



PÉRDIDA DE CHANCE Y LIBRE COMPETENCIA

Jorge Fantuzzi M y Antonia Sanders

Pérdida de chance y libre competencia¹

Noviembre 2022



Jorge Fantuzzi M

Ingeniero Comercial con mención en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Economía con mención en Organización Industrial de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master en Políticas Públicas de la Universidad de Chicago. Socio de FK Economics.



Antonia Sanders

Estudiante de Derecho en la Universidad de Chile. Analista en FK Economics durante el 2022. Ayudante del Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Universidad de Chile (2021).

Abstract: Se analiza la pérdida de chance desde una perspectiva de libre competencia. En primer lugar, se concluye que la pérdida de chance sí tiene cabida en materia de libre competencia. Cuando uno o más competidores imponen barreras artificiales a la entrada a potenciales competidores, es prácticamente imposible saber con certeza si la empresa hubiese sobrevivido en el mercado en ausencia de dichas conductas y, por lo tanto, la pérdida de chance es el concepto que mejor se ajusta a la indemnización correspondiente. En segundo lugar, se concluye que, si se acepta la indemnización por concepto indemnizatorio de pérdida de chance, existen complejidades para determinar cuáles hubiesen sido las utilidades de la empresa que sufre el perjuicio, pues el equilibrio competitivo cambia si entra un nuevo competidor al mercado oligopólico.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de *pérdida de chance* (o “pérdida de oportunidad”) fue desarrollado originalmente por juristas franceses en el siglo XIX. A pesar de que el derecho chileno acoge ampliamente los postulados de este derecho comparado, por mucho tiempo en nuestro país la pérdida de chance no experimentó mayor aplicación. Juristas clásicos como Arturo Alessandri rechazaron la posibilidad de otorgar indemnización por dicho concepto debido a la inherente incertidumbre de que llegara a concretarse². Sin embargo, en los últimos años y gracias a la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema³, se ha empezado a acoger la indemnización por pérdida de chance. Lo que antes se equiparaba al lucro cesante o daños inciertos, para así otorgar -de forma binaria- una indemnización completa o nula, ha llegado a tener su propio lugar en el derecho chileno.

Generalmente, la pérdida de chance es otorgada en sede civil por incumplimientos contractuales o daños extracontractuales. Aunque esta tendencia probablemente se mantenga, cabe preguntarse si es posible aplicarla en sedes diversas, como la de libre competencia. Si la respuesta es afirmativa, corresponde analizar

¹ Agradecemos los comentarios de Ignacio Ríos a un borrador de este texto. Cualquier error u omisión es responsabilidad de los autores.

² ALESSANDRI, Arturo *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943, p. 218. RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo. “La teoría de la pérdida de la oportunidad según la corte suprema”, en: *Revista de Derecho • Escuela de Postgrado*, Núm. 7, Julio 2015, p. 171.

³ TAPIA, Mauricio. “Pérdida de una chance: Su indemnización en la jurisprudencia chilena”, en: *Revista de Derecho • Escuela de Postgrado*, Núm. 2, diciembre 2012, pp. 251-263.

cómo debería aplicarse este concepto en esta sede y en qué se diferencian los cálculos necesarios para determinar el monto de indemnización de aquellos que se ocupan en materia civil.

Este trabajo busca exponer los avances que ha tenido la pérdida de chance en el derecho chileno a través de los años, y explicar las particularidades de su aplicación al derecho de la libre competencia. En el primer apartado se analiza el desarrollo que ha experimentado la pérdida de chance en la doctrina y jurisprudencia chilena; en el segundo se exponen como ejemplos ciertos casos de libre competencia en los que se podría aplicar este daño; y en el último apartado, se explicará desde el punto de vista económico los requisitos que se necesitan para su cuantificación, en particular en materia de conductas anticompetitivas que ocurren en mercados oligopólicos.

II. LA PÉRDIDA DE CHANCE EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA

2.1 Doctrina

La doctrina sólo ha analizado la teoría de pérdida de chance en profundidad en los últimos años. La demora tiende a ser asociada a la crítica que le dirigió el renombrado jurista Arturo Alessandri en la mitad del siglo XX, citando a autores franceses que rechazaban o ignoraban esta teoría⁴. Superado en parte este reproche, cierto sector de la doctrina nacional ha aceptado la posibilidad de indemnizar una pérdida de oportunidad. Ediciones recientes de estudios obligados en materia de responsabilidad civil han llegado a hacer referencia al reconocimiento jurisprudencial de esta concepción de daño⁵. No obstante, por varios años, autores se han equivocado al clasificar este concepto, asimilando la pérdida de chance al lucro cesante o al daño eventual⁶.

Según Mauricio Tapia, la pérdida de chance se constituye en casos de responsabilidad civil en que “*se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo*”⁷. Esta naturaleza se debe a que aun sin haber cometido el agente negligencia alguna (en un escenario contrafactual), la víctima podría igualmente no haber obtenido el beneficio o evitado el perjuicio.

