



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Análisis del elemento causalidad en indemnización por daños en casos de colusión

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

Autor:

Javier Ignacio Carmona Fontecilla

Profesor Guía:

Ricardo Quezada Fuentes

Santiago, 20 de noviembre de 2023

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
SECCIÓN PRIMERA	7
LIBRE COMPETENCIA Y SU PROTECCIÓN	7
1. LA LIBRE COMPETENCIA	7
2. PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	7
• <i>Autonomía</i>	8
• <i>Eficiencia</i>	9
• <i>Bien jurídico protegido</i>	10
3. INJUSTO MONOPÓLICO	10
• <i>Consagración en derecho nacional</i>	10
• <i>Colusión</i>	13
SECCIÓN SEGUNDA	16
TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD Y APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE DAÑO	16
1. CONCEPTO DE OPORTUNIDAD	16
• <i>Chance y Riesgo</i>	16
• <i>Posibilidad y Probabilidad</i>	17
• <i>Pérdida de la Oportunidad</i>	17
2. TEORÍA ONTOLÓGICA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD	18
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	20
4. CERTIDUMBRE DEL DAÑO.....	22
5. REQUISITOS DE PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD	23
SECCIÓN TERCERA.....	25
ELEMENTO CAUSALIDAD Y SU APLICACIÓN DE TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD	25
1. UMBRALES DE CERTIDUMBRE.....	25
• <i>Teoría del Todo o Nada</i>	25
• <i>Presunciones</i>	26
• <i>Teoría del riesgo o causalidad atenuada</i>	27
• <i>Teoría de la causalidad probalística</i>	28
2. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN RELACIÓN AL NEXO CAUSAL	28
a. <i>Incertidumbre causal estricta o seria</i>	29
b. <i>Incertidumbre causal irreversible</i>	29
c. <i>Incertidumbre causal intrínseca</i>	29
SECCIÓN CUARTA.....	30
APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN EL DERECHO NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA	30
1. APLICACIÓN EN DERECHO NACIONAL	30
• <i>Doctrina</i>	30
• <i>Jurisprudencia</i>	31
(I) En primer lugar, la sentencia acoge indemnización por pérdida de la oportunidad, pero ésta no es nombrada como tal dada la ignorancia que los jueces tienen respecto a ella	31
(II) El fallo que se analiza a continuación	32
(III) Las sentencias que dictaron en el siguiente caso se refieren explícitamente a la	33
El Primer Juzgado de Letras de Osorno	33
(IV) Los últimos pronunciamientos de tribunales nacionales que se citan son muy relevantes porque tratan y acogen la teoría de la pérdida de la oportunidad	34

2.	APLICACIÓN EN LIBRE COMPETENCIA	36
A.	<i>Caso Farmacias</i>	36
•	Explicación	36
•	Análisis indemnización.....	39
•	Comentario sobre si se observa o no un caso pérdida de la oportunidad y si la indemnización emanada del avenimiento puede responder a esta misma categoría.	42
B.	<i>Caso colusión pollos/supermercados</i>	45
•	<i>Explicación</i>	45
•	<i>Análisis indemnización</i>	46
•	<i>Descripción y comentario de demandas de indemnización interpuestas por SERNAC contra supermercados coludidos; Cencosud S.A., Walmart Chile S.A. y SMU S.A.</i>	48
3.	ANÁLISIS SOBRE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD INVOCADA EN DEMANDAS DEL SERNAC.	53
	CONCLUSIÓN	55
	BIBLIOGRAFÍA	56
	OTROS	61

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo relacionar la teoría de la pérdida de la oportunidad con la indemnización de perjuicios en casos de ilícitos en contra de la libre competencia. La intención final de establecer el vínculo es proponer su utilización para indemnizar a consumidores comunes y corrientes que se han visto afectados por casos de colusión entre grandes empresas.

Con esta finalidad se hace cargo de explicar en términos generales la libre competencia y su protección centrándose en injusto monopólico. De la misma manera se explica la teoría de la pérdida de la oportunidad con sus aplicaciones en doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

Para hacer la conexión con casos reales de libre competencia se explican dos casos de colusión en derecho chileno analizando la presencia de la teoría en estudio para luego comentar y proponer un escenario diverso en caso de que tanto las partes como tribunales aplicaran cabalmente la pérdida de la oportunidad específicamente en orden a indemnizar a de manera eficaz a los particulares que han sido dañados por actos ilícitos anticompetitivos.

Introducción

Como es evidente, en el mundo contemporáneo los mercados son cada vez más complejos, mismas características que tienen la propiedad de cada empresa y las maneras en que se desenvuelven en cada uno de sus rubros. Esta complejidad hace muy difícil fiscalizar las regulaciones que se imponen al mercado, regulaciones que también son más o menos intensas dependiendo de cada país.

Las compañías que ofrecen diversos bienes y servicios, inclusive de primera necesidad para la población, no escapan a este fenómeno y es así como en algunos casos evaden el cumplimiento de las reglas de funcionamiento de libre mercado generando distorsiones que finalmente afectan de manera real a cada uno de los consumidores en distinta magnitud impactando sus vidas en distintos ámbitos, pero principalmente pecuniario, ya que, pagan un precio injusto que ha sido distorsionado por empresas que no se comportan de manera leal en el mercado.

Este comportamiento anti competitivo de las empresas daña a grandes grupos de consumidores que por diversas razones no pueden hacer valer sus derechos y quedan indefensos y sin reparación ante el abuso de las compañías que incumplen la normativa. E inclusive en casos que se logra determinar responsabilidad de las empresas, la forma de resarcir el daño no llega a las manos de los afectados de manera efectiva.

Por otro lado, el derecho también evoluciona y crea nuevas técnicas para lograr alcanzar justicia en los casos que las nuevas dinámicas sociales y de mercado van adquiriendo, aunque con dispar velocidad y aceptación por parte de la doctrina, legislación y jurisprudencia de cada país en particular.

Es así como este trabajo pretende visibilizar la relación que se puede establecer entre la teoría de la pérdida de la oportunidad y la indemnización de perjuicios en casos de colusión enfocándose en el requisito de causalidad que es necesario para resarcir el daño, pero que en casos de libre competencia es difícil de demostrar dado el actual funcionamiento de los mercados. El sentido es demostrar que en este y otro tipo de casos la teoría de la pérdida de la oportunidad es una técnica bastante útil para determinar si aplica o no indemnización de perjuicios y determinar cuál es el perjuicio propiamente tal.

Este trabajo comienza definiendo la libre competencia y profundizando en la finalidad de la protección de la misma. La protección de cada principio que está detrás de la libre competencia termina con la consagración legal de ésta en la legislación chilena a través de la prescripción del injusto monopólico.

Posteriormente, se explica la teoría de la pérdida de la oportunidad partiendo de la definición, pasando por los conceptos que la componen y la naturaleza jurídica de la misma. A continuación, se aborda consecutivamente su relación y aplicación con el concepto de daño y luego con el elemento causalidad explayándose acerca de las diferentes teorías y requisitos de aplicación.

Una vez trasparentado de que se trata cuando se habla de la pérdida de la oportunidad y las definiciones que ha desarrollado la doctrina acerca de ella, el trabajo se enfoca en las expresiones y evolución que ha tenido la mencionada teoría en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Seguidamente, se llega a la explicación de dos casos de colusión que han ventilado en tribunales chilenos. Se analizan diversos escritos que formaron parte de los procesos (demandas, resoluciones, sentencias) destacando las veces en que la teoría de la pérdida de la oportunidad fue empleada con mayor o menor lucidez por cada parte.

Para finalizar se encuentra un comentario sobre la aplicación teoría de la pérdida de la oportunidad en los casos de colusión destacando si a través de ésta técnica se logró o no indemnizar a los consumidores afectados y proponiendo su uso para futuros casos de similar índole.

Sección Primera

Libre Competencia y su protección

1. La Libre Competencia

Mucho se ha dicho y existen muchas definiciones de lo que es la libre competencia y qué es lo que protege. Teniendo aquello en consideración, parece muy asertivo seguir a Alison Jones, Brenda Sufrin y Niamh Dunne y aproximarse a este concepto haciendo una diferenciación entre lo que es la Política de Libre Competencia y el derecho de la Libre Competencia. Así, el derecho de la Libre Competencia “puede ser descrito como el medio por el cual se implementa la política de competencia a las firmas que operan en el mercado”¹.

Por su parte, Massimo Motta describe la política de la competencia como “el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no sea restrictiva en una manera que reduzca el bienestar social”.² Siguiendo esta línea, podría concluirse que el derecho de la libre competencia busca implementar políticas tendientes a preservar el bienestar social.

En ese sentido, el análisis desde el punto de vista de los efectos de las conductas que restringen la competencia en el mercado debería llevarnos a concluir que no todas las conductas que restringen la competencia son perjudiciales per sé (como es el caso de las restricciones verticales). De este modo, el análisis de ilicitud de las conductas debe considerar necesariamente la noción de bienestar social³.

2. Protección de la Libre Competencia

Para entender mejor el alcance de la definición del bien jurídico protegido y, por ende, cómo éste incide en el cálculo del daño ocasionado, se hará un repaso de una serie de conceptos fundamentales que dan contexto y sentido al origen de la regulación de la Libre Competencia y la consecuente definición del daño.

¹ (Jones et al., 2019, p. 2)

² (Motta, 2004, p. 17). Traducción propia

³ Ibid.

- Autonomía

Tanto la autonomía privada como la pública son expresiones de la autonomía individual, que sigue siendo la base más poderosa para la legitimación del poder público ejercido a través del derecho. Puede decirse que un ordenamiento jurídico se basa en la idea de autonomía individual si las normas que lo componen pueden remontarse a la autonomía pública o privada⁴

La autonomía pública, dice relación con el ejercicio de derechos políticos y la noción de democracia participativa, esto es, la capacidad de escoger quiénes serán los competentes para el ejercicio del poder público. Por su parte, la autonomía privada es el principio general del derecho más importante en la arquitectura del derecho privado y que, por ende, determina la forma en que cada individuo se desenvuelve en la sociedad.

La autonomía privada puede ser definida doctrinariamente como “la facultad de dictar leyes propias o de sujetarse uno mismo a un estado vinculante”⁵ y según el autor español Federico de Castro y Bravo tiene dos esferas; (i) puede constituir y o modificar relaciones jurídicas y (ii) regular el contenido de aquellas relaciones jurídicas.⁶

En el ordenamiento jurídico nacional, este principio general del derecho se recoge ampliamente siendo sus expresiones más relevantes las que encontramos en la Constitución Política de la República y en el Código Civil.

En la Constitución Política se le recoge al reconocer en su Artículo 19 diversas libertades como, por ejemplo, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de conciencia, libertad personal, libertad de movimiento, libertad de trabajo, libertad de elección de sistema de salud, libertad de reunión, libertad de asociación, entre otras.⁷

Asimismo, en el Código Civil se encuentra, por ejemplo; en el Artículo 12 que permite renuncia de derechos conferidos por las leyes, en el Artículo 1545 cuando habla del consentimiento que

⁴ (Ackermann, 2023)

⁵ (Barcia Lehman, 2006, p. 162). Traducción propia

⁶ *Ibíd.*

⁷ (*Constitución Política de la República 2021. Edición Oficial. Especial para Estudiantes, 2021*)

deben otorgar los contratantes y en el Artículo 1437 cuando enumera la fuente de las obligaciones, entre otros.

Por otro lado, la autonomía también encuentra su aplicación práctica en el derecho de la libre competencia en tanto promueve la libertad a los agentes de mercado de entrar a él por sus méritos. De ahí se deriva que no todas las restricciones son ilícitos anticompetitivos y que la cartelización sea una conducta que traiga consigo las sanciones más graves en los ordenamientos de libre competencia en el mundo. Así a sido definido, entre otros por la profesora Eleanor Fox en su presentación titulada Antitrust and Values: Where Liberals and Libertarians Meet.⁸

- Eficiencia

Se puede esbozar una definición propia de eficiencia como la mejor manera de distribuir recursos escasos para generar el mayor beneficio o bienestar social que la limitación de estos mismos permita.

Es la preservación de esta función social de la eficiencia la que justifica y da pie para limitar la autonomía privada e intervenir el libre funcionamiento de uno u otro mercado y es, a la vez, principal finalidad de toda regulación anti monopólica.

La finalidad de estas regulaciones es proteger la eficiencia en su conjunto. Esto beneficiará tanto a consumidores como competidores, proveedores y finalmente el funcionamiento de todo el mercado en cuestión. En este sentido, el derecho de libre competencia implica que el Estado tiene el impulso de intervenir en las actividades económicas, con el fin de fomentar que las empresas adopten prácticas que promuevan un mercado competitivo. Esto se hace con el propósito de que los consumidores puedan comprar productos de alta calidad a precios justos.⁹

⁸ (Gotfryd, 1997)

⁹ (Trevisán, 2013, p. 3)

- Bien jurídico protegido

Complementando lo expuesto en el punto anterior, se establece que el bien jurídico protegido es de interés público y radica fundamentalmente en mantener el equilibrio de mercado a través de la protección de la libre competencia que desarrollan los diferentes actores que ahí intervienen. Así se pretende preservar el bienestar social general, protegiendo finalmente a cada uno de sus intervinientes (desde grandes empresas hasta consumidores).

Lo anterior se plasma en el DL N° 211 de 1973 que encarga al Tribunal de Defensa de Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica resguardar la libre competencia en los mercados y enumera varios hechos que restringen o impiden la libre competencia.

