias que tienen las demandas que persiguen el resarcimiento de adquirentes directos afectados por cárteles, en tanto generalmente es más aceptado que dichos sujetos se ven directamente perjudicados por el sobreprecio generado, conforme a lo indicado precedentemente. Ello, a diferencia del resarcimiento de adquirentes en niveles posteriores de la cadena, que no resultan directamente afectados por el sobreprecio impuesto por el cártel, sino en la medida que tal sobreprecio es trasladado aguas abajo, resultando indirectamente afectados. En estos casos, parte de la materia en controversia será si, en efecto, el sobreprecio impuesto por el cártel les fue trasladado a tales consumidores y en qué porcentaje.

Lo anterior no significa que los afectados indirectamente por un cártel se vean impedidos de demandar el resarcimiento de los daños que hayan sufrido como consecuencia de tales conductas anticompetitivas pues, cabe recordar, el primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de dichas infracciones, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante el Indecopi y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial el resarcimiento de los daños.

2.5. Intereses difusos e intereses colectivos

Luego de mencionar la defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos como finalidad de los procesos judiciales de resarcimiento de daños que puede promover la Comisión, el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas precisa que dicha facultad se ejerce conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil³⁸.

Este último artículo contiene una definición de interés difuso, entendiéndolo como aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

En esa misma línea, el artículo 128 del Código de Protección y Defensa del Consumidor³⁹ confirma la noción de interés difuso del Código Procesal Civil, al establecer que, tratándose de consumidores, debe entenderse como aquel que corresponde a un conjunto indeterminado de consumidores.

³⁷ Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-204_bq7d.pdf

³⁸ Código Procesal Civil

Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. [...]

³⁹ Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 128.- Defensa colectiva de los consumidores

El ejercicio de las acciones en defensa de los derechos del consumidor puede ser efectuado a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores. Para estos efectos se entiende por:

a. Interés colectivo de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.

b. Interés difuso de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados.

Adicionalmente, dicha norma establece que el interés colectivo de los consumidores se refiere a derechos comunes de un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.

De allí que, a efectos del ejercicio de la facultad de la Comisión reconocida por el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, los Lineamientos hayan definido a los intereses difusos como aquellos que pertenecen a un conjunto indeterminado de consumidores, mientras que los intereses colectivos son aquellos que pertenecen a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentran vinculados entre sí y que pueden ser agrupados dentro de una misma clase.

En tal sentido, un ejemplo de intereses colectivos son aquellos pertenecientes a los consumidores que adquirieron productos de un grupo de empresas que concertaron el alza de los precios de determinado producto y que, por tanto, tuvieron que pagar un sobreprecio. En esta afectación radica, precisamente, el vínculo que comparten esos consumidores y la posibilidad de que sean agrupados dentro de una misma clase.

Finalmente, teniendo en cuenta las definiciones explicadas precedentemente, los Lineamientos establecen que «clase» se refiere al conjunto de personas que serán representadas en el proceso de defensa de los intereses difusos o de los intereses colectivos de los consumidores.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

3.1. Sujetos demandados

En la comisión de una conducta anticompetitiva pueden participar distintas clases de sujetos. Por ejemplo, en el caso de un cártel de precios, adicionalmente a las empresas que de manera concertada fijaron los precios de sus productos en determinado mercado, podrían contribuir con la comisión de la conducta infractora personas naturales o jurídicas que, sin participar en el mercado donde se produce la práctica, facilitan su ocurrencia. Estos facilitadores podrían participar en un mercado relacionado (aguas arriba o aguas abajo) o no⁴⁰.

Por estas razones, dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no solo reconoce a las empresas que alcanzan acuerdos anticompetitivos o abusan de su posición de dominio (artículo 2.1⁴¹) sino también a quienes faciliten la conducta en el caso de cárteles «duros» (artículo 2.4⁴²)

⁴⁰ En tal sentido, cabe citar el caso *AC-Treuhand*: «AC-Treuhand conocía en profundidad el contenido de los acuerdos contrarios a la competencia, y, de hecho, redactó y circuló con gran profesionalidad todos los datos relativos a los precios, cuotas y clientes. Estaba facultada para efectuar auditorías en los locales de las empresas participantes en los cárteles. Únicamente los datos oportunamente aprobados por AC-Treuhand podían servir de base para las negociaciones y pactos. AC-Treuhand puso sus locales a disposición para ocultar los cárteles. En ambos cárteles, su función consistía en impedir que se descubrieran esas dos infracciones. En su condición de moderador, su función era alentar compromisos para permitir que se celebraran acuerdos contrarios a la competencia. AC-Treuhand puso sus servicios, su experiencia profesional y su infraestructura a disposición de los dos cárteles, para poder beneficiarse de ellos [...]» Cfr. AC-Treuhand AG. Asunto C194/14 P. Conclusiones del abogado general, el Sr. Nils Wahl, presentadas el 21 de mayo de 2015. Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dde81bac507e4b4e0ea927de93db7628f7e34KaxiLc3qMb40Rch0Saxu0a3n0?doclang=ES&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=164345&occ=first&dir=&cid=486134

⁴¹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado ofrecen o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

⁴² **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo

[...]

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

En este contexto, el artículo 3.1 de los Lineamientos establece que la Comisión podrá promover procesos judiciales de resarcimiento de daños contra los sujetos señalados en los artículos 2.1 y 2.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que hayan sido declarados, a nivel administrativo, responsables de la conducta anticompetitiva mediante resolución firme.

La referencia a los sujetos administrativamente declarados responsables por la comisión de una conducta anticompetitiva descarta posibles acciones contra personas que no hayan sido declaradas como tales y, en tal sentido, tiene vinculación directa con la relación de causalidad, que constituye un elemento de todo supuesto de responsabilidad civil.

En efecto, De Trazegnies (2003) ha indicado que «[t]oda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por ésta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona: no es posible cobrar una indemnización por un accidente de tránsito al primer transeúnte que asome por la esquina después de ocurrido el hecho. Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto [...] La relación de responsabilidad extracontractual descansa, entonces, en una relación de causalidad. Por consiguiente, para que exista responsabilidad extracontractual se requiere que exista un nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañino»⁴³.

3.2. Responsabilidad civil solidaria

De otro lado, el artículo 3.2 de los Lineamientos reconoce que, en caso existan varios responsables de la conducta anticompetitiva, la responsabilidad civil será solidaria. En este punto, cabe resaltar que en los casos de prácticas colusorias horizontales o verticales, por su propia naturaleza, la resolución administrativa firme que declara la existencia de la conducta anticompetitiva, establece varios responsables y no solo uno.

Sobre el particular, el artículo 1983 del Código Civil establece que «[s]i varios son responsables del daño, responderán solidariamente». Esta norma, aplicada al supuesto de corresponsabilidad descrito en el párrafo anterior, sustenta la solidaridad indicada en los Lineamientos. Es importante resaltar que esta solidaridad emana del Código Civil, norma con rango de ley, siendo que los Lineamientos simplemente la reconocen.

Cabe precisar, además, que el artículo 1983 del Código Civil señala que, sin perjuicio de la regla de solidaridad, «aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales». Esta regla, aplicada al supuesto analizado por los presentes Lineamientos, habilita al sujeto que pague el resarcimiento de daños a los consumidores a repetir contra sus corresponsables (es decir, aquellos otros agentes declarados responsables por resolución administrativa firme).

A mayor abundamiento, respecto de la responsabilidad civil solidaria entre corresponsables de una conducta anticompetitiva que genera daños, el artículo 11 de la Directiva 2014/104/UE también establece una regla de solidaridad. Asimismo, en los Estados Unidos de América también se reconoce la responsabilidad civil solidaria en materia de acciones de clase⁴⁴.

⁴³ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: PUCP Fondo Editorial, Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol IV – Tomo II, séptima edición (2003), págs.305 y 306.

⁴⁴ RUBENSTEIN, William B., op. cit., págs. 712-714.

3.3. Rol de los facilitadores

Cabe reiterar que los «facilitadores» también participan en la comisión de la conducta anticompetitiva y, por tanto, puede ser declarados administrativamente responsables de la misma, conforme al artículo 2.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por ejemplo, en el caso hipotético de un cártel de precios en la modalidad de *hub and spoke*⁴⁵, piénsese en un agente en otro nivel de la cadena que actúa como facilitador de la infracción, contribuyendo causalmente con su ocurrencia. En este contexto, cuando la Comisión haya determinado la responsabilidad administrativa de uno o más «facilitadores», estos también podrán ser demandados por los daños generados por la conducta a la cual contribuyeron.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucedería con otros corresponsables administrativos de la conducta anticompetitiva, sujetos a las reglas de la solidaridad y por tanto pasibles de ser demandados por la totalidad del resarcimiento conforme al punto anterior, en el caso particular de los «facilitadores» la Comisión debe tener en cuenta el artículo 1978 del Código Civil que, en el ámbito de la responsabilidad civil, establece que *«También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias»*. Como puede apreciarse, esta norma no declara responsables civiles solidarios a quienes ayuden a causar el daño, sino que reconoce una responsabilidad civil diferenciada cuyo grado deberá ser determinado por el juez atendiendo a cada caso concreto.

En tal sentido, a efectos de una eventual demanda de resarcimiento contra «facilitadores», es conveniente que la Comisión contribuya al análisis de causalidad que deberá realizar el juez respecto de dichos sujetos, examinando el rol que jugaron en la realización de la conducta anticompetitiva a efectos de determinar su nivel de contribución causal a la producción de los daños, lo cual deberá reflejarse en la pretensión resarcitoria que se planteará respecto de dichos sujetos.

De allí que el artículo 3.3. de los Lineamientos haya establecido que, para poder incluir a los «facilitadores» como demandados, la Comisión deberá analizar con especial cuidado su papel en la conducta anticompetitiva, a fin de determinar su grado de participación en relación con los daños que se pretende resarcir, de conformidad con lo establecido por el artículo 1978 del Código Civil.