Para que proceda la indemnización de cualquier daño presunto, se deben cumplir ciertos requisitos. El interés lesionado debe ser *legítimo y relevante*; y es necesario que el perjuicio provocado a estos intereses sea *directo* y que afecte *personalmente* a la víctima. Por último, como en toda hipótesis de responsabilidad civil, la pérdida de una oportunidad exige una comprobación de un *acto ilícito y un vínculo causal*. Este último punto requiere algunas precisiones ya que es la condición más importante respecto de la pérdida de chance. Solo es necesario que exista certeza –y relación de causalidad– respecto de la *pérdida de oportunidad generada*. Esto implica que el vínculo causal debe verificarse entre la conducta culpable y la pérdida de la chance, y no entre la conducta y el resultado final. Esto es lo que distingue a la pérdida de la chance del lucro cesante (que sí exige una relación causal entre la conducta y el resultado final).

4 Ibid.

5 RIOS, Ignacio; SILVA, Rodrigo. “La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema”, p. 172.

6 TAPIA, Mauricio. “Pérdida de una oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”, en: Anuario iberoamericano de derecho notarial. números 4-5. años 2015-2016.

7 Tapia, “Pérdida de una chance: Su indemnización en la jurisprudencia chilena”, p. 251.

En consecuencia, la indemnización se reduce a una estimación del valor de esa chance desaparecida. Usualmente, *se expresa ese valor en un porcentaje de oportunidades perdidas*, que se multiplicará por el valor total del bien en juego. Es decir, el juez debe computar las probabilidades que tenía la víctima de obtener la ventaja o de evitar el perjuicio (30%, 40%, etc.), multiplicándolo luego por el monto total del daño provocado. En efecto, como en este daño interviene un elemento probabilístico, su reparación es siempre “parcial”. Esto es lo que más adelante veremos que en estadística se conoce como “esperanza”.

Otros autores que han tocado el tema de la pérdida de chance son Pablo Rodríguez, quien no la distingue del lucro cesante⁸; José Luis Díez, que se limita a afirmar que es una noción desconocida actualmente para los tribunales chilenos⁹; y Hernán Corral, que alude brevemente a algunas reglas de la reparación de este daño formuladas por la doctrina francesa, aceptando su carácter resarcible siempre y cuando la indemnización corresponda a la probabilidad desaparecida y no al resultado final¹⁰. Por su parte, Enrique Barros describe brevemente el tratamiento de estas materias en el derecho comparado, sin referirse a los antecedentes en el derecho chileno. Sin adoptar una posición, este autor introduce una “nota de escepticismo” en orden a reparar este perjuicio sin la intervención de expertos que permitan determinar con exactitud la probabilidad¹¹.

Por último, existe escasa doctrina y jurisprudencia chilena relativa a la pérdida de la chance en el ámbito de libre competencia. Los demandantes que solicitan este tipo de daños tienden a pedirla en forma subsidiaria al lucro cesante, y los tribunales tienden a negar su existencia al no presentarse antecedentes adicionales. En Europa se trata de varias formas diferentes, y tiene particular acogida en Francia. Padilla Parot, uno de los pocos autores chilenos que vincula la libre competencia con la pérdida de chance, se limita a reconocer que el daño que un agente de mercado produce cuando realiza actos atentatorios a la libre competencia puede ser la pérdida de una chance¹².

Lo que se puede concluir de este análisis es que es necesario avanzar hacia un reconocimiento más explícito de la pérdida de chance en la doctrina. Dicho reconocimiento se debe hacer cargo de los elementos que configuran este daño y de las formas de cálculo de su indemnización. Esto, especialmente considerando las desigualdades que enfrenta su tratamiento jurisprudencial actual, que es inorgánico y desarticulado.

2.2 Jurisprudencia

La jurisprudencia relativa al concepto de pérdida de chance es limitada pero diversa. La mayoría de las sentencias se han emitido en los últimos 10 años, debido a la reticencia de las cortes del siglo XX de tratar esta doctrina. A la vez, no toda esta jurisprudencia analiza el concepto correctamente; con frecuencia las cortes han asimilado la pérdida de chance al lucro cesante y adoptado una valuación de “todo o nada”.

8 RODRIGUEZ, Pablo. Responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 292 y s.

9 DIAZ, Jose Luis. El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 60 y s.

10 CORRAL, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Santiago, LegalPublishing, 2013, p. 136.

11 BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 378 y s.

12 PADILLA PAROT, Ricardo. “Derecho de la libre competencia”, en: Revista Chilena de Derecho Privado, Núm. 28, Julio 2017, p. 379: “*La conclusión nos parece lógica, pues el daño que un agente del mercado produce en otro sobre la base de actos atentatorios a la lealtad en la competencia, es uno muy particular: la disminución del número de clientes, el que redundará en una disminución patrimonial expresada en una suma dinero, y que usualmente tendrá la naturaleza de un lucro cesante o en la pérdida de una chance*”.