Asimismo, el Artículo 39, letra b) del mismo cuerpo legal establece entre las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico “actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad”.¹⁰

3. Injusto monopolístico

- Consagración en derecho nacional

El injusto monopolístico está consagrado en el Artículo N°3 del DL N°211 de 1973 de la siguiente manera:

“Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

¹⁰ (DFL 1 Fija El Texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, 2005)

Se consideran, ente otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir efectos, los siguientes:

- a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre si, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.
- b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.
- d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan la cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.”

En la propuesta de nueva Constitución rechazada en el mes de septiembre del año recién pasado, la Libre Competencia se incluía en el Capítulo V titulado Buen Gobierno y Función Pública, estableciendo lo siguiente en su Artículo 182 N°5:

“El Estado debe prevenir y sancionar los abusos en los mercados. Las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición dominante, así como las concentraciones empresariales que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados, se entenderán como conductas contrarias al interés social. La ley establecerá las sanciones a los responsables”.¹¹

Actualmente, un nuevo proceso de redacción constitucional se está llevando a cabo en Chile. Éste ha finalizado su primera y segunda etapa de las cuales ha surgido una propuesta de texto que debe ser ratificada o rechazada por los ciudadanos hábiles para sufragar el próximo 7 de diciembre.

En la primera etapa, una Comisión de expertos compuesta por 24 ciudadanos y designada por ambas cámaras del Congreso Nacional ha evacuado un texto de anteproyecto constitucional que consta de 14 capítulos y 215 artículos. En éste anteproyecto constitucional evacuado el día martes 30 de mayo del año en curso por la Comisión de expertos se menciona a la libre competencia de manera más breve que el borrador de constitución rechazado por la ciudadanía en septiembre del año 2022, refiriéndose a ella en su artículo 31 siguientes términos:

“Artículo 31. En su condición de consumidores, el acceso a bienes y servicios de forma libre, informada y segura. La ley resguardará los derechos y deberes de consumidores y proveedores, así como las garantías y procedimientos para hacerlos valer. a) Es deber del estado y de sus instituciones proteger a los consumidores ante prácticas abusivas y garantizar el ejercicio de sus derechos, de forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes

¹¹ (Convención Constitucional, 2022)

o servicios. b) Es deber del Estado promover y defender la libre competencia en las actividades económicas.”¹²

En la segunda etapa, teniendo como base para el debate el anteproyecto recién mencionado, 51 comisionados electos democráticamente el pasado 7 mayo, junto a la Comisión de expertos y respetando siempre los márgenes de 12 bases institucionales acordadas en una negociación parlamentaria previa que sentó las reglas para este proceso en curso, evacuaron el día 7 de noviembre una definitiva propuesta de nueva Constitución que será sometida a plebiscito el próximo 17 de diciembre. En este borrador se mantiene la protección a los consumidores con la misma redacción emanada de la primera etapa por la Comisión experta en el artículo 31, sin embargo, queda ahora estipulado en el artículo 37 del texto final. En cuanto a la libre competencia, se estipula su protección en el artículo 32 letra c del texto definitivo de la siguiente manera “Es deber del Estado promover y defender la libre competencia”.¹³

- Colusión

Este trabajo se centrará en el desarrollo y análisis del principio de oportunidad en relación con el ilícito de colusión establecido en la letra a) Artículo N°3 del DL N°211 de 1973, ya que, son las prácticas más conocidas y a la vez las más graves porque anula la competencia en el mercado.

Existen muchas definiciones del ilícito colusorio, pero para efectos de esta tesis se utilizará como referencia la definición de la OECD en su glosario sobre organización industrial y libre competencia, documento Liberalisation and competition intervention in regulated sectors - OECD. En este sentido, la colusión consiste en un acuerdo, entre empresas que compiten en el mismo mercado, en relación a ciertas variables competitivas tales como los precios, la producción de mercado, reparto de clientes, territorios, la manipulación de ofertas en licitaciones o bid-rigging, entre otros. El objetivo último de estos acuerdos es el “beneficio mutuo de las empresas miembro”.¹⁴

¹² (Comisión Experta, 2023)

¹³ (Consejo Constitucional, 2023)

¹⁴ (Liberalisation and competition intervention in regulated sectors - OECD, s. f.)

Se establece una diferencia sutil entre los conceptos “Cartel” y “Colusión” que consiste en que este último no exige un acuerdo formal entre competidores. Sin embargo, suelen utilizarse indistintamente – y así se hará para efectos de lo aquí señalado- por cuanto los efectos económicos de ambas conductas son los mismos.¹⁵

En doctrina, estas prácticas colusivas pueden ser divididas en tres grupos; (i) Colusión explícita o cartel, en el cual las empresas llegan a acuerdos formales para fijar precios, repartirse el mercado o limitar la producción; (ii) práctica concertada, la cual no considera un acuerdo explícito, sin embargo las empresas entienden que de seguir tal forma de comportamiento la competencia será menor y las ganancias mayor; y (iii) paralelismo consciente, se da en mercados oligopólicos donde no hay necesariamente un acuerdo explícito o tácito, sin embargo, por la naturaleza del mercado y existencia de pocas empresas, las decisiones que adopte cada una impactan inevitablemente en el resto.

Par una definición moderna de colusión que excluye otros tipos de acuerdos y acciones conjuntas entre empresas que no son necesariamente dañinas para el bienestar social y la eficiencia que se trató anteriormente, a saber “Los cárteles son casos de cooperación formal, a menudo secreta, entre empresas competidoras con vistas a suprimir o suavizar la rivalidad entre ellas llegando a un acuerdo sobre la producción, las ventas, los precios u otras variables comerciales”.¹⁶

La presencia de estas organizaciones de cárteles tiene un impacto altamente perjudicial en diversos aspectos fundamentales de la economía, tales como la eficiencia, la innovación y el bienestar social. La cartelización de un mercado conlleva una reducción significativa de la producción y una notable elevación de los precios de los bienes y servicios involucrados. La primera consecuencia evidente es el traspaso de riqueza desde los clientes hacia los productores, dado que los precios se incrementan en proporción al coste marginal y se aproximan al umbral de disposición a pagar por parte de los consumidores. Esta situación conlleva que los consumidores dispongan de un presupuesto más limitado para adquirir otros diversos artículos o servicios lo que representa una merma en su calidad de vida y bienestar general.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ (Argenton et al., 2021, p. 5)

La segunda consecuencia, posiblemente más preocupante en su alcance, radica en que ciertos consumidores, quienes en condiciones competitivas normalmente habrían adquirido el producto, quedan excluidos del mercado como resultado de la existencia del cartel. Como consecuencia directa, la demanda de dicho producto no es satisfecha y se produce una pérdida de utilidad o satisfacción asociado al mismo. Es de particular relevancia considerar el escenario en el cual la cartelización ocurre en sectores fundamentales como el de alimentos o medicamentos esenciales, donde la población de escasos recursos se puede ver afectada de manera importante e irreversible. En la teoría económica, esta segunda consecuencia representa una pérdida de eficiencia que compromete el funcionamiento óptimo del sistema económico y genera una disminución de utilidad social global.¹⁷

Por último, la jurisprudencia caracteriza de manera implacable a la colusión, por ejemplo, en la sentencia emanada del Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia en relación al llamado caso farmacias, que la define de la siguiente forma:

“la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social de los consumidores.”¹⁸

¹⁷ (Argenton et al., 2021, p. 27)

¹⁸ 119/2012 Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia, 31 de marzo de 2012

Sección Segunda

Teoría de la Pérdida de la Oportunidad y aplicación del concepto de Daño

1. Concepto de Oportunidad

- Chance y Riesgo

Para hablar de la Teoría de la Pérdida de la Oportunidad primero es necesario definir adecuadamente lo que se entiende por oportunidad, en tanto su uso cotidiano puede confundirse con otros conceptos relacionados. Estas palabras pueden definir una situación similar, estar incluidas en la definición de oportunidad o ampliar el alcance de la definición de la misma.

Lo primero que se separa son las definiciones de chance y riesgo. Estos conceptos se encuentran contenidos en el concepto de oportunidad generando una relación de género a especie, ya que la oportunidad contiene a ambos, aspecto que se explica a continuación.

Según la definición de la Real Academia Española chance es la “posibilidad u oportunidad de conseguir algo” mientras que oportunidad es definida por el mismo diccionario como “momento o circunstancia oportuno o conveniente para algo”. A partir de estas definiciones de diccionario¹⁹ ya se puede observar la relación género especie enunciada en el párrafo anterior. Finalmente, se puede agregar que cuando se hace referencia a chance se quiere representar una oportunidad de alcanzar un beneficio en el futuro, el cual depende de varios factores que condicionan esta posible situación ventajosa.

Como contracara de la chance esta el riesgo. Al igual que la chance presenta como característica común una situación futura o resultado incierto, pero en este caso el resultado sería de connotación negativa. Se estaría ante una chance negativa que denota la posibilidad cierta de sufrir un daño o como dice la definición oficial una contingencia o proximidad de un daño. Así podríamos ejemplificar que “quien corre riesgo de contraer cáncer por exposición al

¹⁹ (ASALE & RAE, 2022)

asbesto no tiene una chance de contraer cáncer ni la esperanza de contraer cáncer, antes bien está en peligro de contraer cáncer o está expuesto a contraer cáncer”.²⁰

Al centrarse exclusivamente en las chances que se pierden, se estaría pasando por alto un componente esencial de la naturaleza de las oportunidades, el cual radica en los riesgos inherentes que emergen como consecuencia de la toma de decisiones y la incertidumbre asociada. Los riesgos representan las posibilidades de enfrentar situaciones adversas o no deseadas al aprovechar una oportunidad. Considerarlos así permite evaluar de manera más integral el potencial de pérdida asociado a una oportunidad determinada.

- Posibilidad y Probabilidad

Es relevante para este capítulo establecer la distinción entre dos términos muy cercanos en significado, que forman parte del ecosistema que constituye la noción de oportunidad y que serán repetitivamente aludidos en las líneas siguientes. Estos conceptos son probabilidad y posibilidad. Ellos se relacionan con la oportunidad en cuanto ésta se puede definir como un estado de las cosas en que una ventaja se avizora probable.

Nuevamente se presenta una relación de género especie, siendo lo posible el género y lo probable la especie. Ante esta nueva definición el diccionario de la Real Academia Española que define posibilidad como aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo mientras que probabilidad es definida como verosimilitud o fundada apariencia de verdad.²¹

Se puede entonces concluir que la oportunidad está caracterizada por su marcada propensión a prosperar, lo que si se enmarca en conseguir algo positivo (chance) sería la gran posibilidad de alcanzar y obtener algo, mientras que si se enmarca en algo negativo (riesgo) sería la gran posibilidad de evitarlo. Así se configura el umbral de oportunidad que indico el límite entre lo que se tendrá en cuenta como posible y como.²²

- Pérdida de la Oportunidad

²⁰ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 41)

²¹ (ASALE & RAE, 2022)

²² (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 53)

En base a los conceptos delimitados en los párrafos anteriores, se comienza este apartado con una definición de pérdida de la oportunidad para luego revisar su campo de aplicación y naturaleza jurídica.

Se tomará como definición de pérdida de la oportunidad para este trabajo la esbozada por los académicos chilenos Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi que la definen como “Frustración actual de una probabilidad de alcanzar una situación patrimonial o extrapatrimonial más beneficiosa, o de evitar un empeoramiento de la situación patrimonial o extrapatrimonial presente”.²³

Una hipótesis de aplicación de esta teoría se da en los casos en que un tribunal decide que corresponde indemnizar daños por haberse frustrado por parte de un tercero la oportunidad de obtener una ventaja que la parte demandante tenía en su horizonte de acción. De este modo la teoría de la pérdida de la oportunidad aparece como respuesta a los casos de incertidumbre causal y auxilia al juez para poder otorgar indemnización por menoscabo causado a la víctima a pesar de que la relación de causalidad no haya sido demostrada de manera completamente certera.²⁴

Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que amplía la entidad de la teoría de la pérdida de la oportunidad yendo más allá de una forma de solución a problemas de incertidumbre causal estableciendo la oportunidad como bien en sí mismo dando mayor relevancia al daño susceptible de ser indemnizado que al elemento causalidad y que analizaremos a continuación.

2. Teoría ontológica de la pérdida de la oportunidad

Es importante recalcar la relevancia de la teoría ontológica debido a su innovador aporte en la concepción de la pérdida de oportunidad. En esta perspectiva, se sostiene que la pérdida de la oportunidad no se traduce simplemente en la pérdida de la ventaja esperada, si no que implica la privación de la posibilidad de obtener esa ventaja esperada. Específicamente, esta corriente abarca una parte de la doctrina y jurisprudencia que considera la oportunidad como

²³ *Ibíd.*, p.262.

²⁴ *Ibíd.*, p.94.

un bien en sí mismo susceptible de sufrir daño y, en consecuencia, ser valorado económicamente.

Parece fundamental también destacar que la teoría de la pérdida de la oportunidad no se trata de una herramienta para facilitar la prueba en situaciones de falta de prueba del nexo causal. Para la postura sostenida por la teoría ontológica el asunto de la pérdida de la oportunidad no radica en la causalidad, si no en el perjuicio mismo de haber perdido aquella oportunidad que antes se tenía.