3.4. Programa de Clemencia

Respecto del programa de clemencia, el artículo 26.6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la exoneración o reducción de la sanción que se obtenga a través del mismo no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños ocasionados, de ser el caso⁴⁶.

⁴⁵ El mecanismo *hub and spoke* describe un escenario en el que distintos agentes económicos, competidores entre sí, comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de comercialización de un producto o servicio determinado, siendo que la jurisprudencia comparada ha identificado que este esquema es cada vez más empleado por los participantes de cárteles, pues permite que las coordinaciones se realicen a través de un tercer agente que facilitará la planificación, ejecución y cumplimiento de los acuerdos. En tal sentido, en el marco de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, las prácticas colusorias horizontales entre competidores también pueden materializarse mediante el mecanismo de mecanismo *hub and spoke* [Cfr. Resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2017, págs. 20-21]

⁴⁶ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 26.- Exoneración de sanción

[...]

26.6. La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

Por su parte, la Guía del Programa de Clemencia elaborada por la Comisión señala que «[l]a información aportada por el beneficiario que se encuentre en el expediente confidencial como consecuencia de una solicitud de beneficios no será trasladada, bajo ningún supuesto, por la Secretaría Técnica y la Comisión para que sea utilizada en contra del beneficiario en una eventual demanda de indemnización por daños y perjuicios. Esta limitación no alcanza a la información contenida en el expediente en que se tramita el procedimiento administrativo sancionador, como tampoco a aquella información que pueda haber sido hecha pública por el propio beneficiario»⁴⁷.

De lo anterior se desprende que la Comisión podría ejercer su facultad de promover procesos judiciales de resarcimiento de daños incluso en supuestos de clemencia, siempre que para tal efecto no utilice la información confidencial antes señalada.

No obstante, al momento de ejercer su facultad en dichos supuestos, la Comisión tomará en cuenta si, en el marco de la Guía antes señalada, el caso fue iniciado como consecuencia de una clemencia tipo A, lo cual significa que el Indecopi no tenía investigación alguna en trámite al momento de la presentación de tal solicitud y que sin ella probablemente no habría descubierto la conducta anticompetitiva. En tal sentido, se ha establecido que en estos casos la Comisión no promoverá acciones resarcitorias contra los solicitantes, dejando a salvo el derecho de las personas dañadas, así como de las asociaciones de consumidores que cumplan con el artículo 9 de los Lineamientos, de interponer demandas resarcitorias contra dichos sujetos.

En este punto, la Secretaría Técnica al elaborar este proyecto no pierde de vista los efectos que el ejercicio de una facultad de este tipo por parte del Indecopi puede tener sobre el programa de clemencia, sin que ello afecte al libre ejercicio de acciones civiles por parte de los afectados o de las asociaciones de consumidores cuando se trate de intereses colectivos. Por ello, esta Secretaría Técnica invita a los interesados en la consulta pública que se realizará sobre este documento a abordar este aspecto en sus comentarios⁴⁸.

4. DETERMINACIÓN DE LA CLASE DE CONSUMIDORES AFECTADOS

Para que la Comisión, previo informe favorable de su Secretaría Técnica, promueva el proceso judicial de resarcimiento de daños, el artículo 4 de los Lineamientos establece como requisito que se determine la clase de consumidores afectados. Dicha disposición también señala que, para tal efecto, será suficiente una estimación razonable debidamente motivada.

Sobre el particular, corresponde acudir a la jurisprudencia y doctrina de las acciones de clase de los Estados Unidos de América. Cabe reiterar que en materia de acciones de clase, «clase» se refiere al conjunto de personas que se pretende representar a través de dicho instrumento procesal.

En este punto, es relevante analizar el desarrollo de la *certificación de clase*, la cual es una etapa procesal inicial dentro de las acciones de clase en la cual, conforme a la Regla Federal 23 de Procedimiento Civil de los Estados

⁴⁷ Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. Guía del Programa de Clemencia (2017), pág. 22. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c>

⁴⁸ Sobre el particular, la OCDE ha constatado que si bien el derecho al pleno resarcimiento implicaría, en principio, que el beneficiario de la clemencia no sea exonerado o limitado en su responsabilidad civil, algunas jurisdicciones han reducido dicha responsabilidad para el referido beneficiario a fin de preservar el atractivo de los programas de clemencia, siendo un ejemplo los Estados Unidos de América y la Unión Europea. Cfr. OECD. *Report on International Experiences with Class Actions and Private Enforcement* (2017), pág. 23. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2017\)33&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2017)33&docLanguage=En)

Respecto del Perú, cabe precisar que la OCDE ha recomendado que se garantice que el Indecopi no entablará acciones civiles de daños contra los beneficiarios de clemencia, sin perjuicio de que los agentes privados sí puedan demandar el resarcimiento de daños contra esos mismos beneficiarios. Cfr. OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú* (2018), pág. 144. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

En este orden de ideas, a nivel comparado el reto común es encontrar un balance entre proteger el atractivo de los programas de clemencia y facilitar que los afectados por las conductas anticompetitivas accedan a un pleno resarcimiento. Cfr. MOODALIYAR, Kasturi. *Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages* (2014). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 10, págs. 159-190.

Unidos de América, los jueces verifican una serie de requisitos en la acción de clase, con el propósito de asegurarse de que esta herramienta procesal se utilice para casos donde verdaderamente va a permitir ahorrar tiempo, esfuerzo y gastos, así como promover decisiones uniformes a personas que están similarmente situadas, sin sacrificar la justicia procedimental o atraer resultados indeseables⁴⁹. Ello guarda coherencia con la finalidad y naturaleza de las acciones de clase, explicadas al inicio del presente documento.

Dentro del análisis de la certificación de clase, los jueces verifican, entre otros requisitos⁵⁰, el de multitud (*numerosity*), el cual, como explica Rubenstein [2016]⁵¹, es cumplido por la mayoría de casos de responsabilidad civil derivada de conductas anticompetitivas e implica comprobar que (i) la clase está compuesta por una multitud de personas; (ii) existen evidencias del tamaño de la clase; y (iii) la posibilidad de que todas estas personas se reúnan para demandar conjuntamente es impráctica (si bien no necesariamente imposible).

En cuanto al segundo elemento del requisito de multitud, cabe resaltar que el autor señala que, para los jueces estadounidenses, «una estimación de buena fe del tamaño de la clase es suficiente cuando la cantidad precisa de los miembros de la clase no se puede determinar con exactitud. Negativas de certificación de clase por este motivo son poco probables o frecuentes y las cortes son generalmente indulgentes cuando los demandantes son incapaces de hacer algo más que establecer asunciones de sentido común»⁵².

A modo de ejemplo, es pertinente hacer referencia a un caso reciente en los Estados Unidos de América: *In re Dental Supplies Antitrust Litigation* [2019]⁵³, una *class action* iniciada contra las empresas Schein, Patterson, Benco y Burkhart, por los daños derivados de conductas anticompetitivas en el mercado de productos dentales, incluyendo la fijación concertada de precios de estos productos. En dicho caso, la clase certificada fue el conjunto de: «*Todas las personas o entidades que compraron productos de Schein, Patterson, Benco, Burkhart, o cualquier combinación de ellos, entre el 31 de agosto de 2008 hasta e incluyendo el 31 de marzo de 2016. Están excluidas de esta clase Schein, Patterson, Benco, y Burkhart (incluyendo sus subsidiarias, entidades afiliadas, y empleados), y todos las entidades y agencias federales o estatales*» (énfasis agregado)⁵⁴.

De lo anterior se infiere que, en materia de acciones de clase, las cortes de los Estados Unidos de América no exigen determinar con exactitud la cantidad de demandantes ni el daño individual sufrido por cada uno de ellos, siendo suficiente una estimación «razonable» o basada en el «sentido común».

Otro caso reciente y pertinente, no de los Estados Unidos de América sino de una jurisdicción mucho más cercana, tanto en términos geográficos como de tradición jurídica, es *Sernac v. CMPC Tissue* [2017], ocurrido en Chile. Aquí el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, el Sernac) y las asociaciones de consumidores ODECU y CONADECUS arribaron a un acuerdo conciliatorio con la empresa CMPC Tissue S.A., por los daños ocasionados a los consumidores como consecuencia de la fijación concertada del precio en el mercado del papel higiénico⁵⁵.

⁴⁹ RUBENSTEIN, William B., op. cit., págs. 560-561.

⁵⁰ Si bien la Regla Federal 23 de Procedimiento Civil de los EE.UU. establece otros requisitos cuya profundización no es relevante para el presente informe, como la comunidad (*commonality*), tipicidad (*typicality*) y adecuación (*adequacy*), es importante resaltar que según RUBENSTEIN [2016] estos generalmente no presentan problemas en casos de *class actions* por daños derivados de conductas anticompetitivas, sobre todo en fijación de precios, conforme la doctrina y jurisprudencia confirman. En: RUBENSTEIN, William B., op. cit., págs. 600-603.

⁵¹ *Ibid.*, págs. 549-562.

⁵² *Ibid.*, págs. 558-559.