Hasta muy recientemente, todas las examinaciones eran realizadas al nivel de las cortes de apelaciones, limitándose la Corte Suprema a confirmar las sentencias pronunciadas por dichas cortes¹³. La primera vez que la Corte Suprema acepta una estimación de probabilidades para ordenar una indemnización asumiendo un criterio propio tuvo lugar en el 2015, fallo que también ha sido destacado por otros tribunales y juristas¹⁴.

En los pocos casos del siglo XX que existen en Chile, las Cortes tienden a no otorgar indemnización por pérdida de chance debido a la incerteza que acompaña este perjuicio, no obstante ser esta incerteza una parte esencial del concepto. Un ejemplo ilustrativo de este tratamiento clásico, es la resolución de una demanda presentada por un padre por las sumas que su hijo (un joven de 24 años que había egresado con buenos resultados de ingeniería) le pudo haber aportado de no haber sufrido un accidente. En este caso, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 19 de agosto de 1965, afirmó que si el *“accidente ocurre en una persona que, desde el punto de vista económico, podría llamarse improductiva, aquella indemnización no tendría razón de ser”*¹⁵.

En ocasiones, la Corte Suprema ha otorgado lo que parece ser una indemnización por pérdida de chance, pero que califica como lucro cesante. Por ejemplo, el 13 de junio de 2006 la Corte confirmó una decisión de instancia que otorgó una indemnización a título de lucro cesante, aunque los factores a que hace referencia son meras hipótesis, con una probabilidad de ocurrencia bastante indeterminada. Señala la Corte:

*“Que teniendo presente que el lucro cesante es toda cantidad que el actor hubiera estado percibiendo al momento de la ocurrencia del accidente y que se ha dejado de percibir por motivo del mismo y, considerando los siguientes factores, esto es, que el sueldo (\$ 120.000) correspondiente a faena de temporada y ocasional, que el organismo asegurador le otorgó una pensión de invalidez del 70%, con vuelta al trabajo y, que aún se encuentra en etapa escolar, se hará lugar a la misma, en base a una proyección estimativa de dos años más de estudios, esto es entre el año 2005, fecha de término de sus estudios y, a la fecha de cumplir 65 años de edad, en base a diferencia de \$ 36.000 mensuales, esto es, 44 años 2 meses, lo que arroja la suma total de \$ 19.094.000”*¹⁶.

Solo en 2006, a juicio de ciertos autores, la Corte de Apelaciones de Valdivia definió y analizó el concepto de pérdida de una oportunidad de forma *“acertada”*.¹⁷

Otro caso presentado ante el Segundo Juzgado Civil de Talcahuano en el 2006 y luego examinado por la Corte Suprema el año 2011, se refiere a la pérdida de una oportunidad laboral. Se trata de la causa caratulada *“Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Ltda”*, en que se demandó

13 Corte Suprema, *“Rojas Lineros, Juan Carlos con Corporación de Asistencia Judicial”*, 27 de octubre de 2008 (indemnización de perjuicios), rol N° 1021-2007; Corte Suprema, *“Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”*, 20 de enero de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 2074-2009; Corte Suprema, *“Paredes Muñoz Marcos Roberto con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Ltda.”*, 7 de junio de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 2409-2009; Corte Suprema, *“Fritz Vidal con Banco Santander”*, 4 de julio de 2011 (cumplimiento de contrato), rol N° 137-2010; Corte Suprema, *“López Presa con Instituto de Seguridad del Trabajo de Viña del Mar y Cooper Macqueen”*, 30 de diciembre de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 11570-2011.

14 Corte Suprema, Rol N° 6037-2011, Vasquez con Hospital van Buren, 2015.

15 Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de agosto de 1965, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 136, pp. 85 y ss.

16 Corte Suprema, Rol 4514-2005, 13 de junio de 2006.

17 TAPIA, *“Pérdida de una chance: Su indemnización en la jurisprudencia chilena”*, p. 261; RIOS y SILVA. *“La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema”*, p. 170.

la responsabilidad a la empresa por el daño producido a un vigilante de un puerto a consecuencia del atropello de una grúa horquilla perteneciente a la compañía. La sentencia reflexiona acerca de los perjuicios demandados y certidumbre, reconociendo que:

“Sin embargo en el suceder fáctico entre la mera posibilidad y la certidumbre, existe una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es más que la posibilidad pero menos que la certeza, situación que se conoce en derecho como chance”¹⁸.

Como fue mencionado más arriba, el primer caso en que la Corte Suprema hizo alusión autónoma a la pérdida de chance—es decir, sin que el fallo de la Corte de Apelaciones haya hecho referencia al concepto—conocido como “Vásquez con Hospital van Buren”, tuvo lugar recién en el año 2015. En su sentencia definitiva la Corte Suprema hizo referencia a la “pérdida de la chance de sobrevivir que lo afectó (al paciente) como consecuencia de la ausencia de la atención médica”¹⁹, y afirmó que dicho daño debía ser indemnizado de forma independiente. El gran inconveniente de tratar estos daños como lucro cesante, es que se termina rechazando la indemnización o aceptándose en su totalidad. En ambas situaciones se incurre en una abierta injusticia: o bien queda sin reparación alguna la oportunidad perdida, o bien se indemnizará de forma “completa”, como si existiese certeza de que el ilícito provocó el resultado final.