Esta teoría encuentra su máximo exponente en el profesor francés François Chabas, autor que expone algunos ejemplos muy ilustrativos del cual se reproduce uno a continuación:

“Una mujer sufre hemorragias uterinas. El médico general consultado no diagnostica un cáncer, no obstante unos signos clínicos bastante claros; él persiste. Cuando la paciente consulta finalmente un especialista, es demasiado tarde: un cáncer de útero ha llegado a su último grado y la enferma muere.

No puede decirse que el primer médico haya matado a la paciente. Ella habría podido morir, incluso tratada oportunamente (la estadística suministra un coeficiente abstracto de posibilidades de curación de ese tipo de cáncer descubierto desde el principio). Si uno considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico hubiera sido la *conditio sine qua non* de esa muerte. Pero si uno observa que la paciente, comprometida en un proceso hacia la muerte, lo único que tenía eran posibilidades de sobrevivir, la culpa médica le ha hecho perder esas posibilidades”.²⁵

El ejemplo es bastante claro en cuanto eleva a objeto del daño la pérdida de la oportunidad y deja de lado la necesidad de probar el nexo causal de un mal diagnóstico o un tratamiento deficiente con la muerte de los pacientes. Según la lógica que sigue ésta doctrina, los

²⁵ (Chabas, 1996, p. 229)

afectados pueden reclamar la indemnización por pérdida de la oportunidad como único perjuicio evitando el difícil camino de la prueba de causalidad entre la atención deficitaria y muerte del enfermo.

3. Naturaleza jurídica del daño por Pérdida de Oportunidad.

A continuación, se trata de develar la más adecuada relación entre la teoría de la pérdida de la oportunidad y la naturaleza de los daños, intentando determinar si la oportunidad representa un daño ínfimo e incierto que no merece reparación, si puede ser encasillado dentro de las categorías tradicionales de daño (daño emergente, lucro cesante o daño extra patrimonial) o si representa un tipo de daño autónomo que merece ser reparado per sé. Esto será útil posteriormente entender de mejor manera los daños que se proponen indemnizar al analizar los casos de colusión que estudiaremos en la sección cuarta.

La pérdida de la Oportunidad como daño emergente calza adecuadamente en la Teoría ontológica de la pérdida de la Oportunidad, ya que las oportunidades existen y tienen valor en sí mismas representando la posibilidad actual de generar un beneficio futuro, por lo que, se entienden incorporadas al patrimonio de una persona y su privación significa perder un activo que le pertenecía.²⁶

Esta posición está recogida internacionalmente, en especial y desde hace más tiempo en doctrina italiana, siendo formulada por primera vez por el profesor Piero Calamandrei y el magistrado Adriano de Cupis. El primero respecto a la pérdida de un juicio por responsabilidad del abogado, caso en el cual es factible que el cliente proceda a solicitar indemnización, ya que, la oportunidad perdida es susceptible de valoración pecuniaria.²⁷ Por otro lado, Adriano de Cupis se explaya respecto del caso de un yóquey cuyo caballo no llega a la carrera para ser montado o de un artista cuya obra no llega a la exposición o concurso concluyendo relativo a estos casos que:

“En lo que respecta a estos casos, debe, no obstante, tenerse en cuenta: Si bien no puede hablarse de un daño consistente en no haber obtenido el *triunfo* (en la carrera

²⁶ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 111)

²⁷ *Ibid.*, p.113

hípica, en el certamen pictórico, en la causa judicial), tampoco puede desconocerse que la aportación del yóquey, del corredor o del abogado permite columbrar una *posibilidad de victoria*, que se puede plasmar en un acuerdo obligacional, por lo que, parece ajustado deducir que respecto a la exclusión de la posibilidad de victoria subsista un daño jurídico. La victoria es absolutamente incierta, pero la posibilidad de alcanzarla, que es lo que el acreedor ha tratado de asegurarse, ciertamente existe, tal vez en proporciones mínimas, en el momento en que se produce el hecho por efecto del que queda excluido (sic), por lo que se está en presencia no ya de un lucro cesante en razón del triunfo impedido de alcanzar, si no de un daño emergente a consecuencia de la actual posibilidad frustrada de lograr una victoria”.²⁸

De la recién mencionada cita del jurista De Cupis se extraen los argumentos para descartar que la Pérdida de la Oportunidad sea encasillada dentro de la categoría de lucro cesante, ya que, queda claro que lo que se repara en la pérdida de la oportunidad no es la ventaja que se esperaba, si no que, la posibilidad de alcanzarla.

En cuanto a la teoría de la Pérdida de la Oportunidad como daño extra patrimonial es innecesario ahondar, ya que al igual que como sucede con el daño emergente, son relaciones poco recogidas nacional e internacionalmente tanto por doctrina como por jurisprudencia.

Una forma conciliatoria de abordar la clasificación de la pérdida de la oportunidad dentro de las categorías de daño, sería verla como una categoría funcional al daño producido o ventaja esperada, es decir, que se reconoce a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo “pero reconocemos que su naturaleza jurídica de daño patrimonial o extrapatrimonial, así como su reparación, se reconducen al beneficio esperado o al perjuicio que se pretende evitar”²⁹. Se puede concluir entonces que la naturaleza del daño por Pérdida de la Oportunidad varía dependiendo de la naturaleza de la ventaja que se esperaba obtener, entendiéndose oportunidad económica o patrimonial versus oportunidad espiritual, personal o extra patrimonial.

²⁸ (De Cupis, 1975, p. 319)

²⁹ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 259)

4. Certidumbre del daño

En Responsabilidad Civil la doctrina indica que todo daño para ser indemnizable debe ser cierto, “es decir debe ser real y efectivo, dejándose afuera aquellos menoscabos meramente eventuales o hipotéticos”³⁰. A mayor abundamiento, se replica lo expuesto por el respetado jurista Arturo Alessandri Rodríguez, cuya opinión es seguida por una abrumadora mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, a saber:

“Lo que caracteriza esencialmente al *delito* y *cuasidelito civil* es el hecho de inferir *injuria* o *daño* a otra persona. El hecho ilícito que no causa daño no es ni puede ser delito ni cuasidelito civil. La obligación de reparar el daño nace precisamente de haberse causado éste; *sin daño no hay responsabilidad civil*. Nuestro código civil es bien explícito al respecto. Las obligaciones nacen, dice el aet.1437, ya a *consecuencia* de un hecho que *ha inferido injuria* o *daño* a otra persona, como en los *delitos* y *cuasidelitos*. El art. 2314 agrega que el que ha cometido un delito o cuasidelito *que ha inferido daño a otro*, es obligado a la indemnización. La fuente de la obligación es, según esto, *el hecho ilícito que ha inferido injuria o daño a otra persona*, y el delito y cuasidelito obligan a la indemnización si *han inferido daño a otro*”.³¹

También existe, entre la doctrina que aborda el daño dentro de la responsabilidad civil, una posición un tanto más flexible sosteniendo que el daño no es un elemento esencial del acto ilícito, sino sólo condición de la acción por daños y perjuicios. Esto se debe a que existen casos en los cuales se sanciona el acto ilícito incluso en ausencia de un perjuicio o daño tangible, como por ejemplo en un caso de nulidad de un acto jurídico. En este sentido, el daño se consideraría como uno de los varios posibles resultados o consecuencias de la ilicitud, pero

³⁰ (Carmona Quintana, 2016, p. 82)

³¹ (Alessandri Rodríguez, 2005, p. 14)

no una parte indispensable de ésta. La postura recién señalada tiene mayor acogida en países cuyas legislaciones enfatizan la responsabilidad civil en la ilicitud más que en el daño.³²

Pese a la existencia de esta visión de importancia diversa o atenuada del daño en responsabilidad civil se puede aseverar que “En definitiva, el daño es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil”³³, ya que, es condición tanto para la responsabilidad como para la indemnización.

Es decir, que para pedir indemnización – en el ámbito que incumbe a esta tesis, es decir, por pérdida de la oportunidad - habría que determinar primero cual fue el perjuicio y si era lo suficientemente relevante como para merecer una reparación. Entonces, el camino es tratar a la oportunidad perdida como un daño cierto y actual, es decir, como un daño del cual no tenemos ninguna duda sobre su existencia separándolo del beneficio o riesgo que se esperaba obtener, en el primer caso, o evitar en el segundo, ya que, lo que se pretende indemnizar es la pérdida de la oportunidad como tal.

Por otro lado, la postura de este trabajo es que hay que dejar de lado la mirada de la pérdida de la oportunidad como daño incierto, ya que, las probabilidades son eventuales y el beneficio perdido, que es el que nos da la cuantía del daño a indemnizar, es invaluable.

Sin embargo, no es un misterio para nadie que probar la existencia del daño es algo bastante difícil en casos de daños eventuales, futuros y en pérdida de la oportunidad. Entonces, para concluir, se reafirma la postura de tratar la pérdida de la oportunidad según la teoría ontológica o autonomista y satisfacer la certidumbre del daño acreditando que se contaba con una oportunidad y que por un hecho cuyas características se analizan en el siguiente punto, se ha privado de ella.

5. Requisitos de pérdida de la oportunidad

En primer lugar, para estar ante un supuesto de pérdida de la oportunidad deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) Integración de la oportunidad en el contexto actual del individuo,

³² (Domínguez Águila, 1990, p. 126)

³³ (Barros Bourie, 2006, p. 215)

esto quiere decir que ya sea por el desenvolvimiento natural de los hechos o por la actuación normal de una persona ésta puede obtener una ventaja o evitar un daño; (ii) seguridad de la presencia de la oportunidad, es decir certeza de que se tiene la oportunidad y no meras hipótesis imposibles de existir en la realidad; (iii) presencia de un elemento de incertidumbre en la oportunidad, lo que refiere a que existe la posibilidad de aprovechar o perder el resultado final; (iv) imposibilidad de revertir la oportunidad, es decir, que el sujeto pase a una situación que significa haber perdido para siempre la opción de acceder a la ventaja o evitar el menoscabo – muy similar a la incertidumbre causal irreversible que se mencionará más adelante - ;(v) ausencia de garantía completa en relación al desenlace de la situación siendo esta incerteza ajena al ámbito de acción de la persona que pierde la oportunidad.³⁴

³⁴ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 264)

Sección Tercera

Elemento causalidad y su aplicación de teoría de la pérdida de la oportunidad

Resulta imperativo aclarar los siguientes aspectos fundamentales que se desarrollan en la presente sección.

En primer término, de igual manera que en el ámbito del daño, se estudia la pérdida de la oportunidad en relación con el requisito de certeza para su resarcimiento. En el ámbito de la causalidad, se aborda específicamente en casos en los que se presenta una causa de naturaleza incierta.

En segundo lugar, se precisa decir que el daño, al tratar pérdida de la oportunidad en causalidad, no es la pérdida de la oportunidad en sí misma como se expuso anteriormente en este trabajo. El daño en causalidad está determinado por la ventaja final que no se obtuvo o por el daño final que no se pudo evitar.

1. Umbrales de certidumbre

Para abordar situaciones caracterizadas por la falta de certeza, se emplea la técnica del umbral de certidumbre que se ha desarrollado de manera diferente en cada tradición jurídica. Es así como internacionalmente se han adoptado diversas reglas que dan como acreditada la causalidad según el porcentaje de probabilidad de que el daño se hubiera producido como consecuencia del hecho producido.

- Teoría del Todo o Nada.

Se puede explicar en relación a un caso en el que, si el umbral de certidumbre supera el 50 por ciento, se procede a indemnizar porque se estaría certificando el nexo causal. Esta determinación se apoya en técnicas de facilitación probatoria, tales como las presunciones y la teoría del incremento del riesgo o causalidad atenuada.

El profesor Enrique Barros propone como solución para casos en que se necesita arribar a una respuesta certera acudir a esta técnica en los siguientes términos:

“podría estimarse que si las probabilidades son superiores a un umbral (el 50% por ejemplo), se debe dar por establecida la causa y negada en caso contrario... Nada informa el derecho vigente sobre la materia, de modo que la solución queda entregada al discernimiento doctrinario y judicial”.³⁵

Por otro lado, se presenta el análisis del profesor Ramón Domínguez A., quien expone que la teoría del todo o nada “no implica entender que la chance en sí no tenga un valor propio, sino valorar la chance bajo los mismos criterios que el daño pasado y absolutamente cierto”.³⁶

Para evitar la indefensión y establecer el nexo causal en casos en que la teoría del todo o nada no lo logra por no superar el umbral fijado, ésta se puede apoyar o auxiliar en las presunciones y en la teoría de incremento del riesgo o causalidad atenuada.

- Presunciones

Las presunciones fijan como ciertos algunos hechos dada las circunstancias o el ámbito en que se desarrollaron. Pueden ser de dos tipos, de derecho y simplemente legales. Las presunciones de derecho no admiten prueba en contrario y el ejemplo más común es la establecida en el Artículo 8 del Código Civil chileno que establece “Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después de que ésta haya entrado en vigencia”. Las presunciones meramente legales, pueden, por el contrario, ser controvertidas por el demandado. Un ejemplo claro de presunción incorporada en un cuerpo legal en derecho comparado es ilustrado por el profesor Hernán Corral en relación a lo estipulado en Ley Alemana de Responsabilidad del Medio Ambiente: UmweltHG, de 10 de diciembre de 1990.