⁵³ Acuerdo conciliatorio aprobado judicialmente disponible en:

http://www.dentalsuppliesantitrustclassaction.com/DocumentHandler.ashx?DocPath=/Documents/Class_Settlement_Agreement_9_28_18_Final_Execution_Copy.pdf

⁵⁴ Otro caso afín, si bien referido exclusivamente a competidores y no a consumidores, es *Allen v. Dairy Farmers of America, Inc* [2012] una *class action* iniciada por dueños de granjas de leche contra dos asociaciones que agrupaban empresarios de dicho rubro, así como contra dos empresas procesadoras de leche, por los daños derivados de la fijación concertada de precios en el mercado de granjas lecheras. En dicho proceso, la clase certificada fue “*Todos los granjeros de leche, sean individuales, entidades o miembros de cooperativas, que hayan producido leche “Grade A” en “Order 1” dentro del período de 1ro de enero de 2002 hasta la fecha de la notificación*”. Asimismo, como en *In re Dental Supplies Antitrust Litigation*, se excluyó expresamente a los directivos de las empresas demandadas. La aprobación judicial del respectivo acuerdo conciliatorio está disponible en: <https://www.cohenmilstein.com/sites/default/files/media/1007.pdf>

⁵⁵ Si bien en el acuerdo conciliatorio se menciona el término «papel tissue» para referirse al producto relevante, otros pronunciamientos oficiales y públicos del Sernac aclaran que el caso se refiere a lo que, en el contexto peruano, conocemos como «papel higiénico». Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-propertyvalue-59118.html>. Ello es confirmado por la cobertura mediática: <https://www.24horas.cl/economia/colusion-en-papel-higienico-sernac-anuncia-que-cerca-de-600-mil-personas-recibiran-14-mil-pesos-adicionales-3451917>

En dicho acuerdo, se consideró que el universo de consumidores afectados estaba constituido por: «*personas que tengan a lo menos 18 años a la fecha en quede ejecutoriada la sentencia que tenga por aprobada la conciliación que se materializará entre SERNAC, ODECU y CONADECUS y CMPC Tissue S.A. y que cuentan con cédula de identidad*»⁵⁶.

Como puede apreciarse, en los dos casos citados sobre responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados como consecuencia de la fijación concertada de precios, existen características comunes fundamentales al momento de abordar cuál es la clase representada o, en otras palabras, a quiénes se va a resarcir.

En ninguno de estos casos se individualiza a cada una de las personas que han sufrido concretamente los daños como consecuencia de la fijación concertada de precios, ni tampoco se precisa su número exacto; sino que basta con señalar la clase a la que razonablemente pertenecen, de modo general, dentro del período en que se realizó la conducta, siendo que en ninguno de los casos se estima la cantidad de consumidores afectados.

En efecto, en *In re Dental Supplies Antitrust Litigation*, la clase certificada estuvo constituida por todas las personas que compraron productos de las demandadas en el período materia del proceso. De otro lado, en el caso chileno del papel higiénico, se determinó que la clase de consumidores afectados fueron todas las personas mayores de 18 años en el período materia de investigación, lo cual permite estimar la cantidad de miembros de dicha clase.

El hecho de que, al momento de establecer el universo de consumidores afectados, sea suficiente señalarlos de modo general dentro del período en que se realizó la conducta, se condice con una estimación «razonable» o basada en el «sentido común» por la propia naturaleza de las acciones de clase.

De allí que los presentes Lineamientos hayan establecido que, para determinar a la clase o grupo de consumidores afectados, será suficiente una estimación razonable debidamente motivada. Por ejemplo, si se trata de una práctica colusoria horizontal consistente en la fijación concertada de precios, será suficiente señalar que la clase afectada incluye a los consumidores que han comprado el producto objeto del cártel en el período relevante y estimar la cantidad de miembros que componen dicha clase bajo un criterio razonable y debidamente motivado, pero sin necesidad de presentar pruebas fehacientes o cálculos exactos al respecto.

5. PLAZO PRESCRIPTIVO PARA PLANTEAR LA DEMANDA DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS

El artículo 5 de los Lineamientos resalta que la acción para plantear la demanda de resarcimiento de daños, regulada por el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, prescribe a los dos años contados desde que queda firme la resolución que declara la existencia de la conducta anticompetitiva que ocasionó dichos perjuicios.

El plazo prescriptivo de dos años se sustenta en el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil⁵⁷, el cual establece que la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual prescribe a los dos años. Resulta indudable que los daños que son resultado de una conducta anticompetitiva, para efectos de la responsabilidad civil, tienen naturaleza extracontractual pues derivan de una infracción a la ley y no de un incumplimiento contractual.

⁵⁶ Acuerdo celebrado entre SERNAC, CONADECU, ODECU y CMPC Tissue S.A el 27 de enero de 2017 en Santiago de Chile. Punto II. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/604/articles-5247_archivo_01.pdf

⁵⁷ Código Civil

Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

[...]

4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

La regla en virtud de la cual el cómputo del plazo prescriptorio de dos años inicia cuando quede firme la resolución que declara la existencia de la conducta anticompetitiva, se fundamenta en el artículo 1993 del Código Civil⁵⁸, el cual establece que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. De allí que en el presente caso los Lineamientos hayan establecido que ese momento se da con la firmeza de la resolución que declara la existencia de la conducta anticompetitiva, pues este es el último elemento del supuesto de hecho, descrito en el artículo 2 de los Lineamientos, que habilita a la Comisión a promover los procesos judiciales de resarcimiento de daños.

A mayor abundamiento, esta regla se alinea con lo señalado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 3279-2013, donde se precisó que el plazo de prescripción para el inicio del proceso judicial de resarcimiento de daños derivados de una conducta anticompetitiva se computa desde que puede plantearse efectivamente la demanda, lo cual no ocurre cuando la resolución administrativa que declara la responsabilidad por la infracción cometida es materia de controversia en un proceso contencioso administrativo, en cuyo caso deberá esperarse a su definitiva conclusión.

Ahora bien, los Lineamientos también establecen que cuando una resolución que declara la existencia de una conducta anticompetitiva quede firme y ello sea notificado a la Secretaría Técnica, esta publique una nota sucinta en la página web del Indecopi y, como mínimo, en una de sus redes sociales, precisando la fecha en que se produjo la firmeza y resumiendo el contenido de la resolución.

Esta regla se sustenta en que en algunos casos las asociaciones de consumidores también podrán promover estos procesos judiciales de resarcimiento de daños, conforme al artículo 9 de los Lineamientos. Sin embargo, a pesar de que dicho conocimiento es determinante para que puedan ejercitar sus respectivas acciones resarcitorias, a diferencia del Indecopi, las asociaciones en principio no toman conocimiento de la firmeza de una resolución que declara la existencia de una conducta anticompetitiva, a menos que exista una debida publicidad de esta situación.

En este punto, cabe destacar que, respecto de la aplicación del artículo 1993 del Código Civil al plazo prescriptorio de dos años de las acciones por responsabilidad civil extracontractual, Huanco y Palmadera (2005) han precisado que su cómputo se inicia desde que la víctima puede conocer el daño, opción legislativa que brinda una tutela adecuada e integral a la víctima⁵⁹.

Por ello, se ha establecido como regla la publicación de una nota sucinta en la página web y redes sociales del Indecopi, para facilitar que la sociedad en general y, en particular, las asociaciones de consumidores puedan conocer de la existencia de una decisión firme que determina responsabilidad administrativa de los agentes económicos infractores y que estos podrían ser demandados por daños resarcibles derivados de sus conductas anticompetitivas.

58 Código Civil

Artículo 1993.- La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho

59 HUANCO, Henry y Doris PALMADERA. *Comentarios al artículo 2001.4 del Código Civil sobre el plazo prescriptorio de la acción por responsabilidad civil extracontractual*. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo X (Responsabilidad Civil Extracontractual, Prescripción y Caducidad, Registros Públicos, Derecho Internacional Privado y el Título Final). Gaceta Jurídica, Lima, 2005, págs. 331-332.

6. EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE PROMOVER EL PROCESO JUDICIAL DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS

La Comisión estará habilitada para ejercer la facultad prevista en el artículo 52 del Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas una vez que, previo informe de la Secretaría Técnica: (i) verifique que el caso concreto se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo previamente delimitados; (ii) determine la clase de consumidores afectados; (iii) verifique que se encuentra dentro del respectivo plazo prescriptorio; y (iv) determine que se cumplen otros presupuestos procesales pertinentes.

Cabe subrayar que se trata de una facultad (y no un deber) de la Comisión, tal como indica el artículo 6.1 de los Lineamientos al precisar que dicho órgano «podrá» (y no «deberá») plantear una demanda resarcitoria en el escenario descrito en el párrafo anterior, de conformidad con el artículo 52 del Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicho de otro modo, la Comisión tiene una potestad discrecional, por lo que podría darse el supuesto en que, pese a que se cumplan los presupuestos procesales antes señalados, dicho órgano decida no interponer la demanda por circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, en caso la Comisión decida ejercer la referida facultad, el artículo 6.2 de los Lineamientos precisa que deberá comunicar su decisión de promover el proceso judicial de resarcimiento de daños a la Gerencia Legal del Indecopi a fin de coordinar con esta la interposición de la correspondiente demanda y la realización de los demás actos necesarios para su ejecución.

Esta disposición se sustenta en el artículo 62 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, en virtud del cual la Gerencia Legal del Indecopi tiene entre sus funciones: asumir las acciones relativas a las actuaciones procesales del Indecopi; dirigir, coordinar y supervisar el patrocinio de los procesos judiciales en los que es parte el Indecopi⁶⁰.

7. PUBLICIDAD DE LA DEMANDA Y OPT-OUT

7.1. Publicidad de la demanda

El artículo 7.1 de los Lineamientos garantiza que, una vez admitida la demanda de resarcimiento de daños presentada conforme al artículo anterior, ello se haga de conocimiento público a efectos de informar a los consumidores que están siendo tutelados a través del actuar del Indecopi. La publicidad de la demanda guarda coherencia con el hecho de que el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas faculta a la Comisión a promover este tipo de demandas en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, estableciendo una suerte de acción representativa, siendo relevante que los consumidores puedan conocer la existencia de la demanda.