Uno de los casos en que se distingue correctamente entre lucro cesante y pérdida de chance corresponde a la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 12 de enero de 2013, al afirmar que entre el daño cierto y el daño eventual existe “una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es más que la posibilidad pero menos que la certeza, situación que se conoce en el derecho como chance”²⁰. Adicionalmente, se asume por esta sentencia la teoría de la causalidad probabilística, es decir, una “regla de responsabilidad proporcional (proportional liability rule) en virtud de la cual el agente dañoso indemniza no por el daño causado, sino por el que posiblemente causó”²¹.

La doctrina de pérdida de chance también se ha llegado a utilizar como defensa, en particular, por el Consejo de Defensa del Estado. En el caso “Vásquez Olivares con Servicio de Salud Coquimbo” se demandó al Estado por falta de servicio del Hospital de San Pablo de Coquimbo, por no haber efectuado tratamiento alguno a un paciente que ingreso al hospital producto de un accidente automovilístico, finalmente perdiendo la visión en uno de sus ojos. El Consejo de Defensa del Estado, al contestar la demanda, arguyó como excepción perentoria la doctrina de pérdida de una chance, con el fin de que la Corte no adoptara una valuación de todo o nada y, en su lugar, indemnizara al paciente en proporción a la probabilidad concreta. Al respecto, cabe mencionar que, en su contestación, el Consejo señaló que:

“La doctrina de pérdida de oportunidad se define como una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas

¹⁸ Corte Suprema, 7 de junio de 2011, rol N° 2409-2009.

¹⁹ Corte Suprema, Rol N° 6037-2011, Vasquez con Hospital van Buren, 2015.

²⁰ Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, “Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Ltda.”, rol N° 189-2005, 26 de septiembre de 2006 (indemnización de perjuicios), Corte de Concepción, rol N° 4146-2006, 29 de enero de 2009, Corte Suprema, rol N° 2409-2009, 7 de junio de 2011.

²¹ MAKDISI, John, citado en RIOS y SILVA. “La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema”, p. 169.

expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente, pero se reduce el monto de la indemnización, en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente incluso, de haber actuado aquél diligentemente”²².

Por último, la pérdida de oportunidades de negocios también se ha transformado en un terreno apto para demandas en base a la pérdida de una oportunidad. En el derecho nacional existe al menos un caso relevante reciente, fallado por la Corte Suprema el 4 de julio de 2011²³. El cliente de un banco demandó a este último bajo el régimen de responsabilidad contractual por haber castigado una deuda pese a estar amparada en un pagaré vencido. El demandante alegó, entre otros daños, la pérdida de una oportunidad de efectuar negocios.

III. CASOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En lo que sigue se analizarán como ejemplos dos casos recientemente resueltos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), en que la parte demandante alega la imposición de barreras artificiales a la entrada. Conceptualmente estos casos parecen interesantes porque los perjuicios eventualmente causados tienen relación con una oportunidad perdida. En efecto, de manera general, se puede argumentar que al evitarse la entrada de un nuevo competidor a un mercado, el perjuicio que se causa es la utilidad que habría obtenido ese nuevo entrante al mercado, si es que hubiese podido mantenerse compitiendo en ausencia de una conducta contraria a la libre competencia, y ponderada por la probabilidad de mantenerse en el mercado en dichas condiciones.

Antes de iniciar el análisis principal, resulta útil mencionar una demanda de 2006 en que el demandante hizo alusión expresa a la pérdida de chance en el marco de un supuesto abuso de posición dominante y precios predatorios. Ante un fallo de la Corte Suprema del 29 de agosto de 2009, la compañía Producción Química y Electrónica Quimel presentó una demanda por concepto de pérdida de oportunidad para permanecer en el mercado²⁴. La Corte finalmente rechazó la demanda por falta de causalidad, pero la singularidad de la demanda ha llevado a que sea citada por autores importantes en el área de pérdida de chance²⁵.

Más recientemente, otro caso interesante para enmarcar el análisis de pérdida de chance en materia de libre competencia es el de “Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP” (Sentencia N°173/2020 del TDLC). En el año 2018 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional. Supuestamente, esta última había infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al cobrar una cuota de incorporación de UF 50.000 y luego de UF 24.000 a los clubes de fútbol que ascendían de Segunda División a Primera B. El Tribunal sostuvo que *“estos entrantes, al empeorar su posición relativa, tuvieron menos*

²² Contestación de demanda de 18 de noviembre de 2013 en autos caratulados “Vásquez Olivares con Servicio de Salud Coquimbo”, Segundo Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 3397-2013, fojas 40 y ss. Citado en RIOS y SILVA. “La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema”, p. 175.