“El § 6 de la Ley alemana contiene la presunción de causalidad que se radica en que la instalación sea considerada ‘apropiada’ para causar el daño que se reclama en el proceso. El demandante debe probar la adecuación, hecho lo cual, corresponderá al demandado destruir la presunción demostrando que a pesar de ello su instalación no

³⁵ (Barros Bourie, 2006, p. 379)

³⁶ (Domínguez Águila, 1990, p. 151)

fue la cusa del daño. No obstante, el demandado puede descartar la aplicación de la presunción si prueba que ha cumplido con los llamados deberes de utilización. En efecto el número 2 del § 6 dispone que la presunción no se aplica si la instalación ha venido siendo utilizada adecuadamente y que se entiende que lo ha sido si se ha dado cumplimiento a los deberes especiales de utilización y no ha habido ninguna anomalía en su funcionamiento”.³⁷

- Teoría del riesgo o causalidad atenuada.

La teoría del incremento del riesgo o causalidad atenuada se refiere a casos en los cuales per sé el riesgo se tiene como acreditado, como los casos de negligencia médica. A continuación, se ejemplifica nuevamente con un fallo de derecho comparado expuesto en otro artículo por el profesor Hernán Corral. Esta vez analizando una sentencia de la Supreme Court of Washington, *Herskovits. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P.2d 474, Wash. 1983, en relación al caso de una paciente con cáncer al pulmón que no fue diagnosticado a tiempo de manera negligente:

“Aquí se incluyen los supuestos de diagnóstico médico equivocado en los que se prueba que la falta a tiempo de un tratamiento adecuado redujo las expectativas de vida de la persona, aún cuando fuera cierto que moriría igual de haber dispuesto del diagnóstico certero. Así, en un caso en que un equipo médico erró al no diagnosticar a la víctima de un cáncer al pulmón y se probó que la falta de dicho diagnóstico redujo las opciones de sobrevivencia de 39% a 25% la Corte afirmó el nexo causal, aunque permitió cobrar solamente los ingresos dejados de percibir y los gastos médicos”.³⁸

³⁷ (Corral Talciani, 2008, p. 212)

³⁸ (Corral Talciani, 2008a, p. 42)

- Teoría de la causalidad probalística.

La aplicación de esta teoría facilita la posibilidad de establecer una reparación fraccionada o parcial del daño finalmente causado, enfatizando en el análisis y cálculo de las probabilidades.

La pérdida de la oportunidad se configura como una manifestación particular dentro de esta teoría que se examina en conjunción con otras técnicas, como las presunciones y la teoría del todo o nada. Al mismo tiempo, se excluyen aquellos casos en los que la probabilidad es tan mínima o tan elevada que resulta evidente la procedencia o no de la indemnización por el daño causado por la acción de un tercero.

Reafirma esto el profesor Barros al afirmar que “el razonamiento no puede ser puramente especulativo, si no que requiere de la ayuda de expertos que logren mostrar cuál es la probabilidad del daño de no haber mediado negligencia, y el aumento que esa probabilidad experimenta atendida esta última”.³⁹

2. Aplicación de la Teoría de la pérdida de la Oportunidad en relación al nexo causal

Como se ha expuesto en el presente trabajo, la teoría de la pérdida de la oportunidad se puede abordar tanto como técnica de facilitación probatoria en casos en que hay incertidumbre sobre el nexo causal (con ayuda de otros métodos) o también como un daño a indemnizar de manera autónoma, cuyo máximo exponente es profesor Chabas y también el profesor Luis Medina Alcoz.⁴⁰

En esta forma de abordar la pérdida de la oportunidad, se inserta ésta en el nexo causal (a diferencia de la postura mencionada anteriormente que inserta la oportunidad en el daño) y en base al cálculo de probabilidades de alcanzar el resultado esperado es que se puede obtener una forma de indemnización proporcional. En otras palabras, la indemnización se establece de manera proporcional en relación con el daño causado por una negligencia o ilícito que impidió alcanzar la ventaja esperada o de evitar el daño final, lo que es denominado como

³⁹ (Barros Bourie, 2006, p. 381)

⁴⁰ El tema fue abordado en los números 1 y 2 de la Sección Segunda de este trabajo

causalidad probalística. Sin embargo, de aplicar ilimitadamente este criterio se puede llegar a extremos de indemnizar porcentajes de daño muy bajos haciendo ineficiente el uso de esta teoría.

A continuación, se exponen los requisitos aportados por la doctrina para limitar la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en relación al nexo causal. Dado que en Chile no se ha desarrollado mayormente esta teoría, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, los requisitos que se presentan han sido sintetizados por los profesores nacionales Ignacio Ríos y Rodrigo Silva⁴¹ en base a doctrina europea elaborada, específicamente, por el profesor español Medina Alcoz, y el objetivo de su establecimiento es para evitar posibles abusos en casos que se decida invocar la teoría de la pérdida de la oportunidad.

a. Incertidumbre causal estricta o seria.

Se refiere a que el daño debe ser significativo, ya que, las probabilidades extremadamente remotas no merecen reparación, así como tampoco las probabilidades extremadamente altas en las que se tendría plenamente acreditada la causalidad lo que conllevaría una indemnización íntegra para el demandante.⁴²

b. Incertidumbre causal irreversible.

Dice relación con la característica de haberse perdido para siempre la oportunidad, es decir no poder alcanzar sus consecuencias beneficiosas en el futuro.

c. Incertidumbre causal intrínseca.

Se refiere al origen de la falta de prueba que produce incertidumbre causal, verificándose “cuando se haya llegado a la incerteza producto de una falta de prueba de la relación de causalidad por razones ajenas a la víctima habiendo esta empleado todos los esfuerzos destinados a dar por probada la relación natural de causa-efecto”.⁴³

Se volverán a tratar estos criterios posteriormente a propósito de análisis de casos de colusión en los que se busca indemnizar daños a los consumidores afectados por ilícitos relacionados a la libre competencia en Chile.

⁴¹ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 192)

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, p.195

Sección Cuarta

Aplicación de la Teoría de Pérdida de la Oportunidad en el derecho nacional de libre competencia

1. Aplicación en derecho nacional

- Doctrina.

La gran mayoría de la doctrina nacional no reconoce la teoría de la pérdida de la oportunidad, ya que se enseñan y reproducen constantemente las enseñanzas del profesor Arturo Alessandri Rodríguez quien niega la posibilidad de indemnizar cualquier tipo de daño eventual en el siguiente tenor “Un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por fundadas que parezcan, sea presente o futuro, no da derecho a indemnización”⁴⁴ y profundiza respecto a las posibilidades de reparación de expectativas diciendo que “la privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto”.⁴⁵

Según el profesor Mauricio Tapia Rodríguez, esta definición tan aceptada, coarta la posibilidad de surgimiento de otros tipos de daños indemnizables e incluso acceder a una indemnización parcial como en el caso de las oportunidades, ya que, no son posibles de encajar en el ámbito estrictamente de daño cierto, por lo que se incluyen inmediatamente en la categoría de daño eventual que como ya se ha dicho, no es susceptible de indemnización según esta tradicional visión doctrinaria.⁴⁶

Otro autor que se expresa al respecto es José Luis Diez quién, por una parte, reconoce que “La chance en sí puede tener, y de hecho tiene, un valor económico o apreciable en dinero, por lo que su pérdida a causa de un hecho ilícito deberá ser indemnizada”⁴⁷, sin embargo, por otra no se explaya mayormente argumentando que “No obstante que esta materia puede tener múltiples aplicaciones prácticas, hasta el día de hoy es desconocida para nuestros tribunales. De ahí que no ahondemos en más comentarios”.⁴⁸

⁴⁴ (Alessandri Rodríguez, 2005, p. 158)

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 213)

⁴⁷ (Diez Schwerter, 1997, p. 60)

⁴⁸ *Ibíd.*

A continuación, se verá como el paso del tiempo ha desmentido el comentario de este autor.

- Jurisprudencia.

La jurisprudencia nacional que menciona la pérdida de oportunidad ha sido recopilada, analizada y separada en tres grupos en el libro Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad de Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi de manera muy completa.⁴⁹

De los fallos mencionados parece pertinente destacar los siguientes:

(I) En primer lugar, la sentencia acoje indemnización por pérdida de la oportunidad, pero ésta no es nombrada como tal dada la ignorancia que los jueces tienen respecto a ella⁵⁰. La sentencia emanó de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 de marzo de 2007⁵¹, luego confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante fallo de 7 de abril de 2009.⁵²

En este caso se accede a indemnizar a los causahabientes de un trabajador muerto en un accidente laboral con el monto de \$240.000.000 estimando como expectativa de vida laboral activa de la víctima la edad de 55 años incluyendo la indemnización en la categoría de lucro cesante.

Parece muy acertada la crítica que hace Ramón Domínguez Águila a este respecto, ya que, nada asegura que el hombre fallecido lograría trabajar continuamente hasta los 55 años como estimó el tribunal, porque ni siquiera es factible asegurar que se pueda mantener vivo hasta alcanzar aquella edad. Asimismo, la jurisprudencia previa respecto a casos similares⁵³ se había negado a otorgar indemnización en casos de incapacidad laboral por lucro cesante acudiendo a la misma línea argumentativa, es decir, que el lucro cesante se ha de reparar solamente cuando el daño de impedir una ganancia futura sea cierto. El mencionado autor encuentra razonable aquella postura y, entonces, para explicar adecuadamente la categoría

⁴⁹ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 218)

⁵⁰ *Ibíd.*, p.219

⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2007, rol N°5368-2005

⁵² Excma. Corte Suprema, 7 de abril de 2009, rol N° 3172-2007

⁵³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 8 de agosto de 2008, rol N°76-2006 y Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de enero de 2000, rol N°167-1999

de la indemnización concedida propone categorizarla como pérdida de la oportunidad y lograr, al mismo tiempo, una armonización de la jurisprudencia.⁵⁴

(II) El fallo que se analiza a continuación es interesante, ya que, se alega ante la Excma. Corte Suprema la existencia de la pérdida de la oportunidad, sin embargo, el máximo tribunal no la acoge. Éste fue dictado por la Corte Suprema con fecha 23 de junio de 2009⁵⁵ y revoca un fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 23 de septiembre de 2006.⁵⁶

El asunto es fallado por la Corte de Apelaciones de Concepción, tribunal que había condenado al Servicio de Salud de la misma ciudad a pagar indemnización por concepto de daño moral la suma de \$20.000.000 por incurrir en falta de servicio que terminó causando la muerte de doña Rosa del Carmen Contreras.

Sin embargo, tras leer los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones la defensa del Servicio de Salud repara en una contradicción, ya que, por una parte, se condena por falta de servicio; “9º .. es dable concluir que la probada omisión de debido servicio de la demandada, originó el fallecimiento de Rosa del Carmen Contreras Henríquez”⁵⁷ y al mismo tiempo se admite que, aunque hubiese la víctima recibido un servicio oportuno, ésta podría haber fallecido de todos modos debido a la naturaleza de su enfermedad, “11º Que no pretende afirmarse que por el hecho de obrarse con la prontitud y preocupación requeridas, ello necesariamente hubiese redundado en un resultado distinto de la muerte que en definitiva ocurrió”⁵⁸.

La Excma. Corte Suprema acoge la confusión en que se alega incurrió la Corte de Apelaciones de Concepción “5º... de la simple lectura de los motivos noveno y undécimo del fallo de segundo grado es posible advertir la contradicción que se denuncia”⁵⁹, empero, en el ámbito que incumbe a este trabajo, el máximo tribunal se pronuncia en el mismo considerando

⁵⁴ (Domínguez Águila, 2008, p. 279)

⁵⁵ Excma. Corte Suprema, 23 de junio de 2009, rol N° 6274-2007

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de septiembre de 2006, rol N° 3530-2004

⁵⁷ *Ibíd.*, considerando 9º

⁵⁸ *Ibíd.*, considerando 11º

⁵⁹ Excma. Corte Suprema, 23 de junio de 2009, rol N° 6274-2007, considerando 5º

negando la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en el tenor de lo expuesto anteriormente de la siguiente manera:

“5º... se produce al haberse condenado por un daño no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es lo que la doctrina ha denominado la pérdida de la chance. El daño para ser indemnizable debe ser efectivo y no eventual. Por ello no lo es la pérdida de una opción de recuperación de la salud”⁶⁰

(III) Las sentencias que dictaron en el siguiente caso se refieren explícitamente a la pérdida de oportunidad de ganar un juicio por tramitación, aunque no se otorga indemnización de perjuicios por ésta causal. En los tres fallos se reflexiona sobre la existencia de la pérdida de oportunidad.

El Primer Juzgado de Letras de Osorno con fecha 10 de agosto de 2006 acredita el daño por pérdida de oportunidad “31º) ...el daño consistió en la pérdida de la posibilidad de ganar un juicio laboral”⁶¹. Luego la Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 26 de diciembre de 2006⁶² se explaya en relación a la definición de pérdida de la chance,

“5º Que, en el caso de autos, para determinar si existe un daño, y si dicho daño es cierto; esto es, de que se haya producido realmente como presupuesto indemnizatorio se puede utilizar el expediente acuñado por la doctrina francesa da la “*perte d’une chance*” (pérdida de una chance). En otras palabras, la expectativa más o menos cierta de ganar o perder. Ello supone, en el caso de marras, la reconstrucción mental hipotética de lo que habría sucedido si el juicio laboral hubiese sido tramitado completamente”⁶³.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Primer juzgado de Letras de Osorno, rol Nº 921-2005

⁶² Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de diciembre de 2006, rol Nº 1084-2006

⁶³ *Ibid.*, considerando 5º

Luego de éste análisis, el tribunal de alzada considera que no es válido solicitar indemnización bajo pérdida de la oportunidad, ya que, luego de indagar las posibilidades de éxito en el juicio, de haberse tramitado correctamente, el resultado de éste podría haber sido igualmente contrario a las pretensiones del trabajador,

“6º ... la chance o expectativa de obtener por la parte demandante, atendida la excepción opuesta, y por tratarse, en esencia, del evento incierto de la Litis, no permite afirmar la realidad, efectividad y certidumbre del daño. Por consiguiente, no se puede condenar a su resarcimiento por ser hipotético y eventual”⁶⁴

El razonamiento expreso en éste dictamen fue, finalmente, confirmado por la Excma. Corte Suprema con fecha 27 de octubre de 2008⁶⁵ .