**60 Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi
Artículo 62.- Gerencia Legal**

La Gerencia Legal es la encargada de prestar asesoría legal a todos los órganos que conforman la estructura orgánico administrativa y orgánico resolutoria del INDECOPI. Sus funciones generales son las siguientes:

[...]

b) Dirigir, coordinar y supervisar el patrocinio de los procesos judiciales o administrativos en los que es parte el INDECOPI, conforme a las facultades que confiera el Consejo Directivo.

Sobre el particular, cabe destacar que en materia de responsabilidad civil por infracciones al Derecho de la Competencia y mecanismos de resarcimiento colectivo, en el 2008 la Comisión Europea sugirió tomar en cuenta el modelo de acciones representativas, a las cuales definió como aquellas ejercidas por entidades calificadas, como asociaciones de consumidores, órganos estatales o asociaciones gremiales de empresas, en nombre de víctimas identificadas o, en limitados casos, de víctimas identificables; siendo usualmente designadas de antemano o certificadas sobre la base de un criterio *ad hoc* para una particular infracción al Derecho de la Competencia⁶¹.

En términos similares, países como Chile cuentan con acciones representativas para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores. Así, el artículo 51 de su Ley 19496, que data del 1997 pero fue modificada en 2004 y 2011, regula el proceso judicial especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, precisando que este se iniciará por demanda presentada por el Sernac, la autoridad nacional en materia de protección al consumidor, o por asociaciones de consumidores debidamente autorizadas, entre otros. Dicho modelo ha sido empleado en los procesos judiciales iniciados por el Sernac para obtener el resarcimiento de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas. A modo de ejemplo, puede mencionarse el caso *Sernac v. CMPC Tissue* (2017), previamente citado⁶².

La regulación del segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sigue el modelo de acciones representativas antes mencionado, siendo coherente con este diseño legislativo el que la presentación de la respectiva demanda en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores pueda ser conocida por estos. De allí que el artículo 7.1 haga efectiva la publicidad de la demanda y establezca el contenido mínimo de tal comunicación, obligando a la Secretaría Técnica a publicar un resumen de los principales fundamentos de hecho y derecho de la demanda, precisando cuál es la clase de consumidores cuyos intereses difusos o colectivos están siendo protegidos.

Cabe precisar que se ha previsto que dicha comunicación se efectúe, como máximo, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación de la admisión de la demanda al Indecopi.

7.2. Derecho de exclusión (*Opt-out*)

Ahora bien, el artículo 7 de los Lineamientos combina el modelo de acción representativa con un mecanismo *opt-out*. Sobre el particular, cabe destacar que en materia de responsabilidad civil por infracciones al Derecho de la Competencia y mecanismos de resarcimiento colectivo se distinguen entre modelos «*opt-in*» y «*opt-out*».

El modelo *opt-in* se caracteriza por la necesidad de que las víctimas opten expresamente por combinar sus pretensiones individuales de resarcimiento en una sola demanda, de modo tal que quienes no dan esa autorización expresa estarán excluidos de los efectos del proceso judicial respectivo. Según los defensores del *opt-in*, su mayor ventaja es no incentivar abusos del sistema de acciones judiciales y, por tanto, el riesgo de sobrecompensación. Por su parte, sus detractores consideran que la mayor desventaja es que ignora la falta de incentivos para plantear individualmente este tipo de demandas resarcitorias, conforme a lo señalado en la introducción de la presente Exposición de Motivos.

⁶¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, 2008, pág. 4. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_es.pdf

⁶² Acuerdo celebrado entre SERNAC, CONADECU, ODECU y CMPC Tissue S.A el 27 de enero de 2017 en Santiago de Chile. Punto II. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/604/articulos-5247_archivo_01.pdf

Por su parte, el modelo *opt-out* se distingue porque, en principio, todas las pretensiones individuales de resarcimiento de las víctimas estarán incluidas en la demanda de quienes tengan legitimidad para representarlas, otorgándole a los presuntos afectados el derecho a optar por excluirse de los efectos del proceso judicial correspondiente en caso deseen accionar individualmente. En términos inversos a lo que sucede con el modelo *opt-in*, según los defensores del *opt-out* su mayor ventaja es solucionar el problema de la falta de incentivos para plantear individualmente este tipo de demandas resarcitorias, mientras que sus detractores la critican por generar riesgos de sobrecompensación, encareciendo injustificadamente el sistema para las partes demandadas.

En este orden de ideas, la Comisión Europea ha sugerido combinar el modelo de acciones representativas con un mecanismo *opt-in* en el documento del 2008 citado precedentemente⁶³. Sin embargo, luego de analizar la evolución de la implementación de la Directiva 2014/104/UE (que, por cierto, no se pronuncia expresamente sobre los modelos *opt in* u *opt out*) por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, Rodger, Sousa Ferro y Marcos (2019) han criticado la recomendación de la Comisión Europea, señalando que no hay un ejemplo, en ningún lugar de la Unión Europea, de un mecanismo *opt-in* que haya llevado a la compensación de un grupo significativo de consumidores.

Los referidos autores indican textualmente que «[l]a literatura académica sobre remedios colectivos parece apuntar unánimemente al valor y la utilidad de mecanismos *opt-out*, pero los legisladores de la Unión Europea en particular se mantienen reacios a reconocer esto, incluso a la luz de inequívoca evidencia de que los mecanismos *opt-in* no funcionan y no pueden funcionar. Por lo menos, debe ser reconocido que un mecanismo *opt-in* es incapaz de superar la apatía racional por demandas limitadas a muy pequeños montos (donde el costo-oportunidad de obtener información y adoptar los pasos necesarios para seguir una acción exceden el beneficio potencial)»⁶⁴.

El artículo 7 de los Lineamientos se alinea con lo indicado por los referidos autores, desarrollando el modelo de acción representativa establecido por el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas pero combinándolo con un mecanismo *opt-out*, lo cual guarda coherencia con la finalidad de dicha norma, descrita al inicio del presente documento, esto es, responder a la falta de incentivos que tienen los consumidores para pretender individualmente en sede judicial el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de conductas anticompetitivas.

En este contexto, el numeral (ii) del artículo 7.1 de los Lineamientos establece que la Secretaría Técnica, a través del comunicado público, informará a los consumidores pertenecientes a la clase afectada sobre su derecho a optar por excluirse de los efectos del proceso judicial promovido por la Comisión y, por tanto, reservarse su derecho de demandar individualmente el resarcimiento de daños conforme al primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Para tal efecto, el consumidor que opte por excluirse deberá informar de ello a través de un escrito simple, presentado en la mesa de partes virtual del Indecopi o de forma presencial en la mesa de partes física ubicada en las oficinas del Indecopi (u otro canal oficial habilitado) y dirigido a la Secretaría Técnica, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la comunicación.

Asimismo, el artículo 7.2 precisa que el ejercicio de la opción de excluirse no enerva la legitimidad de la Comisión para promover el proceso judicial de resarcimiento en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, sino que, más bien, ello es informado por la Gerencia Legal del Indecopi al juez correspondiente a efectos de que lo considere en la cuantificación del monto resarcitorio. A modo de ejemplo, si en un caso se determina que la suma resarcitoria que corresponde a toda la clase asciende a S/ 1 000 000 (un millón de soles) en partes iguales para diez

⁶³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, 2008, pág. 4. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_es.pdf

⁶⁴ RODGER, Barry James, SOUSA Ferro, Miguel y MARCOS, Francisco, op. cit., pág. 23.

mil afectados, siendo que cada compensación individual asciende a S/ 100 y que cien consumidores ejercitaron su derecho *opt-out* a excluirse, el juez debería descontar S/ 10 000 (diez mil soles) de la suma resarcitoria inicialmente determinada.

Por su parte, el artículo 7.3 establece que el cargo de recepción del Indecopi respecto del escrito mediante el cual el consumidor comunicó el ejercicio de su derecho de excluirse conforme al numeral (ii) del artículo 7.1, podrá ser adjuntado por dicho consumidor a la demanda de resarcimiento de daños que interponga individualmente, a efectos de acreditar su legitimidad para obrar. Esta disposición busca ayudar a canalizar la pretensión del consumidor que se ha excluido del proceso promovido por el Indecopi y decide accionar individualmente.

Cabe resaltar que, con las dos disposiciones antes señaladas, los Lineamientos buscan evitar que se generen supuestos de sobrecompensación, por ejemplo que el mismo daño individual sea resarcido dos veces, circunstancia que, como se ha señalado, constituye la principal crítica contra los mecanismos *opt-out*.

Ahora bien, es importante destacar que el numeral (ii) del artículo 7.1 de los Lineamientos otorga a la Secretaría Técnica la facultad discrecional de decidir en qué casos el comunicado público incluirá la indicación del *opt-out*, en tanto pueden darse escenarios donde dicha indicación no sea recomendable pues generaría expectativas en los consumidores que no podrán ser satisfechas. Piénsese, por ejemplo, en supuestos en los que el plazo prescriptorio de dos años ya transcurrió debido al tiempo que el órgano jurisdiccional se tomó en calificar la demanda del Indecopi y notificar el auto admisorio.

7.3. Acreditación de la pertenencia a la clase y desincentivo de presentación de información falsa o documentación fraudulenta

De otro lado, el numeral (iii) del artículo 7.1 otorga a la Secretaría Técnica la facultad discrecional de decidir en qué casos el comunicado público incluirá la indicación de que los consumidores pertenecientes a la clase protegida deben presentar a la Secretaría Técnica comprobantes de pago u otros documentos que acrediten su pertenencia a la referida clase a fin de recibir la parte correspondiente del resarcimiento demandado judicialmente en caso la sentencia sea favorable. El plazo para cumplir con esta indicación vencerá a los 30 días hábiles siguientes a la comunicación del Indecopi. En este punto, cabe destacar que la Secretaría Técnica dará preferencia a la presentación de dichos documentos a través de medios virtuales que permitan un procesamiento automatizado de la información.