²³ Corte Suprema, Rol N° 137-2010, L. P. núm. 49550.

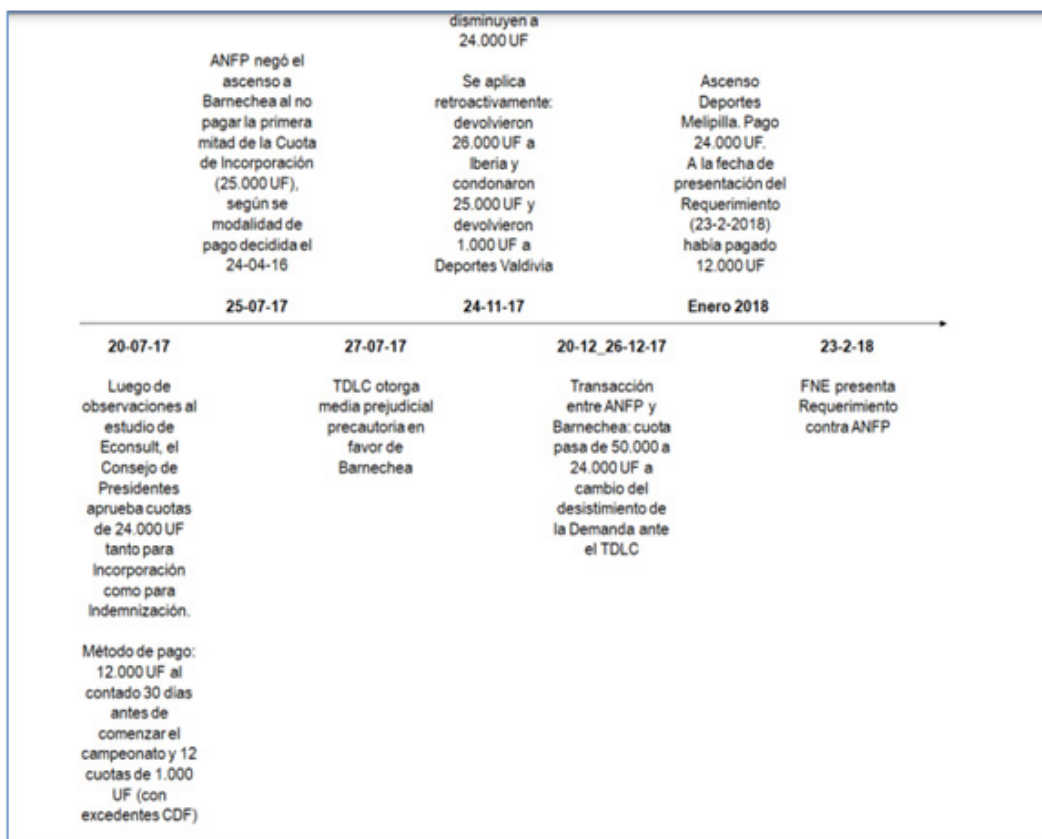
²⁴ 26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 2190-2007, “Producción Química y Electrónica Quimel con James Hardie”.

²⁵ RIOS, Ignacio; SILVA, Rodrigo. “Responsabilidad Civil por Pérdida de la Oportunidad”, en: Editorial Jurídica de Chile, pp. 77-79.

chances de acceder a Primera División y, con ello, de aumentar sus ingresos provenientes del CDF²⁶.

Según la FNE, esta conducta se equiparaba a una barrera artificial a la entrada, ya que afectaba significativamente la capacidad competitiva de los clubes entrantes. El mercado específico en el que incide la conducta es el de *espectáculos deportivos generados en base a los partidos de fútbol del campeonato de Primera B*. Serían oferentes en él los 16 clubes que pertenecen a la Primera B y que se enfrentan en diversos partidos de fútbol. Por su parte, serían consumidores las personas que presencian de modo directo o remoto el partido. Dentro de este mercado, la ANFP es el único órgano que otorga la posibilidad y fija las condiciones para competir deportivamente, por lo que la conducta afectaría significativamente la capacidad competitiva de los clubes entrantes.

En efecto, según la FNE, al cobrar una cuota tan alta de incorporación a los clubes de fútbol que ascienden de Segunda División, la ANFP habría dificultado la entrada a cualquier club que no tuviese los medios económicos para financiar su ascenso. Es decir, la ascensión ya no dependía únicamente de la capacidad competitiva de los clubes, sino de su poder económico. Efectivamente, la ANFP le negó el ascenso a Deportes Barnechea al no pagar la primera mitad de la cuota de incorporación, según la modalidad de pago decidida el 24 de abril de 2016. De este modo, debido a la cuota de incorporación, Deportes Barnechea perdió la oportunidad de competir en la Primera B, y percibir renta a partir de los espectáculos deportivos que se desarrollan en ella. El TDLC finalmente le dio la razón a la FNE y condenó a la ANFP al pago de una multa de 3.145 Unidades Tributarias Anuales, además de ordenarle cesar en la conducta. En la siguiente imagen, proporcionada por el referido tribunal, se muestra cuales clubes no pudieron ascender a la Primera B debido a la cuota de incorporación:



Fuente: Sentencia N°173/2020 del TDLC (extracto de Figura N°1)

26 Tribunal de la Libre Competencia, Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP”, Sentencia N°173/2020, 2018.

Otro caso útil para revisar es el “*Requerimiento de la FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Otros*” (Sentencia N°134/2014). El TDLC resolvió acoger el requerimiento presentado por la FNE en contra de la Empresa de Transportes Rurales Limitada (“Tur Bus”), Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. (“Pullman Costa”), Transportes Cometa S.A. (“Transportes Cometa”) y Sociedad de Transportes y Turismo del Norte y Compañía Limitada (“Romani”), en adelante “los Requeridos”, por haber vulnerado el artículo 3° del D.L. N° 211 al ejecutar, por sí y a través de personas relacionadas, acciones coordinadas tendientes a bloquear el acceso de competidores a diversos terminales del país ubicados en las ciudades de Valparaíso, Coquimbo, La Serena y Antofagasta.

Estos actos anticompetitivos consistieron en un “acaparamiento” coordinado de oficinas para la venta de pasajes en los terminales antedichos. Dado que para acceder a los terminales de buses es necesario contar con una oficina en los mismos, la conducta de los Requeridos tuvo como consecuencia que sus competidores no pudieran ofrecer sus servicios de transporte interurbano hacia dichas zonas. La sentencia estableció que cualquier intento de bloquear injustificadamente el acceso a competidores a oficinas podría entenderse como un intento de aumentar los costos de un rival, con el objeto de mantener o incrementar una posición de dominio conjunta, lo que en los hechos, tiene la aptitud de entorpecer o incluso de impedir la libre competencia.

En particular, lo anterior habría afectado a Buses Línea Azul, empresa de la zona sur del país que en los 5 años anteriores a la demanda habría experimentado un explosivo crecimiento. A pesar de esto, hasta la fecha del requerimiento de la FNE, Línea Azul no pudo prestar el servicio en dirección a dichos destinos -Coquimbo y La Serena- por no contar con boleterías en los respectivos terminales.

Finalmente, el TDLC tuvo por acreditada la existencia de un concierto entre las requeridas para obstaculizar el ingreso de competidores potenciales a los terminales de autobuses interurbanos de ciertas ciudades, con el objeto y efecto de impedir o de restringir la competencia en el transporte hacia y desde dichas ciudades. Ordenó a las requeridas dar estricto y cabal cumplimiento a los acuerdos conciliatorios y las condenó a pagar el máximo de las multas pactadas en ellos.

Si bien en este caso el TDLC no se refirió expresamente a la teoría de la pérdida de chance, todos los elementos que componen esta teoría, expuestos por los autores Tapia, Ríos y Silva, se cumplen a cabalidad. La parte demandante perdió la oportunidad de obtener una ganancia, y la incerteza asociada a dicha ganancia impide que esta pueda ser considerada como lucro cesante. Es más, esta incerteza es inherente a los mercados competitivos, en que el éxito de una compañía puede llegar a ser probable pero nunca definitivo.

IV. CÁLCULO ECONÓMICO DE LA PÉRDIDA DE CHANCE

En materia económica, no cabe duda del valor de la pérdida de chance. Tal como el daño emergente o el lucro cesante, la pérdida de chance también es una consecuencia posible de infracciones a las normas de libre competencia. El siguiente apartado se basa en las exposiciones realizadas por Victoria Edwards y Jorge Fantuzzi en el libro “Determinación del Lucro Cesante: una mirada económica”²⁷.

Para poder entender los cálculos que permiten avaluar una pérdida de chance, es útil recurrir al ejemplo clásico de la carrera de caballos. El dueño de un caballo lo prepara para una carrera en la que debería competir junto con ocho otros corredores. El premio de primer lugar es \$100 y los siguientes puestos tienen premios menores (para efectos del ejemplo, son irrelevantes). Sin embargo, antes de que pueda participar, el caballo sufre de una infección debido a la negligencia de su veterinario, y no logra sanar en tiempo para la carrera. En consecuencia, el caballo no podrá participar y su dueño no tiene ninguna posibilidad de ganar. Ha perdido la chance.

27 EDWARDS, Victoria; FANTUZZI, Jorge. “Determinación del Lucro Cesante”, en: Thomas Reuters, edición 2020.

Es posible que el tribunal decida no otorgar indemnización debido a la incertidumbre inherente al caso. A diferencia del lucro cesante, donde la ganancia futura es cierta, en este caso no se sabe si el caballo hubiera ganado. Hay otros caballos en la carrera, por lo que hay otros escenarios posibles en que el dueño no gana un solo peso o gana premios menores. No obstante, bajo los principios económicos de la reparación integral, la pérdida de chance del dueño del caballo tiene un valor real y debería ser indemnizada.