(IV) Los últimos pronunciamientos de tribunales nacionales que se citan son muy relevantes porque tratan y acogen la teoría de la pérdida de la oportunidad accediendo a indemnizar daños por aquél concepto. Lo que resulta más novedoso es que acceden a la indemnización y admiten existencia de daño a pesar de la falta de nexo causal que es la razón que se utilizaba por los tribunales para rechazar la indemnización en casos revisados anteriormente, por lo que se puede decir que están indemnizando derechamente la pérdida de oportunidad.

Las sentencias se pronuncian sobre una demanda de negligencia de la que fue víctima un paciente del Hospital Gustavo Fricke quién murió años después que se le practicara una biopsia la cual fue señalada erróneamente como benigna. La biopsia errónea fue practicada en 2003, diagnosticándose en 2004 un melanoma maligno luego de realizar una nueva biopsia tras presentar la paciente dolores en el esternón y un aborto espontáneo⁶⁶.

Respecto a la inexistencia de nexo causal se expresa la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la siguiente manera “9º ... no se ha acreditado que entre la muerte de doña Karen Ojeda y

⁶⁴ *Ibíd.*, considerando 6º

⁶⁵ Corte Suprema, 27 de octubre de 2008, rol N° 1021-2007, Considerandos 7º y 8º

⁶⁶ (Ríos Erazo & Silva Goñi, 2014, p. 238)

la realización de una biopsia en forma negligente exista un *nexo causal* que permita demandar indemnización por su fallecimiento”.⁶⁷ Es así como el mencionado tribunal niega indemnizar a los familiares de la mujer difunta por la muerte de su ser querido, “14º... ya que como se ha concluido el fallecimiento no fue ocasionado por la negligencia del diagnóstico”⁶⁸.

Luego de negar la relación causal y la indemnización correspondiente por la muerte de la paciente, reconoce el tribunal de alzada tanto la pérdida de la oportunidad de acceder a un mejor tratamiento como la pérdida de oportunidad de aspirar a mayor tiempo de vida como consecuencia del acto culposo (negligencia) en los siguientes términos:

“13º ... el error culpable en el diagnóstico que fue objeto la privó durante más de un año de acceder a un tratamiento que pudo darle una mejor calidad de vida en su enfermedad lo que constituye un hecho notorio y que emana del sentido común, puesto que ante cualquier dolencia que cause aún pequeñas molestias, no cabe duda que el paciente se sentirá mejor si aquella es tratada ... habiéndosele privado también de haber podido aspirar a una sobrevida, aún cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance”.⁶⁹

Finalmente, accede a indemnizar por daño moral a los familiares dado que se les privó de vivir más tiempo con su ser querido fallecido. Esto podría ser el único punto débil del análisis de la teoría de la pérdida de la oportunidad, ya que, no la identifica como una categoría de daño autónomo.⁷⁰

“10º) Que, sin embargo, es un hecho de la causa que a raíz de este error en el diagnóstico doña Karen Ojeda Molina, no tuvo conocimiento, ni atención médica derivada de la enfermedad que padecía, sin o hasta más de un año después,

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2008, rol N°3346-2005

⁶⁸ *Ibíd.*, considerando 14º

⁶⁹ *Ibíd.*, considerando 13º

⁷⁰ Revisar Sección Segunda número 2 del presente trabajo

viéndose afectada por ende su proyección de vida, como también el derecho a saber acerca de la enfermedad que la aquejaba, daño que formal y explícitamente se plantea en la demanda, en el acápite signado como N°13, último párrafo, y que naturalmente sus consecuencias alcanzan a los demandantes provocándoles un sufrimiento que corresponde ser considerado como daño moral”.⁷¹

La Excma. Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 20 de enero de 2011 rechazó el recurso de casación en la forma y reafirmó el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconociendo la claridad de los considerandos 13º y 14º de la sentencia de segunda instancia como a continuación se muestra:

“8º ... mientras en el motivo décimo tercero los sentenciadores de segundo grado concluyen que la pérdida de posibilidades de un mejor tratamiento y una mayor sobrevivencia de la víctima doña Karen Ojeda no es transmisible para determinar una indemnización a favor de los actores, en el fundamento décimo cuarto, en cambio, entregan los motivos por los cuales, no obstante ello, se acogerá la demanda, considerando que los demandantes revisten la calidad de víctimas directas en cuanto han sufrido un perjuicio personal, constituido por el no haber podido presenciar que si hija, hermana y cónyuge tuviera el tratamiento médico más adecuado y también por su dolor al no haber podido tenerla con ellos por un mayor tiempo”.⁷²

2. Aplicación en Libre Competencia

A. Caso Farmacias

- Explicación

⁷¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2008, rol N°3346-2005, considerando 10º

⁷² Excma. Corte Suprema, 20 de enero de 2011, rol N° 2074-2009

El caso farmacias comenzó legalmente cuando la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó una solicitud con el número de rol C 184-08 ante el Tribunal de Defensa de la libre Competencia (TDLC), acusando a Farmacias Ahumada S.A. (FASA), Farmacias Cruz Verde S.A. (Cruz verde) y Farmacias Salcobrand S.A. (Salcobrand).

La solicitud fue presentada por la FNE debido a la supuesta violación de las leyes de defensa de la libre competencia, específicamente, a acciones y acuerdos que, según el demandante, tenían como objetivo y efecto fijar de manera conjunta los precios de venta al público de productos farmacéuticos.⁷³ Estas acciones se refieren al compartimento descrito en la letra a) del segundo inciso del artículo 3º del Decreto Ley 211 sobre normas para la defensa de la libre competencia, a saber

“Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”⁷⁴

⁷³ (González, 2013, p. 422)

⁷⁴ (DFL 1 Fija El Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado Del Decreto Ley N°211 de 1973, 2005)

Este requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica fue acogido por el Tribunal de la Libre Competencia en la sentencia N° 119-2012 de fecha 31 de enero de 2012 condenando de manera unánime a las cadenas de farmacias Cruz Verde y Salcobrand a pagar multas de 20.000 UTA por parte de cada una. El monto de esta condena se establece ante la evidencia obtenida y demostrada por medio de declaraciones de ejecutivos tanto de farmacias como de laboratorios implicados y también en correos electrónicos entre ellos, la presencia de acciones y acuerdos diseñados con el propósito y resultado de establecer de manera coordinada un aumento en el valor de comercialización al público de al menos 206 de 222 medicamentos en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, ambos inclusive. Básicamente, las farmacias comunicaban a los laboratorios el día en que subirían los precios de tal medicamento y el laboratorio comunicaba a las demás cadenas de farmacias para que secundaran en los días posteriores. Asimismo, las empresas coludidas tenían formas extraordinarias de monitoreo (cotizando en días seguidos los precios de la competencia, algo anormal en el mercado) para acreditar que todas cumplieran con las alzas pre acordadas.

Posteriormente, Salcobrand y Cruz Verde interpusieron un recurso de reclamación ante la Excm. Corte Suprema el cual fue rechazado por lo que se pasa por alto su análisis.⁷⁵

Particular desenlace tuvo el caso respecto de Farmacias Ahumada S.A., ya que, antes de contestar el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, los representantes de esta cadena se acercaron para lograr un acuerdo tipo conciliación que fue sometido a autorización del Tribunal de la Libre Competencia.

Este acuerdo tuvo las características de una delación compensada, mecanismo que no estaba contemplado en la legislación nacional para ese entonces y que fue incorporado mediante la Ley N° 20.361 de 13 de julio de 2009 y fue bastante útil para el proceso, ya que, además de reconocer hechos propios, Farmacias Ahumada aportó información relevante sobre conductas realizadas por las demás cadenas de farmacias lo que sirvió como prueba para fundar la posterior sentencia.

⁷⁵ Corte Suprema, rol 2578-2012

En el marco de este acuerdo, FASA también se comprometió al pago de 1.350 UTA a beneficio social mediante un plan propuesto por ellos mismos y denominado como Plan de Reembolso y Compensación a Consumidores.⁷⁶

- Análisis indemnización

En cuanto a indemnización a consumidores afectados, el año 2013 el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), interpuso una demanda colectiva en contra de las tres farmacias coludidas según determinación del Tribunal de la Libre Competencia y ratificada por sentencia de la Excm. Corte Suprema. La acción buscaba reparar a los consumidores afectados, proponiendo separarlos en dos grupos determinados basándose en estrategias y enfoques sugeridos tanto por la dirección de Competencia de la Unión Europea como por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para abordar prácticas anticompetitivas que causan daño a los consumidores finales, como lo es cuando las empresas realizan acuerdos ilegales para fijar precios. Estos grupos son; (i) consumidores que tuvieron que pagar de más por los medicamentos, debiéndoseles indemnizar el perjuicio del sobreprecio pagado y (ii) consumidores que se vieron impedidos de adquirir medicamentos a causa del alza artificial de precios y se vieron obligados a dejar sus tratamientos o tuvieron que adquirir remedios de menor calidad, debiendo ser indemnizados por lucro cesante.⁷⁷

El proceso lo llevó a cabo el 10º Juzgado Civil de Santiago que declaró admisible el procedimiento colectivo del Título IV de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores para perseguir indemnización de perjuicios colectivos teniendo como antecedente una infracción al DL N°211 declarado por el Tribunal de la Libre Competencia (a saber, en el tiempo de la interposición de la demanda de SERNAC no existía la Ley 20.945 que data del año 2016 y que permite las acciones follow on, como se verá en el análisis del siguiente caso).

En cuanto a la indemnización propiamente tal, el tribunal acogió la división de los consumidores afectados en dos grupos (afectados por pago de sobreprecio y afectados por no poder comprar medicamento) y condenó, en base a un estudio realizado por el economista Aldo González, a pagar perjuicios por daño emergente ascendientes a la suma de

⁷⁶ (Tomic P., 2020)

⁷⁷ (*Colusión de medicamentos*, 2013)

\$1.736.961.314 a los afectados incluidos en el primer grupo y por la suma de \$284.916.956 a los consumidores afectados incluidos en el grupo número dos.⁷⁸

El mencionado informe cuantificó los daños para ambos grupos y se construyó un escenario hipotético contrafactual que representa las condiciones que habrían prevalecido en el mercado de no mediar acuerdo colusivo entre las cadenas de farmacias. Para cuantificar el daño relacionado con los sobrepagos, la hipótesis contrafactual se abordó desde dos enfoques metodológicos diferentes. El primero consiste en el promedio de los precios reales a lo largo de todo el período para el cual se disponía de información de precios, abarcando desde enero de 2006 hasta el inicio de la colusión en diciembre de 2007. En el segundo período el precio contrafactual se construye utilizando los precios reales de los medicamentos que estaban en el mercado en los cuatro meses anteriores al inicio del acuerdo colusivo.

Por otro lado, para evaluar el daño asociado a quienes no pudieron adquirir el o los medicamentos dado el sobrepago, se utilizó un modelo econométrico que permitió estimar una función de demanda. A partir de esta función, se extrajo un valor representativo de la elasticidad precio de la demanda para todos los medicamentos involucrados en el acto colusivo.⁷⁹

Sin embargo, respecto a las farmacias Cruz Verde y Salcaobrand, el método de indemnización y de dar fin al juicio colectivo recién tratado se llevó a cabo, finalmente, producto de un avenimiento suscrito a fines del año 2020 entre las farmacias recién mencionadas y las siguientes asociaciones de consumidores; Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS); la Asociación de Consumidores y Usuarios Nuestro Tiempo (ACU Nuestro Tiempo) y la Asociación Nacional de Consumidores y Usuarios de la Seguridad Social de Chile (ANADEUS). Farmacias Ahumada no participó de éste acuerdo que se analiza a continuación. El avenimiento fue autorizado por el tribunal y los pagos a consumidores afectados se comenzaron a hacer con fecha 14 de diciembre de 2020.⁸⁰

Para determinar el número de consumidores a indemnizar se inventó, con ayuda del SERNAC y de Fundación Epistemonikos, un mecanismo que siguiendo los criterios de; (i) gravedad de

⁷⁸ (Tomic P., 2020)

⁷⁹ (Gonzalez, 2015, p. 25)

⁸⁰ (Comenzó el pago de las compensaciones a los consumidores por la colusión de las farmacias, 2020)

la enfermedad; (ii) frecuencia del uso del medicamento; (iii) efecto del medicamento y (iv) inexistencia de alternativas arribaron al número de 206 medicamentos llamados éticos que cubren seis categorías de enfermedades consideradas como objeto de indemnización y manteniéndose las dos categorías de consumidores afectados, es decir, los clientes que compraron el medicamento pagando un sobreprecio por un lado, y los clientes que dejaron de adquirir el medicamento, ya que no pudieron pagar el precio colusorio, por otra.