Esta facultad discrecional se sustenta en que la gran mayoría de casos que son materia de los presentes Lineamientos, por su propia naturaleza, no permiten identificar de manera específica a cada uno de los consumidores afectados en la clase protegida (es decir, obtener por lo menos sus nombres, apellidos y números de documentos de identidad).

Por excepción, debido a la naturaleza del bien o servicio materia de la conducta anticompetitiva y/o el tiempo transcurrido desde la infracción, en algunos casos será razonable inferir que los consumidores habrían conservado los comprobantes de pago u otros documentos que acrediten su pertenencia a la clase protegida. En dicho escenario, la Secretaría Técnica puede pedir la colaboración de dichos consumidores a efectos de identificarlos de manera específica y, al momento de ejecutar la condena resarcitoria, poder compensarlos directamente, cumpliéndose con la función compensatoria de la responsabilidad civil.

En los casos en que sea imposible individualizar a los consumidores afectados, los mecanismos de compensación indirecta constituyen una alternativa subsidiaria, como se explica en relación con el artículo 8 de los Lineamientos.

Por otra parte, también pueden presentarse escenarios en que, por los términos amplios en que se ha establecido la clase protegida, no será necesario exigir actuaciones probatorias adicionales. Un ejemplo de esto se daría si se presentase un caso similar a *Sernac v. CMPC Tissue* (2017), ocurrido en Chile, donde la clase protegida incluyó a los ciudadanos chilenos mayores de edad, y no se les requirió que acrediten haber comprado el producto materia del cártel (papel higiénico).

Por todo lo expuesto, se ha optado por reconocer la discrecionalidad de la Secretaría Técnica para determinar en qué casos el comunicado público incluirá la indicación de solicitar la colaboración probatoria de los consumidores presuntamente afectados. Dicha discrecionalidad incluye también los términos en los que tal comunicación será redactada.

Finalmente, para desincentivar la presentación de información falsa o documentación fraudulenta (por ejemplo, que una persona afirme pertenecer a la clase protegida de consumidores afectados sin tener dicha condición, o falsificar comprobantes de pago para probar la pertenencia a dicha clase), el artículo 7.4 de los Lineamientos establece que la persona que realice tal acción incurrirá en responsabilidad administrativa por infracción del artículo 46.7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que correspondan.

8. EJECUCIÓN DE LA CONDENA RESARCITORIA

En caso la demanda de resarcimiento de daños promovida por la Comisión sea declarada fundada y, en consecuencia, el juez conceda total o parcialmente el resarcimiento solicitado, surge el problema operativo de que cómo se va a ejecutar dicha condena resarcitoria.

En este punto, es importante recordar que, conforme al artículo 4 de los Lineamientos, el informe de la Secretaría Técnica aprobado por la Comisión que sustentó la presentación de la demanda de resarcimiento de daños, determina a la clase de consumidores afectados, habiendo sido suficiente para tal efecto una estimación razonable debidamente motivada.

Sin embargo, para ejecutar la condena resarcitoria establecida por el juez se requiere de mayor exactitud respecto de quiénes van a recibir el monto resarcitorio. Al respecto, debe recordarse que el Indecopi no ha interpuesto la demanda en nombre propio, sino en defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores afectados por las conductas anticompetitivas declaradas en una resolución firme⁶⁵.

Sobre el particular, a continuación se examinan dos herramientas desarrolladas a nivel comparado para cumplir tanto con la función compensatoria como con la función preventiva o de desincentivo de la responsabilidad civil. En primer lugar, la compensación directa a los consumidores de la clase que han sido adecuadamente identificados. En segundo lugar, la compensación indirecta que puede materializarse, por ejemplo, a través de la entrega de fondos

⁶⁵ La misma situación se presentará si el Indecopi y una o más empresas demandadas arriban a una transacción judicial o extrajudicial, lo cual es posible jurídicamente conforme a los artículos 1302 y siguientes del Código Civil y los artículos 334 y siguientes del Código Procesal Civil, siempre que el resarcimiento se destine a los consumidores afectados y no al Indecopi, para no desnaturalizar la finalidad del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

a entidades benéficas o sin fines de lucro. Cabe adelantar que estas medidas pueden ser complementarias y no necesariamente excluyentes. Por ejemplo, si luego de intentar compensar directamente a los consumidores queda un saldo no reclamado del monto resarcitorio, podría evaluarse destinar dicho remanente a entidades benéficas o sin fines de lucro.

8.1. Primer mecanismo: compensar directamente a los consumidores

Una primera alternativa consiste en hacer un esfuerzo razonable para compensar directamente a cada uno de los consumidores involucrados. Este modelo puede presentarse, principalmente, a través de dos modalidades: la primera a cargo de un ente privado y la segunda a cargo del Estado.

En la **primera modalidad**, la labor de compensar directamente a los consumidores involucrados la asume un particular aprobado por el órgano judicial, denominado «administrador de reclamaciones» (*Claims Administrator*).

Un ejemplo claro de esta modalidad es *In re Dental Supplies Antitrust Litigation* (2019), citado anteriormente, donde en virtud a un acuerdo conciliatorio⁶⁶ las demandadas se obligaron a pagar como monto resarcitorio una suma ascendente a 80 millones de dólares a favor de «*Todas las personas o entidades que compraron productos de Schein, Patterson, Benco, Burkhardt, o cualquier combinación de ellos, entre el 31 de Agosto de 2008 hasta e incluyendo el 31 de marzo de 2016*». La ejecución de esta condena resarcitoria se aprobó de la siguiente manera:

- Se designó un banco encargado de recibir e invertir el monto total resarcitorio que las demandadas aceptaron pagar, así como de facilitar el posterior pago a los consumidores empadronados.
- Se designó un *Claims Administrator*, encargado de la notificación y el empadronamiento de los consumidores afectados, el que hasta la fecha gestiona una página web que informa a los consumidores que pertenecen a la clase certificada sobre el proceso de empadronamiento, notificación y compensación directa.
- Dicho proceso implica básicamente que, para recibir una compensación, estos consumidores deben registrarse hasta una fecha límite, luego de lo cual recibirán el historial de compras de las empresas demandadas junto con un formulario.
- Si los consumidores están incluidos dentro de ese registro de compras, se les pedirá que firmen y envíen el formulario recibido y no tendrán que presentar información adicional.
- Si no están incluidos, deberán adjuntar documentación adicional para probar la compra que alegan.
- Luego de terminado el proceso y una vez descontados los costos administrativos, el monto resarcitorio es distribuido entre los consumidores acreditados conforme a un plan de distribución publicado en la página web⁶⁷.

Como puede apreciarse, esta modalidad tuvo una característica fundamental que facilitó su implementación pues, además de la cuantiosa suma resarcitoria, en este caso se contaba con el registro de compras de las demandadas, disminuyendo sustancialmente los costos administrativos de empadronar a los consumidores involucrados y permitiendo trasladar a estos últimos una parte del procedimiento de ejecución.

Una **segunda modalidad**, dentro de esta alternativa, es aquella en la cual la tarea de empadronar, notificar y compensar directamente a los consumidores involucrados la asume directamente el Estado.

⁶⁶ Acuerdo conciliatorio aprobado judicialmente disponible en http://www.dentalsuppliesantitrustclassaction.com/DocumentHandler.ashx?DocPath=/Documents/Class_Settlement_Agreement_9_28_18_Final_Execution_Copy_.pdf

⁶⁷ Ver: <http://www.dentalsuppliesantitrustclassaction.com/>

Así, en el caso *Sernac v. CMPC Tissue* (2017), producto de la mediación colectiva la demandada se obligó a pagar el monto resarcitorio global de 150 millones de dólares a favor de «*todas las personas que tengan a lo menos 18 años a la fecha en quede ejecutoriada la sentencia que tenga por aprobada la conciliación que se materializará entre SERNAC, ODECU y CONADECUS y CMPC Tissue S.A. y que cuentan con cédula de identidad*». La ejecución de esta condena resarcitoria se programó de la siguiente manera:

- La empresa demandada se obligó a depositar el monto resarcitorio dentro de los 15 días siguientes a la emisión de la sentencia firme y ejecutoriada respecto del acuerdo.
- Sin perjuicio de lo anterior, la demandada se obligó, dentro de los 45 días siguientes a la firma del acuerdo pendiente de aprobación judicial, a depositar el monto en una cuenta propia. Con ello, los intereses generados contribuirían a financiar el costo de implementación de la compensación.
- Sernac informará a través de su página web sobre el procedimiento de empadronamiento y pago, y se encargará de gestionarlo⁶⁸.
- Esencialmente, todos los consumidores mayores de edad que encajaban en la clase afectada debían registrar sus datos en una página web para recibir el respectivo pago en sus cuentas bancarias⁶⁹. El monto de compensación ascendía a poco más de USD 9 (nueve dólares) por persona, aproximadamente.

De lo anterior se infiere que, además de la suma resarcitoria, este caso tuvo una característica fundamental que facilitó su funcionamiento: el haber determinado la clase afectada de manera amplia, al punto de que incluía a todos los ciudadanos mayores de edad, disminuyendo sustancialmente los costos de individualización de los afectados, pues el procedimiento básicamente consistía en que los ciudadanos mayores de edad debían registrarse en una página web sin presentar documentación adicional.

Ahora bien, puede afirmarse que este mecanismo de ejecución de condena resarcitoria, consistente en hacer un esfuerzo razonable para empadronar, notificar y compensar directamente a los consumidores identificados, tanto en su modalidad a cargo de un tercero administrador (privado) como aquella a cargo del Estado, tiene la clara ventaja de cumplir con la función compensatoria de la responsabilidad civil.

En contraste, este mecanismo tiene la clara desventaja de los costos administrativos en que se incurre para empadronar, notificar y compensar directamente a los consumidores afectados miembros de la clase.