Lo fundamental es lo que en estadística se conoce como *esperanza* del premio. La esperanza, también llamada valor esperado, es igual a la sumatoria de las probabilidades de que exista un suceso, multiplicado por el valor que se obtendría si ocurre el suceso. Para poder calcularla, es necesario contar con cierta información mínima. Primero, se tienen que saber todos los posibles resultados —en este caso, los premios de la carrera— con certeza; y segundo, se tienen que saber las probabilidades de ocurrencia de cada uno de los escenarios posibles. Por ejemplo, que existe un 25% de probabilidad de que el caballo número 4 gane la carrera.

Una alternativa sencilla, sería utilizar la fórmula probabilística *casos favorables / casos posibles*. Así, si suponemos que en la carrera competirían 7 caballos, podemos calcular la probabilidad de que el caballo gane es 14,29% (1/7). Adicionalmente, conocemos la cantidad que podría haber ganado, a saber \$100, correspondientes al premio mayor. Utilizando estos datos, podemos determinar la esperanza de la ganancia del dueño del caballo.

La esperanza, en este caso, se calcula como la suma de sus posibles ganancias ponderadas por la probabilidad de ocurrencia de cada una. Su ganancia sería \$100 si gana su caballo y 0 si no. Si la probabilidad de que gane es 14,29% y la probabilidad de que no salga es 85,71%, entonces la esperanza de ganancia del dueño del caballo es la siguiente:

$$\$100 \times 0,1429 + 0 \times 0,8571 = \mathbf{\$14,29}$$

Entonces, el dueño del caballo perdió la chance de \$14,29, por lo que debe ser indemnizado por dicho monto si se le otorga su pretensión. Es pertinente advertir que, para esto, deben cumplirse varias condiciones: que se compruebe que lo único que le impidió apostar fue la negligencia del veterinario, que el hecho fue efectivamente negligente y que de todas maneras iba a obtener el premio si obtenía el primer lugar.

4.1 Cálculo de probabilidades

Queda entonces claro que la forma en que se determine la probabilidad es fundamental para calcular el perjuicio por pérdida de chance. Veamos algunas formas de cálculo de probabilidades.

1. La Ley de Laplace

La “Ley de Laplace” establece que la probabilidad de que un suceso ocurra es igual a dividir el número de casos favorables a ese suceso por el número de casos posibles. Lo más importante sobre este método es que solo se puede ocupar para asignar probabilidades a sucesos *equiprobables*. Entonces, no sería la herramienta más adecuada para calcular la probabilidad de que el caballo ganara la carrera, porque no existen probabilidades idénticas de que cada caballo llegue primero (aunque en ausencia de otros antecedentes, podría ser usada). Un caballo podría ser naturalmente más rápido que otro, y por ende, tener mayores chances de ganar.

Un ejemplo que sí funciona para entender la Ley de Laplace es la apuesta por uno de los colores en una ruleta, digamos el color rojo. La Ley de Laplace permitiría calcular la probabilidad de que el color apareciera con precisión, ya que en una ruleta estándar hay un total de 37 casos posibles (18 rojos, 18 negros y el 0), de

los cuales solo 18 serían favorables para quien apueste. En base a esto se llega a que:

$$\text{Probabilidad de obtener rojo} = \text{N}^\circ \text{ Casos Favorables} / \text{N}^\circ \text{ Casos Totales} = 18/37 = 48,65\%$$

2. Probabilidad estadística

La probabilidad estadística consiste en calcular la probabilidad de que ocurra un cierto evento conforme a la evidencia en la materia. Se utiliza frecuentemente en el área hospitalaria, la industria de seguros y la industria bancaria, entre otras. En otras palabras, áreas en que existen sólidos registros de datos históricos. Por ejemplo, una compañía de seguros de autos puede calcular la probabilidad de que un cierto tipo de auto requiera ser arreglado dentro de un año de su compra, observando el porcentaje de autos de esta marca que históricamente son ingresados al taller por una falla mecánica dentro de este mismo plazo.

Respecto del mismo ejemplo, su aplicación sería la siguiente: del total de autos que son vendidos, se analiza una muestra de autos que es considerada como representativa de este total. Luego, se observa la frecuencia de los parámetros relevantes en la muestra y estos valores se extrapolan a la población general. Este método pierde credibilidad al tratarse de casos más particulares o si la muestra es muy pequeña. En fin, todo depende de los datos disponibles.

3. Modelación econométrica

La modelación econométrica es idónea cuando existen múltiples factores que pueden incidir en la probabilidad de que un cierto evento suceda. Como se podría suponer, un análisis que toma en cuenta la mayor cantidad posible de estos factores incidentes dará lugar a un cálculo probabilístico más preciso.

En definitiva, en un caso de libre competencia lo relevante es saber la probabilidad que tenía la empresa víctima de barreras artificiales a la entrada o de conductas exclusorias, de sobrevivir en el mercado si es que no se hubiesen cometido dichas conductas. Con cualquiera de las formas de cálculo explicadas más arriba se puede calcular una probabilidad o, por lo menos, proporcionar los antecedentes necesarios para calcularla.