La indemnización para los consumidores integrantes del primer grupo, (daño asociado a sobreprecio) que se estableció en 52.622 clientes, contempla el pago de una indemnización de \$22.000 para cada uno lo que significa un desembolso total de \$1.180.000.000 por parte de ambas cadenas de farmacias. La forma de pago para los afectados será en una Cuenta RUT y en caso de no tenerla, podían retirarla en sucursales de Banco Estado y ServiEstado en el plazo de un año.

Para el segundo grupo de consumidores (daño asociado a cantidad) se propuso un interesante mecanismo que priva a las empresas coludidas de hacerse con los recursos obtenidos de manera ilícita pese a que, por la naturaleza de la relación con los afectados, estos no puedan cobrar la indemnización por diversas razones como falta de pruebas, desinformación, etc.

El mecanismo es llamado fluid recovery y actúa como complemento y/o reemplazo de una repartición real de indemnizaciones hacia clientes afectados. El proceso implica que, en situaciones donde no se distribuyan en su totalidad los fondos entre los miembros del grupo afectado, se proceda a canalizar los remanentes o recursos no asignados hacia un receptor que se dedique a ámbitos similares a los del colectivo perjudicado.⁸¹ De esta manera, y como se señaló en el párrafo anterior, se asegura que los infractores no lucren de manera ilegal y, al mismo tiempo, se cumpla con el propósito de indemnizar aunque sea de manera indirecta a los afectados (al ordenarse el pago de indemnización a una organización afín).

Hoy en día este procedimiento está recogido en el artículo 53 B inciso final de la Ley N° 21.081. El monto establecido a pagar por parte de las cadenas de farmacias en relación a este grupo de consumidores afectados asciende a la suma de \$205.577.413 y el destinatario que recibirá el remanente de dinero no retirado desde cuentas Rut o BancoEstado será donado a la

⁸¹ (Aguirrezabal Grünstein, s. f., p. 19)

Fundación de Ayuda al Niño Oncológico Sagrada Familia que recibe y trata a niños enfermos de cáncer proveniente de familias vulnerables.

Dando cumplimiento a lo estipulado en la legislación, el avenimiento incluye la habilitación de una página web donde cada ciudadano podrá consultar con su Rol Único Tributario si pertenece o no al grupo beneficiado con la correspondiente indemnización. De existir consumidores que creen haber sido perjudicado por los hechos ilícitos mencionados en la descripción de este caso, pero no están registrados como beneficiarios, tienen la opción de pedir al SERNAC que evalúe su situación utilizando la misma plataforma, acompañando comprobante de pago o de compra y cumpliendo con los siguientes requisitos; (i) Ser persona natural mayor de 18 años, con cédula de identidad vigente y estar vivo al día de la suscripción del acuerdo; (ii) Ser consumidor final; (iii) Haber comprado alguno de los 26 medicamentos indicados a indemnizar en el período que media entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 en montos y cantidades razonables según el consumo normal para un cliente promedio; (iv) Que el o los medicamentos hayan sido comprados para tratar o paliar una enfermedad o patología crónica o de mayor gravedad, que sea una patología de carácter ético y/o aquellos medicamentos señalados con menos inelasticidad de la demanda.⁸²

- Comentario sobre si se observa o no un caso pérdida de la oportunidad y si la indemnización emanada del avenimiento puede responder a esta misma categoría.

A continuación, corresponde analizar si las formas de reparación y la manera en que ésta se ha de pagar se pueden catalogar como una indemnización de daño por pérdida de la oportunidad desde el punto de vista de una persona en particular y en base a lo que en este trabajo se ha expuesto acerca de la mencionada teoría.

Para estos fines hay que acudir, primeramente, a los requisitos señalados en la sección 3.3. y determinar si se aplican a la situación de una persona común y corriente que, por ejemplo, padecía o padece alguna de las enfermedades calificadas como crónicas por el informe elaborado por la Fundación Epistemonikos, entidad que tiene por objeto la concepción y desarrollo de enfoques metodológicos fundamentados en la verificación y aplicación rigurosa de resultados provenientes de investigaciones científicas de alta calidad relacionadas con el área de la salud.

⁸² (Tomic P., 2020)

Se propone el caso de una persona que sufre dos de las enfermedades cuyos medicamentos fueron considerados objeto de indemnización en el avenimiento anteriormente explicado. La persona afectada sufre de asma y Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC) y debe consumir un medicamento incluido en la categoría de Corticoides inhalatorios y broncodilatadores de vida media larga. Este individuo debe inhalar periódicamente el medicamento en aerosol Herolan Aerosol 10 ml 200 dosis, el medicamento mencionado debe ser prescrito por receta médica, sirve para tratar asma bronquial esteroide dependiente y la mencionada EPOC.

El medicamento en aerosol sufrió las modificaciones de precio en período colusivo según se muestra esta selección de la Tabla N° 61 incluida en la sentencia N°119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

Extracto Tabla N°61 precios moda de venta diarios vs cotizaciones en CV y FASA Herolan Aerosol 10 ml 200 dosis (N° 6 del Requerimiento FNE y que se omiten las cotizaciones) ⁸³

Fecha	Precio moda venta Cruz Verde	Precio moda venta Salcobrand	Precio moda venta FASA
26-12-2007	3.030	3.032	3.160
27-12-2007	3.030	5.600	3.160
28-12-2007	5.598	5.600	3.160
29-12-2007	5.598	5.600	5.600
30-12-2007	5.598	5.600	5.600

Como queda claramente graficado en el cuadro, para el día 29 de diciembre de 2007, la persona usuaria de Herolan Aerosol 10 ml 200 dosis, solo podía acceder a comprar a precio colusivo considerablemente mayor al que podía comparar solo 3 días antes en las tres principales cadenas de farmacias que unidas “gozaban en diciembre del año 2007 de un poder de mercado cercano al total. En efecto, en su conjunto, correspondía al 92% del mercado (en

⁸³ (Sentencia N° 119/2012, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A, Farmacias Cruz Verde S.A y Farmacias Salcobrand”, 2012, p. 123)

ventas de medicamentos), siendo un 27,7% para Farmacias Ahumada, 50,6 % para Cruz Verde y Salcobrand presentaba un 23,8%". (cita considerando 14 sentencia 119 corte suprema.). Para completar el cuadro, hay que señalar que un inhalador salbutamol genérico tiene un precio tres veces menor, pero no contiene todos los componentes que el medicamento tomado de ejemplo.

Entonces, según las definiciones aportadas en el desarrollo del presente trabajo se puede establecer que la situación a la que está expuesta la persona que se ha tomado como ejemplo responde a un caso de pérdida de la oportunidad. El fundamento radica en que, debido al acuerdo colusorio entre las farmacias se ha privado al sujeto enfermo de tres situaciones relevantes; (i) la oportunidad de acceder a una mejor situación patrimonial pagando menos dinero por el medicamento que ha subido artificialmente su precio; (ii) la oportunidad de elegir entre una u otra cadena proveedora del remedio que necesita dado que la diferencia de precio es de tres pesos lo que en la práctica no hace ninguna diferencia; y (iii) la oportunidad de acceder a un tratamiento que mejora su calidad de vida y permite enfrentar el diario vivir de manera adecuada realizando correctamente algo tan importante para un ser vivo como respirar de manera satisfactoria.

Asimismo, el caso en cuestión satisface los criterios de pérdida de la oportunidad en el sentido de que no se está ante una mera hipótesis, si no que la oportunidad de acceder a un mejor precio, a elegir y a un tratamiento efectivo realmente se ha perdido por el ilícito lo que se demuestra con el hecho de que en tres días consecutivos las tres cadenas de farmacias homologaron sus precios según demuestra el cuadro. Asimismo, la situación que se ha generado es imposible de ser revertida. Por último, se puede establecer la presencia de un alea, ya que, nada asegura que, inclusive con los precios de mercado sin mediar colusión, el sujeto enfermo de asma y EPOC haya podido con completa seguridad haber accedido a la compra del inhalador Herolan Aerosol y seguir adecuadamente el tratamiento prescrito.

Por su parte, en cuanto al elemento causalidad, salta a la vista que se satisface la incertidumbre causal estricta, ya que, la probabilidad de certeza del daño es significativo. También satisface la incertidumbre causal irreversible, ya que, la situación de elegir en contexto de precios no colusorios no se puede recuperar y en cuanto a incertidumbre causal intrínseca, queda de manifiesto que el enfermo/consumidor afectado no tiene control sobre el hecho ilícito y no ha contribuido de ninguna manera en su exposición a aquél.

Para finalizar, es necesario aclarar dos puntos en relación con la naturaleza de la indemnización en relación con los dos grupos de consumidores afectados que se explicaron con antelación en la explicación del caso y las indemnizaciones ordenadas.

En opinión de este trabajo, en el caso de las farmacias coludidas aterrizado en el ejemplo del sujeto enfermo analizado en los párrafos anteriores es completamente factible aseverar que se ha indemnizado tanto por daño emergente como por pérdida de la oportunidad. Al modo de ver del autor de esta tesis, el grupo de clientes que han pagado sobreprecio por un medicamento parte del acuerdo colusivo, si bien han perdido la oportunidad de acceder a un precio justo, el objeto de la indemnización es más por el lucro cesante, ya que la certidumbre del daño es plena y la relación de causalidad entre el daño e ilícito anticompetitivo también lo es.

En cuanto al segundo grupo de consumidores (que dejaron de adquirir el bien por el sobreprecio colusorio) queda más claro el cumplimiento de los requisitos explicados en relación a este caso en los párrafos anteriores que enmarcan la indemnización recibida como una reparación a la pérdida de oportunidad, ya que, es probable – no seguro - que con un precio justo de mercado si hayan podido acceder al medicamento y dada esta incerteza el monto a indemnizar es menor que en el primer grupo de clientes que compraron medicamentos con sobreprecio.

Dadas estas características, el mecanismo de indemnización de fluid recovery parece ser apropiado porque, a pesar de no indemnizar a cada afectado en particular por la pérdida de la oportunidad se hace cargo de las dificultades prácticas de intentar llevarla a cabo, pero sin descuidar la búsqueda de la justicia en tanto no se deja impune la falta cometida, en este caso, por las cadenas de farmacias coludidas.

B. Caso colusión pollos/supermercados

- Explicación

El Tribunal de la Libre Competencia acogió con fecha 28 de febrero de 2019⁸⁴ el requerimiento⁸⁵ interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud, SMU y Walmart condenando a todas estas sociedades por participar en un acuerdo o práctica concertada destinada a fijar un precio igual o superior a su precio de lista mayorista al menos entre los años 2008 y 2011.

Estos acuerdos se llevaban a cabo por intermedio de sus proveedores e infringieron según el Tribunal, el artículo 3 inciso primero y segundo letra a) del DL 211.⁸⁶ Lo particular del caso fue la forma en que se pusieron de acuerdo para cometer el ilícito. Como se anticipó en el párrafo anterior, los pactos se hicieron a través de sus proveedores, por lo que éstos productores fueron sancionados mediante “un proceso separado y previo, por haberse coludido aguas arriba, en el mercado nacional de venta de carne de pollo fresca entre los años 1994 y 2010. En dicho procedimiento además se ordenó disolver la asociación gremial que los agrupaba”.⁸⁷

El Tribunal de la Libre Competencia en su sentencia condenatoria N° 167/2019 impuso una multa de 5.766 UTA a Cencosud, 3.438 UTA a SMU y 4.743 a Walmart. Recurrida aquella sentencia, La Exelentísima Corte Suprema, aumentó el monto de las multas impuestas quedando en 11.532 para Cencosud, 6.876 para UTA y 11.160 para Walmart. Se argumentó como razón de aumento de los montos la intención de generar un efecto disuasivo y castigar duramente a las empresas coludidas dada la gravedad de la colusión en que incurrieron por el tipo de producto y período de tiempo que duró⁸⁸.

- Análisis indemnización

Estas multas a beneficio fiscal parecen ser adecuadas según lo que la misma sentencia ha argumentado. Sin embargo, queda un flanco muy importante sin cubrir, la reparación a los clientes que han sufrido la colusión entre los supermercados en particular.

Primeramente, se dispuso mediante Resolución Exenta N°875 de fecha 7 de noviembre de 2019 el inicio de Procedimiento Voluntario para la protección del interés Colectivo o difuso

⁸⁴ (Sentencia N°167/2019, “FNE contra CENCOSUD, SMU y Walmart”, 2019)

⁸⁵ (Fiscalía Nacional Económica, 2016)

⁸⁶ (DFL 1 Fija El Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado Del Decreto Ley N°211 de 1973, 2005)

⁸⁷ (Tomic P., 2020)

⁸⁸ (Sentencia N°167/2019, “FNE contra CENCOSUD, SMU y Walmart”, 2019)

(PVC) entre SERNAC con Cencosud, Walmart, SMU y las empresas proveedoras de pollo Agrícola Agrosuper S.A., Empresa Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo limitada. Siendo las cadenas de supermercados las que interesan para el análisis del presente trabajo.

Este procedimiento voluntario – PVC - tiene como objetivo compensar a los consumidores afectados por la colusión de los supermercados y está reglado en el Título IV, párrafo 4º de la Ley 19.496 y rigiéndose bajo los principios de indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la economía procesal, la integridad y el debido proceso pretende obtener una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que pueden afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores.⁸⁹

Luego los PVC fueron desacumulados, SMU mediante Resolución Exenta N° 495 y Walmart mediante Resolución Exenta N° 496, ambos de fecha 3 de julio del año 2020.

Sin embargo, el procedimiento no fue exitoso terminándose mediante Resolución Exenta N° 831 de fecha 16 de diciembre de 2020 respecto a las empresas Agrícola Agrosuper S.A., Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y Cencosud S.A., dada la falta de interés de las empresas y vencimiento del plazo estipulado para llegar a un acuerdo.

De similar forma, mediante Resolución Exenta N° 594 de fecha 12 de agosto de 2021 se declara el término fracasado del Procedimiento Voluntario Colectivo (PVC) con Walmart Chile S.A. por decisión de dicha empresa de no perseverar en el procedimiento en cuestión manifestado por escrito con fecha 10 de agosto de 2021⁹⁰. Finalmente, con fecha 13 de agosto de 2021 y mediante Resolución Exenta N° 602 se declara también fracasado el PVC respecto de SMU S.A., por no arribar a acuerdo en plazo estipulado.

Ante la imposibilidad de establecer indemnización a los consumidores por la vía de procedimiento Voluntario Colectivo (PVC), el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), en uso de las potestades señaladas en el Artículo N° 58 letra g) de la Ley de Protección al Consumidor, interpuso dos demandas colectivas, la primera en contra de Cencosud y la segunda en contra de Walmart Chile S.A. y SMU S.A., las cuales fueron declaradas admisibles por el Tribunal de la Libre Competencia con fecha 4 de enero y 2 de septiembre de 2021, respectivamente.

⁸⁹ (Ley 21081. Modifica ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, 2018, p. Art. 54 H)

⁹⁰ (Servicio Nacional del Consumidor, 2021b)

- Descripción y comentario de demandas de indemnización interpuestas por SERNAC contra supermercados coludidos; Cencosud S.A., Walmart Chile S.A. y SMU S.A.

A continuación, se analizan de manera conjunta los argumentos expuestos por el SERNAC en las demandas de indemnización interpuestas contra Cencosud S.A. y Walmart Chile S.S. y SMU S.A, ya que, ambas demandas fueron presentadas con breve diferencia temporal y son muy similares en contenido. Se hace hincapié en el análisis de los daños que pretenden ser reparados en orden a conseguir indemnización para consumidores afectados por el hecho ilícito y dañoso causado por las empresas de retail recién mencionadas.

El primer argumento expuesto dice relación con la interpretación y cuidado que la Ley del Consumidor otorga a éste (principio pro consumidor o favor debilis), al ser la parte más débil de la relación comercial careciendo de poder de negociación e información y estar particularmente indefenso en el contexto del mercado de la carne de pollo, “producto que forma parte de la canasta básica de las familias chilenas de manera transversal y con una demanda inelástica”.⁹¹

Luego justifica la idoneidad de la demanda colectiva en consonancia con la Ley Nº 19.496 sobre protección de los consumidores y explica lúcidamente de la siguiente manera:

“Son varias las razones por las cuales no resulta efectiva una tutela de los derechos de los consumidores si no es en una forma colectiva, entre otras, dada la asimetría de información que existe entre los proveedores y los consumidores, la que como advertimos se acentúa en materia financiera, de lo cual se deriva que estos, en muchas ocasiones, ni siquiera han podido tomar conocimiento del abuso del que han sido víctimas. Por otro lado, los costos de transacción que le significaría a cada consumidor recurrir en forma individual a la justicia, hace ilusorio que ello ocurra en realidad. De esta forma, en los hechos, su derecho a defensa, constitucionalmente

⁹¹ (Servicio Nacional del Consumidor, 2020, p. 14)

garantizado, no podrá ser ejercido en la práctica. Finalmente, si gran cantidad de consumidores recurren a los tribunales, el Poder Judicial se vería inmensamente sobrecargado de trabajo”.⁹²

Profundizando, se cita el Artículo 30 del DL N° 211 que acoge la reclamación de daños producidas por infracciones a la libre competencia mediante acciones follow on, es decir, que se tienen por establecidos los hechos ilícitos anticompetitivos declarados anteriormente por el tribunal.⁹³ Esto, sumado a los argumentos doctrinarios citados en la demanda que señala que en las acciones follow on no solo deben incluirse los hechos acreditados previamente como cosa juzgada, sino también la imputabilidad, ya que, los ilícitos anticompetitivos son siempre dolosos dado el acuerdo que implican y su sostenibilidad en el tiempo. El demandante (SERNAC) termina argumentando esta postura legalmente de la siguiente manera

“... de acuerdo al artículo 30 del DL N° 211, en relación con el artículo 51, N°10, inciso 2° de la LPDC, en este juicio especial de indemnización de perjuicios por afectación al interés colectivo y difuso de los consumidores, la sentencia dictada por SSH., confirmada por la Excma. Corte Suprema, y ya debidamente ejecutoriada, genera cosa juzgada en relación a los hechos que ella establece – lo que comprende el hecho colusorio, su imputabilidad y la existencia de los daños, según se verá – siendo sólo necesario centrar la discusión en la cuantía de los daños y la relación de causalidad”.⁹⁴

A continuación, la demanda de SERNAC se refiere al daño y la necesidad de ser este reparado íntegramente. Para comenzar, argumenta según lo indicado en el Artículo 2329 del Código Civil Chileno, “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, norma que, por supuesto, se aplica a los daños sufridos por consumidores en casos de colusión. Consiguientemente, - y en ambas demandas

⁹² *Ibíd.*, pag. 23

⁹³ (DFL 1 Fija El Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado Del Decreto Ley N°211 de 1973, 2005)

⁹⁴ (Servicio Nacional del Consumidor, 2021a, p. 10)

- se define qué tipo de daño se debe indemnizar según el grupo de consumidores que fue afectado por el ilícito anticompetitivo.

Se presenta, en primer lugar, el grupo que adquirió pollo fresco pagando un sobreprecio (interés colectivo) cuyos miembros deben ser indemnizados por daño emergente. Este daño se compone por la diferencia de precio de mercado y precio colusivo entre los años 2008 y 2011 en todo el territorio nacional y el lucro cesante que sería la pérdida de beneficios económicos que acarrea haber comprado carne de pollo con sobre precio.

En segundo lugar, se presenta el grupo de consumidores que no contrataron con el proveedor coludido (interés difuso) y, en cambio; (i) Contrataron con proveedor no infractor y pagaron de igual forma un precio anti competitivo; (ii) los que no contrataron con ningún otro proveedor; (iii) los que compraron menor cantidad de la que necesitaban; (iv) los que compraron productos de menor calidad.

El tipo de daños sufridos según el SERNAC por estos consumidores que vieron afectado su interés difuso (consumidores que no contrataron con ningún otro proveedor, o sea, no compraron junto con los que adquirieron o que compraron pollo de menor calidad o menor cantidad de la que esperaban) debe ser indemnizado según lo estipulado en el Párrafo 3º de la Ley N° 19.496 que regula el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. Jurisprudencialmente, se cita la sentencia del caso de colusión de las farmacias que califica como lucro cesante el daño difuso sufrido por estos consumidores “lucro cesante que estaría representado por la pérdida de utilidad o beneficio que obtendrían dejar de consumir determinado bien, en este caso, el medicamento”.⁹⁵

En la parte más relevante para efectos de este trabajo, el SERNAC como demandante en ambos escritos acude a un importante argumento doctrinario al invocar la reparación del daño difuso como lucro cesante. Específicamente, las demandas se refieren a una categoría que la doctrina ha llamado “**pérdida de una oportunidad**” aludiendo a que el daño ha sido **la pérdida de oportunidad de contratar** (el destacado es del autor del presente trabajo). El SERNAC argumenta en ambos escritos lo siguiente:

⁹⁵ (Sentencia. C-1940-2013 “Servicio Nacional del Consumidor/Farmacias Cruz Verde S.A.”, 2019)

“... este tipo de resarcimiento podría enmarcarse dentro de lo que la doctrina y dogmática civil ha entendido como la pérdida de oportunidad, teoría que ha sido adoptada cada vez de manera más frecuente por nuestros tribunales de justicia. En concreto, supone la indemnización de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de contratar, se trata, entonces, que el hecho dañoso impide al consumidor realizar una elección que con cierta probabilidad iba a ocurrir”.⁹⁶

Y se agrega solamente en demanda contra Cencosud S.A:

“En materia de protección al consumidor, se produce además un daño a la autonomía e indemnidad del consumidor, toda vez que se priva de uno de los elementos más importantes, esto es, su libertad de elección. Los mismos autores tantas veces señalados, han expuesto que la pérdida de chance hoy sí es considerada como un daño cierto, y por lo tanto indemnizable”.⁹⁷

En relación con la cuantificación de los daños recién señalados, la demanda de SERNAC indica que es tarea del juez hacerlo a su discreción una vez indicados y teniendo en cuenta mecanismos auxiliares tales como presunciones⁹⁸, la doctrina y /o economía, más instrumentos aportados por las partes intervinientes como estipula el artículo 51 de la Ley 19.496.

En cuanto al daño moral, que también se solicita indemnizar en las demandas, solo es relevante indicar que ambas se remiten al artículo 51 de la Ley recién citada e invocan como daño moral el engaño en la confianza que los consumidores depositan en la empresa de supermercado, la integridad psíquica de los primeros por la relación de asimetría y desconocimiento en profundidad del negocio versus el demandado y vulneración de la dignidad de los consumidores al no permitir tomar decisiones libremente y respecto a un bien

⁹⁶ El párrafo citado se puede encontrar en las demandas del SERNAC en contra de Cencosud S.A. (Servicio Nacional del Consumidor, 2020, p. 47) y contra de Walmart Chile S.A y SMU S.A. (Servicio Nacional del Consumidor, 2021, p. 33)

⁹⁷ (Servicio Nacional del Consumidor, 2020, p. 47)

⁹⁸ Revisar Sección Tercera, número 1

de primera necesidad y de difícil sustitución para cualquier individuo, además de instrumentalizar a la persona al ser tratada como un medio. La cuantificación de este daño reitera lo señalado en el párrafo anterior en orden a que se deja a discrecionalidad del tribunal.

En cuanto a los requisitos para que el daño sea indemnizable estos, según el criterio de este trabajo, quedan muy bien demostrados en las demandas cuando expresan que se está dañando un interés legítimo (acceder a precios de mercado reales y no artificialmente elevados para obtener ganancias de manera ilegal). El daño es relevante porque

“estos se constituyen en sobreprecios y por la imposibilidad de adquirir el producto, o hacerlo en menor medida, durante un período especialmente largo – al menos de 2008 a 2011 – y respecto de un producto de consumo extendido a nivel nacional, que forma parte de la canasta básica y que es de difícil sustitución”.⁹⁹

Por último, las demandas del SERNAC se explayan sobre un requisito de responsabilidad civil muy importante para este trabajo que es la **relación de causalidad** (el destacado fue agregado por el autor de este trabajo), es decir que, como consecuencia de la colusión, los consumidores pagaron un precio artificialmente elevado – o sobreprecio – por la carne de pollo, debieron dejar de consumirla o hacerlo en menor medida o adquirieron productos de más baja calidad. Al respecto, en base a un informe del economista Aldo González se profundiza que “en lo que respecta a la teoría económica la consecuencia directa de un mercado no competitivo, es el incremento de los precios que pagarán los consumidores finales”.¹⁰⁰

Para no dejar dudas sobre el asunto, las demandas exponen como la práctica dolosa y anticompetitiva de los supermercados satisfacen las diferentes teorías de causalidad del daño; (i) teoría de equivalencia de las condiciones, si se suprime el acuerdo de colusión de precios el mercado hubiera funcionado de forma competitiva no existiendo daño a los consumidores; (ii) teoría de la cusa adecuada, “la práctica dolosa y anticompetitiva de Cencosud, constituye la causa idónea que por sí misma generó el resultado dañoso. Así, no cabe duda, que, si

⁹⁹ (Servicio Nacional del Consumidor, 2021, p. 26)

¹⁰⁰ (Servicio Nacional del Consumidor, 2020, p. 57)

Cencosud y las demás implicadas no se hubieran coludido, no existirían los daños que se reclaman”;¹⁰¹ (iii) criterio del riesgo creado, como consecuencia de la fijación de precios se produce daño a los consumidores al pagar sobreprecio, adquirir productos de menor calidad o adquirir carne de pollo fresca en menor cantidad dada la distorsión que se generó en el mercado respectivo.

3. Análisis sobre la pérdida de la oportunidad invocada en demandas del SERNAC.

A juicio de este trabajo, es un gran avance que en las demandas colectivas entabladas por SERNAC en contra de las tres cadenas de supermercados se invoque el principio de pérdida de la oportunidad, específicamente para justificar la indemnización a los clientes afectados por daño difuso.

La demanda dice que el hecho dañoso impide al consumidor realizar una elección que con cierta probabilidad iba a ocurrir, además de privarlo de su libertad de elección. Asevera que para la doctrina la pérdida de una chance es un daño cierto por lo que es indemnizable.¹⁰²

Los argumentos esgrimidos por parte del SERNAC adscriben a la postura de que la probabilidad se inserta en la chance perdida, es decir, en elección que los consumidores no pudieron tomar y que el daño a indemnizar sería la imposibilidad de contratar (comprar) el producto carne de pollo fresco o comprarlo a un precio mayor que a un precio de mercado distorsionado.

Al modo de ver de esta tesis, los abogados del SERNAC podrían haber incluido, en orden a hacer más completa la argumentación de su causa, la postura¹⁰³ sostenida internacionalmente por los profesores Chabas y Medina Alcoz que utilizan la pérdida de oportunidad como técnica de facilitación probatoria y que llevarían a una misma conclusión en el camino de indemnizar a los consumidores.

¹⁰¹ *Ibíd.*, pág. 58

¹⁰² *Ibíd.*, pág. 47

¹⁰³ Revisar Sección Tercera, número 2

A manera de sugerencia, la parte demandante tenía la opción de complementar el escrito, alegando para ambos grupos de consumidores afectados que de no mediar la colusión comprobada judicialmente entre las cadenas de supermercados y pese a no poder ser completamente acreditado en juicio, existe una alta probabilidad de que los clientes compraran carne de pollo en formas y cantidades diferentes siendo, entonces, acreedores de una indemnización proporcional a ella.

El escrito de demanda, primeramente, pone de manera adecuada el contexto del mercado que se está hablando y relata las condiciones de debilidad del consumidor ante los distribuidores en este tipo de producto tan necesario para la vida de las personas de todo el espectro geográfico y socioeconómico ejerciendo también una importante influencia en su presupuesto mensual.

Luego realiza el ejercicio de demostrar la causalidad e invoca el cumplimiento de la teoría de la causa adecuada, de la equivalencia de las condiciones y el criterio del riesgo creado para explicar la causalidad del daño y así justificar la indemnización, pero no lo relaciona con que ese nexo causal es el hecho ilícito y la pérdida de la oportunidad que merece ser reparada.

Se estima, que de haber utilizado los métodos descrito en el párrafo anterior incluidos en la demanda junto con la causalidad probalística en la particularidad del mercado que participa la carne de pollo fresca, se podría aumentar la posibilidad de lograr indemnización para los consumidores afectados, ya que, se proporciona al tribunal un nuevo camino que lleva a la misma conclusión.

Conclusión

Como cierre a este trabajo es pertinente recalcar dos aspectos en relación con la aplicación de la pérdida de la oportunidad en orden a indemnizar de manera eficaz los perjuicios producidos a un consumidor en particular.

En primer lugar y según los casos analizados, se puede establecer que en Chile el sistema establecido para combatir los ilícitos anti competitivos y resarcir a las víctimas funciona. Se ha observado que los consumidores afectados y la sociedad en su conjunto reciben una indemnización y los ilícitos demostrados no quedan sin sanción. Aunque las reparaciones no sean las ideales para todos y se puedan observar limitaciones e imperfecciones, es importante recalcar que la institucionalidad nacional responde pese a la dificultad inherente al trato de casos que involucran diversidad de partes en mercados complejos donde el manejo de la información y realización de cálculos en base a ésta requiere de un proceso muy sofisticado y ayuda de diversas disciplinas profesionales.

En segundo lugar, se constata que la utilización de la teoría de la pérdida de la oportunidad es una herramienta útil y eficaz para lograr el objetivo de indemnizar realmente a los consumidores afectados. Esta aseveración se basa en las demandas y sentencias analizadas, las que en diferentes grados y niveles de conocimiento y argumentación acuden a aquella teoría logrando resultados. Claramente, los casos en que la pérdida de la oportunidad se utiliza y se acoge son todavía pocos. Sin embargo, con el paso del tiempo y el aumento de doctrina y jurisprudencia al respecto se haga más conocida y se cumpla con el objetivo final que no hay que perder de vista, a saber, hacer valer la responsabilidad a quien comete un hecho ilícito y reparar eficazmente a cada afectado para evitar sensación de impunidad y así, de paso, disuadir a nuevos actores de caer en prácticas ilegales.

Bibliografía

Doctrina

ACKERMANN, T., 2023. Private Rights and Public Autonomy in a Fragmented World: Why an Institutional Perspective on Intellectual Property and Competition Laws Matters. *GRUR International*, vol. 72, no. 3, ISSN 2632-8550. DOI [10.1093/grurint/ikad008](https://doi.org/10.1093/grurint/ikad008).

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., [sin fecha]. Consideraciones en torno a la formación y ejecución de un acuerdo colectivo. *Boletín especial: Ley de fortalecimiento al SERNAC: cambios, preguntas y desafíos.*, no. Edición especial.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., 2005. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno : (título 35 del Libro IV del Código Civil)* [en línea]. Santiago, Chile: Jurídica de Chile. [consulta: 24 julio 2023]. Disponible en: https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/fulldisplay/alma991006042569703936/56UDC_INST:56UDC_INST.

ARGENTON, C.A., GERADIN, D. y STEPHAN, and A., 2021. *EU Cartel Law and Economics*. Oxford, New York: Oxford University Press. ISBN 978-0-19-870209-2.

BARCIA LEHMAN, R., 2006. La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile. *Cuadernos de análisis jurídicos*, vol. III.

BARROS BOURIE, E., 2006. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 1a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. ISBN 978-956-10-1731-3.

CARMONA QUINTANA, E.G., 2016. La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, no. 64.

CHABAS, F., 1996. La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile. *Responsabilità Civile e Previdenza - Revista Bimestrale di Dottrina Guirispudenza e Legislazione*, vol. LXI.

- CORRAL TALCIANI, H., 2008a. La relación de causalidad en el sistema de Torts del Common Law. *La relación de causalidad : análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*. Santiago, Chile: Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, pp. 37-58. Cuadernos de extensión jurídica, 15, ISBN 978-956-7160-49-5.
- CORRAL TALCIANI, H., 2008b. La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente. *La relación de causalidad : análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*. Santiago, Chile: Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, pp. 205-221. Cuadernos de extensión jurídica, 15, ISBN 978-956-7160-49-5.
- DE CUPIS, A., 1975. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch. ISBN 978-84-7162-664-6.
- DIEZ SCHWERTER, J.L., 1997. *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile. ISBN 978-956-10-1175-5.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.H., 1990. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión compartista. *Revista de derecho Universidad de Concepción*, vol. LVIII, no. 188.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.H., 2008. Comentarios de jurisprudencia. *Revista de derecho Universidad de Concepción*, vol. LXXVI, no. 223-224, ISSN 0303-9986.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 2016. *Interpone requerimiento contra de Cencosud S.A. y otros*. [en línea]. 6 enero 2016. S.l.: s.n. [consulta: 10 julio 2023]. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/01/requ_01_2016-1.pdf.
- GONZALEZ, A., 2015. *Estimación de daños a consumidores por alza coordinada de precios de las farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand*. [en línea]. octubre 2015. S.l.: CeCo. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/12/InformeDa%C3%B1osFarmacias-SernacAldoGonzalez.pdf>.

GONZÁLEZ, C.M., 2013. Comentarios a algunos aspectos del caso de colusión de farmacias y sus proyecciones. *Sentencias destacadas*, no. 9.

GOTFRYD, W.T., 1997. The Proper Goals of Antitrust: When Public and Private Interests Collide. *Loyola Consumer Law Reporter*, vol. 9.

JONES, A., SUFRIN, B. y DUNNE, and N., 2019. *Jones & Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Seventh Edition, New to this Edition:, Seventh Edition, New to this Edition: Oxford, New York: Oxford University Press. Text, Cases, and Materials, ISBN 978-0-19-882465-7.

Liberalisation and competition intervention in regulated sectors - OECD. [en línea], [sin fecha]. [consulta: 13 julio 2023]. Disponible en: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/>.

MOTTA, M., 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

RÍOS ERAZO, I. y SILVA GOÑI, R., 2014. *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. S.l.: Editorial Jurídica. ISBN 978-956-10-2281-2.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2020. *Demanda de indemnización de perjuicios en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores* [en línea]. 18 diciembre 2020. S.l.: s.n. [consulta: 18 julio 2023]. Disponible en: https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/02/Demanda_colectiva_SERNAC_en_contra_de_Cencosud_S.A.-2.pdf.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2021. *Demanda de indemnización de perjuicios en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores*. 13 agosto 2021. S.l.: s.n.

TREVISÁN, P., 2013. *Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia (Compensation for Damages for Breaches of Antitrust Regulations)* [en línea]. SSRN Scholarly Paper. 23 octubre 2013. Rochester, NY: s.n.

[consulta: 13 julio 2023]. 3807281. Disponible en:

<https://papers.ssrn.com/abstract=3807281>.

Jurisprudencia

Sentencia. C-1940-2013 «Servicio Nacional del Consumidor/Farmacias Cruz Verde S.A.» [en línea], 2019. 17 diciembre 2019. S.I.: s.n. [consulta: 10 abril 2023]. Disponible en:

<https://static.emol.cl/emol50/documentos/archivos/2019/12/20/20191220111548.pdf>.

Sentencia N° 119/2012. “FNE contra Farmacias Ahumada S.A, Farmacias Cruz Verde S.A y Farmacias Salcobrand”, [en línea], 2012. 31 marzo 2012. S.I.: s.n. Disponible en:

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf.

Sentencia N° 167/2019, «FNE contra CENCOSUD, SMU y Walmart» [en línea], 2019. 28

febrero 2019. S.I.: s.n. [consulta: 31 julio 2023]. Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf.

Legislación

CHILE, 2022. *Código Civil : edición oficial : aprobada por Decreto Exento No. 1458, de 8 de junio de 2022, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. 28a. ed. oficial. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.

CHILE y MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN;

SUBSECRETARÍA DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, 2005. DFL 1 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n°211, de 1973.

Biblioteca del Congreso Nacional | Ley Chile [en línea]. [consulta: 17 noviembre 2023].

Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106&idVersion=2023-08-17&idParte=8666806>.

- CHILE. 2021. *Constitución Política de la República 2021. Edición Oficial. Especial para Estudiantes* [en línea], 2021. 25. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile. [consulta: 16 noviembre 2023]. Disponible en: <https://www.editorialmetropolitana.cl/producto/constitucion-politica-de-la-republica-2021-edicion-oficial-especial-para-estudiantes/>.
- CHILE. 2018. Ley 21081. Modifica ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. www.bcn.cl/leychile [en línea], 2018. [consulta: 30 julio 2023]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1123020&idParte=9949046>.
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2019. *Resolución Exenta N°875. Dispone el inicio de procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores entre las empresas que indica y el Servicio Nacional del Consumidor* [en línea]. 7 noviembre 2019. S.l.: s.n. [consulta: 23 julio 2023]. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articles-58215_archivo_01.pdf.
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2020a. *Resolución Exenta N° 495. Ordena desacumulación proveedor SMU SA de procedimiento voluntario colectivo aperturado mediante Res. Exenta N°875 entre las empresas que se indican y el Servicio Nacional del Consumidor* [en línea]. 3 julio 2020. S.l.: s.n. [consulta: 3 julio 2023]. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articles-62154_archivo_03.pdf.
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2020b. *Resolución Exenta N° 496. Ordena desacumulación proveedor Walmart de procedimiento voluntario colectivo aperturado mediante Res. Exenta N°875 entre las empresas que se indican y el Servicio Nacional del Consumidor y se tenga presente observaciones que indica* [en línea]. 3 julio 2020. S.l.: s.n. [consulta: 3 julio 2023]. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articles-62116_archivo_03.pdf.
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2020c. *Resolución Exenta N° 831. Dispone el término del procedimiento voluntario colectivo aperturado conforme a la Resolución Exenta N°875/2019 respecto de empresas en que no ha recaído resolución previa de desacumulación* [en línea]. 16 diciembre 2020. S.l.: s.n. [consulta: 16 julio 2023]. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articles-58215_archivo_03.pdf.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, 2021. *Resolución Exenta N°594. Declara el término fracasado del procedimiento voluntario colectivo entre el Servicio Nacional del Consumidor y el proveedor Walmart Chile S.A., desacumulado conforme a la Resolución Exenta N°496/2020* [en línea]. 12 agosto 2021. S.l.: s.n. [consulta: 23 julio 2023]. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articles-62116_archivo_14.pdf.

Otros

ASALE y RAE, 2022. Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario. «*Diccionario de la lengua española*» - *Edición del Tricentenario* [en línea]. [consulta: 13 julio 2023]. Disponible en: <https://dle.rae.es/>.

Comenzó el pago de las compensaciones a los consumidores por la colusión de las farmacias. *CONADECUS Noticias* [en línea], 2020. [consulta: 30 junio 2023]. Disponible en: <https://www.conadecus.cl/hoy-comienza-pago-de-las-compensaciones-a-los-consumidores-por-la-colusion-de-las-farmacias/>.

COMISIÓN EXPERTA, 2023. Anteproyecto De Nueva Constitución Redactado Por La Comisión Experta. [en línea]. [consulta: 17 noviembre 2023]. Disponible en: <https://www.colegiodeprofesores.cl/2023/06/05/documento-oficial-este-es-el-anteproyecto-de-nueva-constitucion-redactado-por-la-comision-experta/>.

CONSEJO CONSTITUCIONAL, 2023. *Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2023* [en línea]. Santiago (Chile): s.n. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/10/PROPUESTA-DE-NUEVA-CONSTITUCION-POLITICA-DE-LA-REPUBLICA.pdf>.

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL, 2022. *Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022* [en línea]. Santiago (Chile): s.n. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>.

REDEL S., D., 2020. ¿Cómo calcular el monto de las indemnizaciones por colusión? El Caso Farmacias - CeCo. [en línea]. [consulta: 5 julio 2023]. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/como-calcular-el-monto-de-las-indemnizaciones-por-colusion-el-caso-farmacias/>.

TOMIC P., B., 2020. Indemnización por colusión del “Caso Farmacias”: más vale tarde que nunca. CeCo [en línea]. [consulta: 5 noviembre 2023]. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/indemnizacion-caso-farmacias/>.