Estos costos administrativos, sin embargo, pueden ser amortiguados en casos como *In re Dental Supplies Antitrust Litigation* o *Sernac v. CMPC Tissue*, donde las sumas resarcitorias eran considerablemente altas (80 y 150 millones de dólares, respectivamente), lo cual permitió cubrirlos adecuadamente.

A mayor abundamiento, como se ha indicado, en el caso *Sernac v. CMPC Tissue*, el universo de consumidores afectados fue establecido de forma tan amplia que incluyó a todos los consumidores mayores de edad, de modo tal que la labor de empadronamiento se simplificó. Asimismo, en dicho caso chileno, el 98% de esa población adulta tenía acceso a algún tipo de producto financiero, siendo los servicios de administración de efectivo los de mayor penetración, llegando al 76%⁷⁰, lo cual facilitó la compensación directa.

⁶⁸ Ver: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-propertyvalue-59118.html>

⁶⁹ Lo anterior, salvo que estas personas recibieran pensiones del Estado, en cuyo caso no necesitaban inscribirse y recibían el pago directamente.

⁷⁰ Ver el *Informe de Inclusión Financiera en Chile 2016* de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, pág. 35. Disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11243.pdf

8.2. Segundo mecanismo: compensación indirecta (*fluid recovery*)

Esta alternativa surge como respuesta a los casos en los que compensar directamente a cada uno de los consumidores involucrados es imposible o irrazonable, considerando los altos costos en los que se incurriría, sea porque no se cuenta con el registro de los compradores⁷¹ o porque el universo de consumidores afectados no ha sido establecido de una manera que permita ahorrar los costos de administración de las reparaciones⁷².

Tal como indica Tolosa (2017), el *fluid recovery* es un mecanismo de ejecución colectiva en las *class actions* o procesos colectivos del *Common Law* y se refiere al conjunto de alternativas institucionales que consisten en una solución global que beneficia a toda la clase de consumidores o usuarios, sin distinguir si fueron o no afectados y que, por tanto, no implican una compensación directa y exclusiva a los damnificados⁷³.

En tal sentido, para la referida autora, el *fluid recovery* responde al problema generado «[c]uando la compensación efectiva de cada consumidor damnificado implica la necesidad de que cada uno se presente a liquidar sus daños individuales, y no tengan incentivos suficientes para hacerlo, o bien resulte excesivamente costoso garantizar esta instancia por las dificultades para individualizar, localizar y notificar a los afectados, por ejemplo, no será posible lograr al mismo tiempo una sentencia colectiva efectiva y la compensación individual directa de cada damnificado.

Sin embargo, si se considera un objetivo valioso promover la prevención de daños, igualmente será preferible ejecutar la sentencia colectiva a los fines de lograr que el demandado internalice el costo de los daños causados. La ejecución efectiva de la sentencia implicará que el demandado (proveedor) asuma la totalidad del perjuicio producido en los hechos, aunque los consumidores no reciban directamente compensación alguna⁷⁴.

En este punto, es importante subrayar que tanto en la experiencia jurídica de EE.UU. como en la experiencia continental europea, las dos principales funciones de la responsabilidad civil son, por un lado, (i) garantizar un adecuado resarcimiento a favor del sujeto dañado (función compensatoria) y, por otro lado, (ii) inducir a potenciales agentes dañosos a modificar su conducta para evitar que se repitan hechos dañosos en el futuro (función preventiva o de desincentivo)⁷⁵.

Así, la finalidad del *fluid recovery* es priorizar la función preventiva de la responsabilidad civil cuando la finalidad compensatoria sea excesivamente costosa, tanto para la entidad encargada de la ejecución de la condena resarcitoria (debido a los altos costos de empadronamiento y notificación en los que tendría que incurrir), como para los propios consumidores afectados, quienes podrían no tener los incentivos suficientes para colaborar con un esquema donde se les exija realizar una serie de actuaciones onerosas para poder acceder a un resarcimiento, con frecuencia, de escasa cuantía.

Lo anterior se alinea con lo señalado por Rubenstein (2016), respecto de la importancia, para las Cortes de EE.UU., de que un infractor no eluda su responsabilidad únicamente por la imprecisión del cálculo del daño derivado de sus acciones⁷⁶. El mismo razonamiento puede trasladarse al ámbito de la ejecución de la condena resarcitoria en los términos antes expuestos.

⁷¹ Como si se tenía en *In re Dental Supplies Antitrust Litigation*.

⁷² Como si se estableció en *Sernac v. CMPC Tissue*, donde se trataba de todas las personas mayores de edad.

⁷³ TOLOSA, Pamela (2017) «Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y *fluid recovery*: alternativas institucionales y costos sociales». *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*: Vol. 3 : Iss. 1 , pág. 80. Disponible en: <http://iajile.alacde.org/journal/vol3/iss1/3>

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 78.

⁷⁵ PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilità Civile. Profili di diritto comparato* (1992), págs. 23 y 24. Cabe reiterar que el autor también menciona a la función punitiva de la responsabilidad civil, pero precisa que si bien esta es aceptada dentro de la experiencia jurídica norteamericana, ello no es así en la experiencia continental europea.

⁷⁶ RUBENSTEIN, William B, op. cit., págs. 735-36.

Una alternativa de *fluid recovery* es destinar los fondos que se paguen en concepto de condena colectiva a una entidad preexistente cuya finalidad sea benéfica o sin fines de lucro. Un ejemplo de esta modalidad es *Toys R Us Antitrust Litigation* (2000), caso en el que la Federal Trade Commission (FTC) de EE.UU. denunció a Toys R Us, una comercializadora mayorista de juguetes con una participación de aproximadamente el 20% de todas las ventas de juguetes en EE.UU, por haber realizado acuerdos con fabricantes de juguetes con el objeto de impedir que ciertos juguetes se vendan en tiendas con descuentos y que la oferta de ciertos juguetes sea restringida⁷⁷.

En este contexto, diversos representantes de los consumidores y múltiples estados interpusieron una *class action* contra Toys R Us, que concluyó con una transacción por la cual la demandada aceptó pagar una suma resarcitoria, siendo que la mayor parte de esta se destinó a una entidad benéfica encargada de repartir juguetes a niños⁷⁸.

Tolosa (2017) señala que «[l]a principal ventaja que [los mecanismos de *fluid recovery*] presentan es que facilitan la ejecución de la sentencia colectiva y, de este modo, permiten internalizar los costos de los daños por parte de quien los causó. Si bien no apuntan a la compensación efectiva a los damnificados, no obstante, generalmente se exige que beneficien a la clase de consumidores afectados»⁷⁹.

En tal sentido, la autora indica que estos mecanismos son ideales, como primera opción, cuando los costos de individualización, localización y notificación a los damnificados determinan que sea impracticable o imposible compensar directamente a cada uno de los consumidores involucrados. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando los consumidores mantuvieron una relación contractual durante un período pero ya no son clientes. De otro lado, estos mecanismos podrían ser utilizados como alternativa subsidiaria cuando resulte preferible la liquidación individual de los daños por las cuestiones de hecho implicadas, pero vencido el plazo para la presentación de los reclamos individuales, se comprueba que no se presentaron la totalidad de los damnificados a solicitar la compensación y existe un remanente⁸⁰.

Respecto de la modalidad que implica destinar el monto resarcitorio a entidades benéficas o sin fines de lucro, en particular, la principal ventaja es el ahorro de costos vinculados al empadronamiento y notificación de cada uno de los consumidores involucrados, pero también de los costos en que se incurrirían al elegir otras alternativas, como los costos de creación y administración de un fondo resarcitorio. Esta modalidad también implica menores costos de monitoreo, pues se entrega el dinero o bienes a una entidad que ya está funcionando y que simplemente los utilizará para su finalidad no lucrativa⁸¹.

Ahora bien, el *fluid recovery* no ha estado exento de críticas. Tolosa (2017) resalta que uno de los principales cuestionamientos es que estas alternativas no satisfacen adecuadamente el requisito de beneficiar a la clase afectada⁸² (es decir, generan el riesgo de infra compensación a los afectados). Este cuestionamiento, sin duda, incluye a la modalidad que implica destinar el monto resarcitorio a entidades benéficas o sin fines de lucro.

Sin embargo, para la autora, estos cuestionamientos se superan con la materialización de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil. Así, señala que: «La alternativa de *fluid recovery* evita que el demandado retenga las sumas que, según la sentencia, debe pagar por los daños causados. En la medida en que se trata de mecanismos

⁷⁷ TOLOSA, Pamela (2017), Op. Cit., pág. 83. Para más detalles sobre el caso en general puede verse: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/091-0082/toys-r-us-inc>

⁷⁸ Acuerdo conciliatorio disponible en: <https://ag.ny.gov/sites/default/files/pdfs/bureaus/antitrust/toysrus.pdf> [

⁷⁹ Tolosa, Pamela (2017), Op. Cit., pág. 79.

⁸⁰ Ibid., pág. 84-85.

⁸¹ Ibid., pág. 87-92.

⁸² Ibid., pág. 85.

que garantizan que la sentencia colectiva sea efectiva, apuntan a la función de prevención de daños [...] En tal sentido, esta alternativa resultará preferible a la opción de intentar la ejecución individual aun en casos en los cuales sea posible individualizar, localizar y notificar a los damnificados pero razonablemente se espere que estos no tengan incentivos adecuados para presentarse a liquidar sus daños individuales, sin perjuicio de que se asuma que existan daños diferenciados entre los afectados»⁸³.

8.3. Alternativa mixta plasmada en los Lineamientos

Como se ha observado, en el marco de la responsabilidad civil derivada de conductas anticompetitivas, una vez determinada la clase afectada en los términos antes indicados, los principales mecanismos para ejecutar la condena resarcitoria son:

- (i) **Compensación directa:** Que un tercero o el propio Estado haga un esfuerzo razonable para empadronar, notificar y compensar directamente a los consumidores involucrados. Esta modalidad tiene la ventaja de cumplir con la función compensatoria de la responsabilidad civil a través de una compensación directa. No obstante, tiene la desventaja de los altos costos en los que se incurre para empadronar y notificar a cada uno de los consumidores afectados, así como para hacer efectivo el resarcimiento. Estos costos, sin embargo, podrían ser amortiguados en casos donde se cuente con el registro de compras correspondiente o cuando el monto resarcitorio sea considerablemente alto como para cubrir los costos de gestión de la compensación.
- (ii) **Compensación indirecta (*fluid recovery*):** Entendido como el beneficio a favor de toda la clase de consumidores y que no implica una compensación directa exclusivamente a los damnificados. Ello puede significar, por ejemplo, destinar el monto resarcitorio a entidades benéficas o sin fines de lucro. Tiene la ventaja de permitir que se cumpla la función preventiva de la responsabilidad civil, cuando satisfacer la función compensatoria a través de una compensación directa sea imposible o impracticable, debido a los altos costos de gestión de la compensación.

Como ya se ha adelantado, ambos mecanismos no son necesariamente excluyentes entre sí, pudiendo utilizarse de manera complementaria. En tal sentido, teniendo en las funciones que cumple la responsabilidad civil, compensatoria y preventiva, los Lineamientos han optado por una alternativa mixta, consistente en agotar razonablemente las posibilidades de la compensación directa (a fin de cumplir tanto con la función compensatoria como preventiva) y, de no ser posible ello o de existir un saldo, aplicar una compensación indirecta (a fin de cumplir con la función preventiva).

Por ello se ha establecido que, en caso se ampare la demanda de resarcimiento de daños promovida por la Comisión y no exista disposición contraria del juez en la respectiva sentencia, o se arribe a una transacción judicial o extrajudicial, la condena resarcitoria se ejecutará de la siguiente forma: se priorizará la compensación directa a favor de los consumidores identificados en el expediente administrativo por la Secretaría Técnica y de los que hayan acreditado tal condición y, de no ser posible ello o de existir un saldo, se recurrirá a la compensación indirecta, pudiéndose transferir lo recaudado a favor de una o varias personas jurídicas sin fines de lucro oportunamente seleccionadas por la Comisión.

83 Ibid., pág. 86.

9. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

El artículo 153 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que las asociaciones de consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con el Código Civil y cuya finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios⁸⁴. En tal sentido, la Directiva 009-2013-DIR-COD-INDECOPI, denominada “Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidores” y aprobada mediante la Resolución 283-2013-INDECOPI-COD, regula los requisitos que deben cumplir dichas asociaciones para inscribirse en el Registro Oficial de Asociaciones de Consumidores del Indecopi, así como para celebrar convenios de cooperación institucional con el Indecopi.

Ahora bien, el citado artículo 153 del Código de Protección y Defensa del Consumidor concede a las asociaciones de consumidores la facultad de promover procesos judiciales en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, sujetándose a lo previsto en los artículos 130 y 131 de la referida ley.

El artículo 131.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece expresamente que si bien el Indecopi tiene la facultad de promover procesos judiciales en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, puede delegarla a las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas, siempre que cuenten con la adecuada representatividad y reconocida trayectoria⁸⁵.

En tal sentido, el Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de Intereses Colectivos de los Consumidores y el Fondo Especial para Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores, aprobado por Decreto Supremo 030-2011-PCM, precisa que la referida delegación se concreta a través de un acuerdo del Consejo Directivo del Indecopi⁸⁶. En tanto esta reglamentación se da en el marco del Código de Protección y Defensa del Consumidor, tal como señala su parte considerativa, queda claro que se aplica a la defensa judicial de intereses colectivos de los

84 Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 153.- Rol de las asociaciones de consumidores

153.1 Las asociaciones de consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios.

153.2 Las asociaciones de consumidores reconocidas por el Indecopi están legitimadas para interponer reclamos y denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y los demás órganos funcionales competentes del Indecopi a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder para tal efecto, así como en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

153.3 En la vía judicial pueden promover procesos en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, sujetándose a lo previsto en los artículos 130 y 131.

153.4 La legitimidad de las asociaciones de consumidores se extiende también para actuar a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder ante los organismos reguladores de los servicios públicos en los procesos en materia de protección al consumidor, así como en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

153.5 Mediante resolución de Consejo Directivo el Indecopi establece los órganos funcionales competentes a que se refiere el párrafo 153.2.

85 Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 131.- Procesos judiciales para la defensa de intereses colectivos de los consumidores

131.1 El Indecopi está facultado para promover procesos en defensa de intereses colectivos de los consumidores, los cuales se tramitan en la vía sumarísima, siendo de aplicación, en cuanto fuera pertinente, lo establecido en el artículo 82 del Código Procesal Civil. Asimismo, el Indecopi puede delegar la facultad señalada en el presente párrafo a las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas, siempre que cuenten con la adecuada representatividad y reconocida trayectoria.

En ambos casos, son de aplicación los plazos, reglas, condiciones o restricciones establecidas mediante Reglamento aprobado por Decreto Supremo.

86 Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de Intereses Colectivos de los Consumidores y el Fondo Especial para Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores, aprobado por Decreto Supremo 030-2011-PCM

Artículo 2.- Participación de las asociaciones de consumidores en los procesos judiciales para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores

2.1. Las asociaciones de consumidores podrán promover procesos judiciales en defensa de intereses colectivos de los consumidores siempre que el INDECOPI, previo acuerdo de su Consejo Directivo, les delegue tal facultad.

2.2. La delegación que efectúe el INDECOPI se realizará de oficio o a solicitud de cualquier asociación en cada caso en particular, y debe sustentarse en una evaluación que tenga en cuenta los siguientes aspectos:

a. La representatividad y trayectoria de la asociación de consumidores; y,

b. El precedente administrativo del caso materia de delegación a fin de verificar si la solicitante es la asociación de consumidores cuya denuncia en sede administrativa resulta ser materia del proceso judicial.

2.3. La transcripción del acta de la parte pertinente de la sesión del Consejo Directivo del INDECOPI en el que se acordó la delegación será puesta en conocimiento de la respectiva asociación de consumidores. Dicho documento servirá para acreditar la legitimidad para obrar de dicha asociación ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

2.4. La demanda que presente la asociación de consumidores deberá además cumplir con los requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, a efectos de su admisión

consumidores que sufren daños como consecuencia de infracciones a las normas de protección al consumidor, esto es, al referido Código.

Ahora bien, como se ha visto, en el caso particular de la defensa judicial de intereses colectivos de los consumidores que sufren daños como consecuencia de conductas anticompetitivas, el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece expresamente que la facultad para ejercer dicha representación corresponde a la Comisión y no al Consejo Directivo del Indecopi.

En este contexto, si bien el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de que las asociaciones de consumidores también puedan promover estos procesos, corresponde leerlo a la luz del artículo 131.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que, como se ha visto, indica que si bien es el Indecopi (del cual la Comisión es parte) quien tiene la facultad de promover procesos judiciales en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, puede delegarla a las asociaciones de consumidores.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que en virtud de ambos artículos las asociaciones de consumidores pueden promover procesos judiciales de resarcimiento de daños en defensa de los intereses colectivos de los consumidores afectados por conductas anticompetitivas, siempre que cuenten con previa autorización de la Comisión (no del Consejo Directivo del Indecopi).

Esta conclusión enlaza de manera coherente el artículo 131.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor con el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, siendo que ambas normas tienen rango de ley, y por ello ha sido recogida en el artículo 9 de los Lineamientos

En tal sentido, el artículo 9.1. de los Lineamientos establece que la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría Técnica, puede delegar la facultad reconocida en el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas como tales conforme al Código de Protección y Defensa del Consumidor, en casos donde no haya decidido promover procesos judiciales de resarcimiento en defensa de los intereses colectivos de los consumidores afectados y estime que la asociación podrá representar de manera efectiva dichos intereses.

Para hacer efectiva esta delegación, el artículo 9.2. de los Lineamientos establece que la asociación de consumidores deberá presentar una solicitud dirigida a la Comisión en un plazo no mayor de un año desde que quede firme la resolución que establezca la responsabilidad administrativa por las conductas anticompetitivas que afecten los intereses colectivos de los consumidores, debiendo sustentar que se verifican los presupuestos regulados en los artículos 2, 3, 4 y 5 de los Lineamientos, además de su capacidad logística para seguir el respectivo proceso de responsabilidad civil, su experiencia, sus planes de acción y las medidas para garantizar la efectiva protección de los referidos intereses.

10. ÚNICA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL: APLICACIÓN EN EL TIEMPO

La Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil establece que las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite.

Al respecto, los Lineamientos contienen fundamentalmente disposiciones procesales, en tanto su objeto es regular los plazos, reglas, condiciones o restricciones a la facultad de la Comisión de promover procesos judiciales de resarcimiento de los daños derivados de las conductas anticompetitivas, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Por lo tanto, los Lineamientos se aplicarán incluso a los procesos judiciales que se hayan iniciado como consecuencia del ejercicio de la facultad reconocida a la Comisión por el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y que, a la fecha de su publicación, se encuentren en trámite. Naturalmente, en tales supuestos, ya no será posible aplicar aquellas disposiciones de los Lineamientos que regulan la etapa previa a la presentación de la demanda. No obstante, sí se podrán aplicar, por ejemplo, las disposiciones del artículo 8 referidas a la ejecución de la condena resarcitoria.

– PROYECTO DE LINEAMIENTOS –

Artículo 1. Objeto de los Lineamientos

- 1.1. Los presentes Lineamientos establecen plazos, reglas, condiciones y restricciones para que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi ejerza su facultad de promover procesos judiciales de resarcimiento de los daños derivados de conductas anticompetitivas, en defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores afectados, conforme al segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 1.2. Las disposiciones contenidas en los presentes Lineamientos también son aplicables a las asociaciones de consumidores que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9, se encuentren legitimadas para promover procesos judiciales de resarcimiento de daños en defensa de los intereses colectivos de los consumidores afectados por conductas anticompetitivas.

Artículo 2. Ámbito de aplicación objetivo

- 2.1. Una vez que quede firme la resolución administrativa que declara la existencia de una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, previo informe favorable de su Secretaría Técnica, se encuentra facultada para promover, en representación de los intereses difusos o intereses colectivos de los consumidores afectados, un proceso judicial de resarcimiento de los daños ocasionados por la conducta anticompetitiva acreditada.

- 2.2. A efectos del ejercicio de la referida facultad, se entenderá por:

- a) **Conducta anticompetitiva:** cualquiera de las infracciones tipificadas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- b) **Resolución firme:** aquella que no puede ser impugnada ni por vía administrativa a través de un recurso administrativo, ni por el proceso judicial contencioso administrativo.
Tratándose de varios responsables, bastará que exista resolución firme respecto de uno o algunos de ellos para que se pueda plantear, únicamente respecto de ellos, una demanda de resarcimiento de daños.
- c) **Daños:** el daño emergente y el lucro cesante.
El monto resarcitorio demandado incluirá los intereses legales desde la fecha en que se produjeron los daños, de conformidad con lo establecido por el artículo 1985 del Código Civil.
- d) **Consumidores:** las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios que han sido objeto de la conducta anticompetitiva, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; así como los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa respecto de productos o servicios que han sido objeto de la conducta anticompetitiva y que no formen parte del giro propio del negocio. A efectos de la presente Directiva, la noción de consumidores comprende únicamente a los adquirentes directos de los bienes o servicios que han sido objeto de la conducta anticompetitiva.
- e) **Intereses difusos de los consumidores:** aquellos que pertenecen a un conjunto indeterminado de consumidores.
- f) **Intereses colectivos de los consumidores:** aquellos que pertenecen a un conjunto determinado o determinable de consumidores.

- g) Clase:** el conjunto de personas que serán representadas en el proceso de defensa de los intereses difusos o de los intereses colectivos de los consumidores.

Artículo 3. Ámbito de aplicación subjetivo

- 3.1. La facultad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia a la que hace referencia el artículo 2.1. de los presentes Lineamientos podrá ejercerse contra los sujetos que, encontrándose dentro de los alcances de los artículos 2.1 y 2.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son declarados responsables de la conducta anticompetitiva mediante resolución firme.
- 3.2. Cuando existan varios responsables por la conducta anticompetitiva declarada mediante resolución firme, responderán solidariamente por los daños ocasionados, de conformidad con lo establecido por el artículo 1983 del Código Civil.
- 3.3. A efectos de que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ejerza la facultad a la que hace referencia el artículo 2.1. de los presentes Lineamientos contra los planificadores, intermediarios o facilitadores de infracciones sujetas a la prohibición absoluta, señalados en el artículo 2.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, deberá analizar con especial cuidado su rol en la realización de la conducta anticompetitiva, a fin de determinar su grado de participación en relación con los daños que se pretende resarcir, de conformidad con lo establecido por el artículo 1978 del Código Civil.
- 3.4. La Comisión no ejercerá la facultad a la que hace referencia el artículo 2.1. de los presentes Lineamientos contra los sujetos que, conforme a la Guía del Programa de Clemencia, califiquen como solicitantes de Clemencias Tipo A, dejando a salvo el derecho de las personas dañadas, así como de las asociaciones de consumidores que cumplan con el artículo 9 de los presentes Lineamientos, de presentar demandas resarcitorias contra dichos sujetos.

Artículo 4. Determinación de la clase de consumidores afectados

El informe favorable de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que sustenta la pertinencia de promover el proceso judicial de resarcimiento de daños deberá identificar a la clase de consumidores afectados. Para tal efecto, será suficiente una estimación razonable debidamente motivada.

Artículo 5. Plazo prescriptivo para plantear la demanda por daños

- 5.1. De conformidad con los artículos 1993 y 2001 inciso 4 del Código Civil, la acción para plantear la demanda de resarcimiento de daños, regulada por el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, prescribe a los dos años contados desde que queda firme la resolución que declara la existencia de la conducta anticompetitiva.
- 5.2. Cuando la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia tome conocimiento de que una resolución que declara la existencia de una conducta anticompetitiva ha quedado firme, publicará una nota sucinta en la página web del Indecopi y en una de sus redes sociales, precisando la fecha en que se produjo la firmeza del acto y resumiendo el contenido de la resolución.

Artículo 6. Ejecución de la decisión de la Comisión de promover el proceso judicial de resarcimiento de daños

- 6.1. Una vez verificados los presupuestos establecidos en los artículos 2, 3, 4 y 5 y previo informe favorable de su Secretaría Técnica, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podrá ejercer la facultad de promover un proceso judicial de resarcimiento de daños conforme al artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
- 6.2. En caso decida ejercer tal facultad, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia comunicará ello a la Gerencia Legal del Indecopi a fin de coordinar la interposición de la correspondiente demanda y la realización de los demás actos necesarios para su ejecución, en atención a lo previsto en el artículo 62 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi.

Artículo 7. Publicidad de la demanda y derecho de exclusión (*opt-out*)

- 7.1. Una vez que el Indecopi sea notificado con la admisión de la demanda de resarcimiento de daños, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia emitirá un comunicado a través de la página web del Indecopi y una de sus redes sociales dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles. Dicha comunicación deberá contener, por lo menos, la siguiente información:
 - i. Un resumen de los principales fundamentos de hecho y derecho de la demanda, precisando cuál es la clase de consumidores cuyos intereses difusos o colectivos están siendo protegidos a través del proceso judicial promovido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.
 - ii. Cuando la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia estima necesario, la indicación del derecho de los consumidores pertenecientes a la clase protegida de optar por excluirse de los efectos del proceso judicial promovido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y así reservar su derecho de demandar individualmente el resarcimiento de los daños conforme al primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. El consumidor que decida invocar este derecho, deberá informarlo a través de un escrito simple, presentado en la mesa de partes virtual del Indecopi o de forma presencial en la mesa de partes física ubicada en las oficinas del Indecopi, dirigido a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la comunicación del Indecopi.
 - iii. Cuando la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia lo estime necesario, la indicación de que los consumidores pertenecientes a la clase protegida deberán presentar comprobantes de pago u otros documentos que acrediten su pertenencia a la referida clase, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la comunicación del Indecopi, a fin de acreditar su derecho a recibir la parte correspondiente del resarcimiento demandado judicialmente, en caso este sea amparado.
- 7.2. El ejercicio por parte de uno o más consumidores de su derecho de exclusión conforme al numeral (ii) del artículo 7.1, no enerva la legitimidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia para promover el proceso judicial de resarcimiento de daños conforme al artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin perjuicio de que se informe al juez correspondiente a efectos de que lo considere en la cuantificación del monto resarcitorio, en caso decida amparar la demanda.

- 7.3. El consumidor que opte por ejercer su derecho de exclusión podrá acreditar tal circunstancia con el cargo de recepción del Indecopi del escrito mediante el cual el comunicó dicha decisión a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Asimismo, podrá adjuntar dicho cargo a la demanda que individualmente interponga por resarcimiento de daños, a efectos de acreditar su legitimidad para obrar.
- 7.4. El consumidor que presenta información falsa o documentación adulterada incurrirá en responsabilidad administrativa conforme a lo dispuesto por el artículo 46.7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que correspondan.

Artículo 8. Ejecución de la condena resarcitoria

De ampararse la demanda de resarcimiento de daños promovida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia o de arribarse a una transacción judicial o extrajudicial, la ejecución de la condena resarcitoria deberá procurar alinearse a los siguientes mecanismos de compensación, en el orden de preferencia aquí mostrado:

- i. La compensación directa a favor de los consumidores identificados en el expediente administrativo sobre conductas anticompetitivas, y de los que hayan acreditado su condición de afectados ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia conforme al literal (iii) del artículo 7.1; y,
- ii. De no ser posible ello o de existir un saldo en el fondo resarcitorio, la compensación indirecta, en particular a través de transferencias a favor de una o varias personas jurídicas sin fines de lucro, debidamente seleccionadas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Artículo 9. Legitimación de las asociaciones de consumidores

- 9.1. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia, previo informe favorable de su Secretaría Técnica, puede delegar la facultad reconocida en el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a asociaciones de consumidores debidamente reconocidas como tales, en casos donde no haya decidido promover procesos judiciales de resarcimiento de daños en defensa de los intereses colectivos de los consumidores afectados y estime que tales asociaciones podrán representar de manera efectiva dichos intereses.
- 9.2. Para tal efecto, la asociación de consumidores deberá presentar una solicitud, dirigida a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que cumpla con sustentar que se verifican los presupuestos regulados en los artículos 2, 3, 4 y 5 de los Lineamientos, además de su capacidad logística para seguir un proceso de resarcimiento de daños en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, su experiencia, sus planes de acción y las medidas para garantizar la efectiva protección de dichos intereses, en un plazo no mayor de un año desde que quede firme la resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que establece la responsabilidad administrativa por conductas anticompetitivas.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Aplicación en el tiempo

Conforme a la Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil, los presentes Lineamientos son de aplicación inmediata, incluso a los procesos judiciales en trámite.



EL PERÚ PRIMERO



Radi 
Indecopi

www.indecopi.gob.pe/radio

www.indecopi.gob.pe