4.2 Determinación del premio

De acuerdo al cálculo de la esperanza, después de conocer las probabilidades, es necesario conocer cómo se determinan los premios o pagos para calcular el monto que corresponde a la indemnización por pérdida de chance. En este caso, como se trata de un tema de libre competencia, explicaremos cómo determinar las utilidades que tendría una empresa si entra a un mercado oligopólico.

En el ejemplo de la carrera de caballos, el premio o pago es conocido. Simplemente hay que multiplicar ese pago por la probabilidad de obtenerlo y se obtiene el premio esperado (o esperanza de premio). En el caso de un oligopolio, el problema cambia.

En un oligopolio no se conocen con facilidad los premios (utilidades) que obtendría una empresa si es que hubiese podido entrar al mercado (es decir, si es que no hubiese sido víctima de conductas orientadas a dificultar su entrada). Una primera hipótesis sería observar las utilidades de las empresas incumbentes, es decir, de aquellas que evitaron la entrada del dañado por medio de las conductas anticompetitivas. Sin embargo, como se trata de un oligopolio, eso no es correcto. En un mercado con "n" competidores (siendo "n" un número pequeño), normalmente se deberían obtener utilidades diferentes a las que se obtendrían en el mismo mercado pero con "n+1" competidores, es decir, el número de competidores que habría en el mercado si no se hubiese cometido la conducta anticompetitiva. Nótese que justamente esa diferencia de utilidades, si entra un nuevo competidor, es

lo que debería motivar al oligopolio incumbente a evitar la entrada del desafiante.

El instrumental económico para resolver este tipo de problemas se basa en la teoría de juegos. La teoría de juegos es una herramienta matemática que se ocupa frecuentemente para determinar los patrones de comportamiento racional de agentes económicos en situaciones en las que los resultados dependen de las acciones de los jugadores interdependientes²⁸. Básicamente a partir de datos del mercado y de cómo compiten las empresas, es posible simular los resultados que obtendrían las empresas si es que el mercado tuviese un competidor más (el dañado). Esa simulación no es fácil y requiere una cantidad de información considerable, sin embargo, es parte de lo que el instrumental económico permite realizar para determinar con mayor precisión el perjuicio que se debería pagar por este concepto.

IV. CONCLUSIÓN

En el primer apartado se analizó la pérdida de chance en el ámbito del derecho civil, para así entender su acogida tardía y las razones que eventualmente adujeron las cortes para aceptar su indemnización.

En el segundo apartado se evaluó la aplicabilidad de la teoría de la pérdida de chance en sede de libre competencia, a la luz de ciertos casos en que la imposición de barreras artificiales a la entrada afectó las chances de una de las partes de entrar al mercado correspondiente. Hubo un enfoque especial en las chances perdidas de los entrantes potenciales. Finalmente se descompusieron los elementos necesarios para la cuantificación de la pérdida de chance, con el fin de determinar si es posible realizar estos cálculos en materia de libre competencia (por ejemplo, el número de competidores y las probabilidades de que la víctima haya podido ingresar al mercado sin barreras a la entrada).

Del análisis anterior es posible concluir dos cosas. Primero, la pérdida de chance sí tiene lugar en materia de libre competencia. Cuando uno o más competidores imponen barreras artificiales a la entrada con el fin de evitar la incorporación de competidores adicionales, es prácticamente imposible saber con certeza si la empresa hubiese sobrevivido en el mercado si estas barreras no hubieran existido. La incertidumbre es una característica fundamental de estos casos, pues los nuevos competidores nunca tendrán su éxito asegurado, incluso en el escenario más favorable. Por ende, la pérdida de chance es la manera más adecuada de indemnizar a la exclusión de competidores de un mercado, ya que incorpora las probabilidades de éxito y fracaso en sus cálculos. Por supuesto, para realizar el cálculo con precisión siempre será necesario contar con cierta información mínima.

La segunda conclusión es que, si se acepta la indemnización por concepto de pérdida de chance, existen ciertas complejidades adicionales para determinar cuáles hubieran sido las utilidades de la víctima. Así, no basta con observar las utilidades de las empresas que ya operan en el mercado, es decir, de aquellas que impusieron las barreras. En efecto, en un mercado oligopólico, el equilibrio competitivo si es que el entrante logra participar es diferente al equilibrio si es que éste no compite. Por ende, es preciso recurrir a la teoría de juegos para simular los resultados que obtendrían las empresas si es que el mercado tuviese un competidor más.

28 RESTREPO CARVAJAL, Carlos Alberto. "Aproximación a la Teoría de Juegos", en: Revista Ciencias Estratégicas. Vol 17 - No 22 (2009).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Jorge Fantuzzi M y Antonia Sanders, "*Pérdida de chance y libre competencia*", *Investigaciones CeCo*
(noviembre, 2022),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile