

COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N.º 47.555/2016,
DE LA CORTE SUPREMA, DE 4 DE OCTUBRE DE 2017,
“EMPRESA WSP SERVICIOS POSTALES S.A. CON
SUPERINTENDENCIA DE SALUD”

[Commentary on the judgment 47.555/2016, of the Supreme Court, of
October 4, 2017 “Company WSP Postal Services S.A. with Superintendence
of Health”]

GABRIELA PRADO PRADO*
Universidad de Atacama

I. PRESENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA

El objetivo de este trabajo consiste en exponer y analizar una sentencia recaída en un caso en el que una empresa de servicios postales y una Isapre impugnaron ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia un acto administrativo que configuraba un atentado contra la libre competencia en el mercado postal nacional; para luego recurrir de reclamación y en definitiva obtener que la Excm. Corte Suprema ordenase modificar dicho acto administrativo, en razón de haber establecido una barrera de entrada en dicho mercado. En particular, la sentencia declaró que la Superintendencia de Salud ha ejecutado actos contrarios a la libre competencia al impedir la participación de empresas privadas en el despacho de cartas certificadas que las Isapres deben enviar en virtud de lo dispuesto la Ley de Isapres, infringiendo el artículo 3º inciso primero del Decreto Ley 211, en mérito de lo cual se ordenó en definitiva la modificación de los respectivos actos administrativos que configuraban tal infracción legal.

* Abogada. Doctora en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de Derecho Económico de la Universidad de Atacama. Dirección postal: Avenida Copayapu 333, Copiapó. Correo electrónico: gabriela.prado@uda.cl

Lo central a analizar es que el tribunal ha desconocido la existencia de un rol específicamente asignado a la empresa estatal Correos de Chile, la que no tendría en este caso a juicio del sentenciador, una naturaleza diferenciada de las empresas privadas de correspondencia que operan libremente en el país. Esta sentencia es particularmente interesante, ya que en su análisis se pueden abordar simultáneamente las dos tradicionales amenazas que rondan a la libertad económica, a saber: la actividad empresarial del Estado —más allá de lo que la subsidiariedad constitucional admite— y los atentados a la libre competencia que los agentes económicos puedan cometer.

En efecto, este fallo se enmarca en la permanente búsqueda de mecanismos jurídico-institucionales que provoquen determinados resultados ordenadores de la economía, compatibles con el funcionamiento de una economía de mercado. Este ha sido, desde el inicio del intervencionismo económico y hasta la actual ordenación jurídica de la economía, un importante desafío del que nuestro ordenamiento jurídico no ha estado al margen. Continuamente surgen situaciones jurídicas que exponen dicha tensión, y que deben resolverse de manera compatible con la Constitución Política de la República, ya que en este cuerpo normativo se expresa una constitución económica que tiene como principio central de toda la ordenación económica nacional la libertad económica¹. Cabe mencionar aquí que formalmente, el establecimiento de tal libertad no se agota en el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución, sino que además se conforma a partir de una interpretación sistemática de diversas disposiciones y de manera absolutamente armónica con las Bases de la Institucionalidad, que han tenido por objeto establecer un el marco valórico del orden social limitando la acción del Estado y valorando el desarrollo de la libre iniciativa creadora de los particulares, como el mecanismo central para alcanzar el bien común².

Pero en este punto vale la pena preguntar: ¿se trataría del único mecanismo idóneo para organizar mercados y actividades económicas? La sentencia que se comentará parece dar una respuesta afirmativa a dicha pregunta, ya que en ella el sentenciador no deja lugar a dudas en cuanto a la preeminencia de la libertad económica y la libre competencia como principios orientadores de la ordenación económica, en relación a otros principios o ejes de la intervención estatal que tienen por objeto cautelar diversos e importantes objetivos sociales, tales como el fomento productivo,

¹ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia* (Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2017), p. 35.

² NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Libertad económica y su protección*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001), 2, p. 300.

la protección de los consumidores o el desarrollo de actividades estratégicas para la nación, entre otras³.

En suma, en este trabajo se argumentará en el sentido de apreciar que la sentencia Rol N.º 47.555/2016, de la Corte Suprema, de 4 de octubre de 2017, contribuye a la expansión de la libre competencia, dándole un carácter similar a una categoría absoluta, que limita la necesaria diferenciación de los roles del Estado en la economía, imponiendo progresivamente criterios de competencia a todos los ámbitos de la actividad económica, y con ello propiciando la aplicación de la lógica del mercado a un amplio espacio de relaciones sociales.

Con dicho objetivo, en las siguientes páginas, una vez descrita la sentencia y los principales argumentos esgrimidos en esta causa, se ofrecerán algunas conclusiones que evalúan críticamente la primera, ya que apunta a la conformación de un ambiente institucional que no sólo apuntaría a propiciar mayor competencia al mercado concreto, disminuyendo además los costos de transacción en él, sino también desconoce en la especie un rol particular o diferenciado para una empresa estatal, propiciando soluciones, que pueden valorarse como potencialmente nocivas para los intereses de las personas que de manera individual mantienen relaciones contractuales con las instituciones de salud privada.

II. CONTENIDOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA Y PRINCIPALES ARGUMENTOS

La sentencia Rol N.º 47.555-2016 de la Corte Suprema⁴ recae en reclamaciones interpuestas por la empresa WSP Servicios Postales S.A. y la Isapre Consalud S.A., en contra de la sentencia de 31 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que desestimó la demanda interpuesta por los actores señalados en contra de la Superintendencia de Salud⁵.

La Tercera Sala de la Corte, con voto en contra de las ministras Egnem y Sandoval, acogió en su sentencia los recursos de reclamación arriba indicados, disponiendo la modificación de dos actos administrativos de la Superintendencia de Salud, esto es, el Oficio Circular IF/ N.º17 de 2013 y el Ordinario Circular N.º 22 del 2000, en el sentido de disponer que

³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* (Madrid, Comares, 2004), p. 11.

⁴ Corte Suprema, Causa Rol N.º 47.555, sentencia de 4 de octubre de 2017.

⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N.º 152/2016, de 31 de junio de 2016, por la cual se desestimó la demanda interpuesta por WSP Servicios Postales S.A. en contra de la Superintendencia de Salud. Disponible [en línea]: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_152_2016.pdf.

las cartas certificadas que en atención a lo dispuesto por el artículo 197 del DFL N° 1, de 2005 y artículo 36 del Decreto N° 3 de 1984, ambos del Ministerio de Salud, deben enviar las Isapres a sus afiliados, pueden ser expedidas a través de empresas de correo privado, y no únicamente a través de Correos de Chile; tal como venía exigiéndose hasta la fecha por la Superintendencia en tales actos administrativos, fundándose en el monopolio legal establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 171 de 1960.

En la sentencia recurrida el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sustentó su decisión en que Correos de Chile desarrolla su giro empresarial bajo la figura de un monopolio legal, en lo que dice relación con la correspondencia y –dentro de ese ámbito– con el envío de cartas certificadas. De igual forma, en relación a la vigencia de tal monopolio legal, este Tribunal desestimó la tesis de la derogación tácita del monopolio al entrar en vigor la Constitución Política de la República de 1980. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyó que la mencionada derogación no habría podido operar por estar ausente el elemento esencial de la derogación tácita, cual es la contraposición o conflicto entre las normas recién mencionadas y el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que al establecer el derecho a la libertad económica, la somete a las normas que regulen la actividad económica en particular, que en la especie se traduciría en respetar las normas legales que incluyen o contemplan un monopolio en beneficio de la empresa Correos de Chile, esto es, el artículo 2° del Decreto con Fuerza de Ley N° 171 de 1960⁶. El Tribunal explicitó que dicho monopolio a la fecha no había sido derogado expresamente, tal como se ha reconocido por parte de la Contraloría General de la República y organismos de protección de la libre competencia, y cuya vigencia no impediría el ejercicio de una actividad económica empresarial privada en el mercado postal nacional.

Frente a esta sentencia del tribunal especial, la Empresa WSP Servicios Postales S.A. dedujo un recurso de reclamación en el cual argumentó en favor de la tesis de una derogación tácita que la Constitución Política de la República habría realizado respecto del monopolio legal de la empresa de Correos de Chile, al resultar tal monopolio incompatible con la libertad para desarrollar actividades económicas. Además el recurso cuestionó que

⁶Aunque no forma parte de los antecedentes analizados en este comentario, cabe mencionar que el Tribunal también desestimó la alegación de la demandante en cuanto a la derogación tácita del DFL N° 171 por la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 203 de 1980, que estableció la Política Nacional Postal, básicamente por considerar inadmisibles que una norma de inferior jerarquía como esta última tuviese la aptitud jurídica de derogar una norma de rango superior, como es el DFL N° 171.

el Tribunal omitió cualquier análisis de eficiencia, razonabilidad técnica u otras de esa especie para justificar la exclusión de las empresas privadas del mercado concreto o relevante, reducido a la entrega de cartas certificadas que las Isapres deben enviar a sus afiliados en ejecución de un mandato legal.

Junto a lo anterior, la sentencia en comento fue impugnada con un recurso de reclamación interpuesto en calidad de parte en esta causa por la Isapre Consalud S.A., que adhirió a los argumentos de la reclamación deducida por la empresa WSP, reforzando un elemento central para los intereses de los agentes económicos privados del mercado postal, cual es la relevancia del Decreto Supremo N° 203 de 1981, que al establecer la Política Nacional Postal creó un nuevo mercado postal, con participación de empresas privadas e impuso como imperativo el incentivo y fomento de su participación en dicho mercado, todo de manera armónica con lo dispuesto en el texto constitucional, y particularmente con las bases de la institucionalidad.

La relevancia de este argumento radica precisamente en que, como se ha señalado, lo que se impugnó en este proceso fue un acto administrativo de la Superintendencia de Salud que, en su Oficio Circular N° 22/2000, dispuso que toda notificación que la ley ordene realizar personalmente, por carta certificada, a los afiliados por parte de las Isapres debían ser realizadas a través de Correos de Chile. La recurrente sostuvo en este proceso que dicho acto administrativo configuró una limitación a la libertad económica de las empresas que participan en el mercado postal, lo que resultaba del todo arbitrario, ya que debería haberse limitado a mantener el monopolio de la empresa de Correos a las notificaciones que expresamente el legislador ordenase realizar a través de dicha entidad.

Procurando incorporar los necesarios razonamientos económicos a sus alegaciones, los recurrentes cuestionaron que ni la Superintendencia ni el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia habrían argumentado en relación a la eficiencia de las empresas privadas en este ámbito, o a su grado de profesionalismo, por lo que el fallo de primera instancia mantendría una situación abiertamente arbitraria que perjudica la competencia en este mercado. Más adelante se explicará que esta omisión se debió a que el sentenciador especial fundó su decisión en la naturaleza pública de la entidad que comparte el mercado postal y al particular servicio prestado en este mercado concreto o relevante, argumento que dice relación con una manera específica y válida de regular y organizar determinadas actividades en el mercado concreto en cuestión.

En su sentencia la Corte Suprema realizó un análisis de estas argumentaciones de hecho y derecho que dieron cuerpo a la reclamación, a

partir de las cuales determinó que la controversia estaría constreñida a aquellas misivas que deben enviar las instituciones de salud previsual a sus afiliados. En este orden de ideas, el máximo tribunal señaló que la carta certificada no tendría un sustituto en el mencionado mercado relevante, y tampoco podría la definición de dicho mercado contemplar a otras cartas certificadas distintas de aquellas que por ley se ordena a las Isapres expedir, puesto que en ese mercado relativo a otros tipos de comunicaciones escritas y encargos las empresas privadas participan en condiciones de competencia, que incluye a la empresa Correos de Chile.

En este orden de ideas, la Corte argumentó además que, de manera compatible con el tenor literal del artículo 4° del DL 211 sólo el legislador puede otorgar o asignar una actividad económica con carácter de monopolio a una entidad, sea pública o privada. De hecho, se citaron casos en que el legislador expresamente habría señalado que las notificaciones por carta certificada se entenderán válidamente practicadas cuando lo realice la oficina de Correos, lo cual no ocurre en la especie. Finalmente, en cuanto a las características del mercado postal nacional, quedó establecido en el fallo de la Corte que se trata de un mercado competitivo, donde empresas privadas conviven con la empresa de Correos de Chile, sin que existan barreras de entrada al mismo, lo cual sería plenamente compatible con el artículo 19 N° 21 de la Constitución y el Decreto Supremo N° 203 de 1981, que fijó la Política Nacional Postal.

En razón de estos argumentos y consideraciones jurídicas esgrimidas en su fallo, la Corte Suprema concluyó que la Superintendencia de Salud, a través del Oficio Circular N° 17 de 30 de agosto del año 2013, disponiendo que las cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados, sólo pueden ser expedidas por la empresa de Correos de Chile, habría excluido sin sustento legal la posibilidad de que otros competidores, en igualdad de condiciones, pudiesen prestar el servicio relativo a la correspondencia certificada con la eficacia y certeza jurídica que se exige a una misiva de esa naturaleza, en lo referido a las comunicaciones de las Isapres a sus afiliados, cumpliendo con las condiciones reglamentarias.

Como consecuencia de lo anterior, en su fallo la Corte revocó la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y declaró que la Superintendencia de Salud incurrió en una conducta que claramente restringe la libre competencia en el mercado relevante de que se trata, concretándose en la especie una infracción al inciso primero del artículo 3° del DL 211. Tal infracción, a juicio del sentenciador, produce los efectos perniciosos que la norma citada busca evitar, por cuanto ejecutó actos que, al restringir la entrada de nuevos competidores al mercado relevante del envío de las cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a

sus afiliados, entorpecen la libre competencia e impide que particulares desarrollen una actividad permitida por ley, en igualdad de condiciones con una empresa del Estado. Con ello, la Corte entendió que existía mérito suficiente para adoptar las medidas que establece el artículo 26 del mencionado cuerpo legal ordenando la modificación del Oficio Circular IF/Nº17 de 2013 y del Ordinario Circular Nº22 del año 2000. De esta manera, con la modificación de este acto administrativo se eliminaría la barrera de entrada al mercado relevante que en ellos se contiene, por la vía de disponer que aquellas cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados, pueden ser expedidas tanto por la empresa de Correos de Chile, como también a través de empresas de correo privado, cuyo servicio cumpla con las características de seguridad y certeza que la normativa exige para tal fin y estos puedan ser verificados.

III. CONCLUSIONES

Como se ha señalado, la Corte Suprema consideró que en los autos sub lite existía mérito suficiente para remover una barrera de entrada al mercado postal y concretamente en el mercado relevante de cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados, ordenando la modificación del Oficio Circular IF/Nº17 de 2013 y del Ordinario Circular Nº 22 del año 2000. En sus argumentos este tribunal no consideró la existencia de un rol diferenciado o especial para la empresa estatal en este mercado, cuestión que si fue reconocida explícitamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia recurrida.

Cabe señalar que la propia Corte se refirió a algunos casos en los que el legislador estableció explícitamente que Correos será la única entidad a través de la cual se expidan comunicaciones de este tipo, destacándose la Ley 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles o la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos. Aunque este argumento fue esgrimido para establecer que en esta causa no existe obligación explícitamente establecida en la ley para que las notificaciones por carta certificada deban realizarse por Correos, puede destacarse aquí que en esos casos, las notificaciones se deben realizar de tal manera debido a que dicha entidad no sólo es una empresa que, como se ha establecido en estos autos comparte el amplio espacio del mercado postal nacional con empresas privadas que concurren competitivamente a esta instancia. En efecto, además de agente del mercado, esta entidad es reconocida en la propia Política Nacional Postal establecida en el Decreto Supremo Nº 203 de 1980, como el responsable de implementar un servicio de correspondencia en todo el territorio nacional, circunstancia que lo diferencia

del resto de las empresas de correspondencia, que – a diferencia de Correos de Chile – en modo alguno asumen una responsabilidad pública, y sólo responden a criterios de eficiencia, según el margen de utilidades que les permitan funcionar en el mercado. Tal situación especial es recogida por el legislador en las normas arriba citadas, así como por los organismos de la administración pública en general.

Este criterio diferenciador, que toma en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad, más allá de las consideraciones de mercado, y que considera que la empresa Correos de Chile está desarrollando un monopolio legal sobre una actividad específica dentro del mercado, fue asumido además por el Tribunal de la Libre Competencia, al señalar que Correos de Chile ostenta un rol que podría asimilarse al de un garante o ministro de fe sujeto a normativas y procedimientos específicos que lo regulan, en circunstancias que tal regulación no existiría en el caso de entregas postales realizadas por privados.

A mayor abundamiento, es del caso señalar que las infracciones a las normas postales en Chile acarrea responsabilidad funcionaria y penal de los empleados de Correos, circunstancia muy distante de la responsabilidad que pudiese enfrentar un trabajador de una empresa postal privada, y eventualmente la propia empresa, toda vez que estas últimas no garantizan la fe pública de una entrega postal que reviste características de notificación, tal como sería el caso de las cartas certificadas que la ley ordena expedir a los afiliados de las Isapres⁷.

En suma, la certeza en la recepción de la carta certificada no es la razón que justifica la mantención del monopolio en manos de Correos de Chile, tal como la misma Corte lo señaló al momento de definir el concepto de carta certificada, como aquella respecto de la cual puede efectuarse un seguimiento fidedigno del envío y contar, en todo momento, con la información relativa a su estado y ubicación. La razón que justifica la exclusividad de Correos para efectuar servicio postal de cartas certificadas que la ley obligue a las Isapres enviar a sus afiliados se encuentra determinada por la característica pública del agente económico y no por el servicio o producto en particular. Es decir, la naturaleza jurídica de Correos justifica la exclusividad que le había otorgado la Superintendencia a tal entidad cuando por disposición legal las Isapres deban enviar correspondencia certificada a sus afiliados.

Siguiendo esta línea argumental, hay que señalar que el artículo 2° del

⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 84.659 de 2014. Esto es concordante con tipos penales especiales para infracciones cometidas por empleados de Correos de Chile, como es el caso del artículo 156 del Código Penal.

Decreto con Fuerza de Ley N° 171 de 1960, que a la fecha no ha sido derogado expresamente, establece la fuente legal del monopolio que Correos ostenta en el sistema postal nacional, tal como se ha reconocido por parte de la Contraloría General de la República y organismos de protección de la libre competencia⁸.

En esta línea, cabe destacar que la existencia de una actividad específica realizada con carácter monopólico es compatible con la libertad económica que puede ejercerse en el amplio espectro restante del mercado postal. Tal razonamiento forma parte de la jurisprudencia reiterada de las instituciones protectoras de la libre competencia⁹, y en particular del actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, toda vez que se ha pronunciado por la compatibilidad que existe entre ciertas figuras monopólicas y la libertad económica garantizada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, particularmente cuando ha debido emitir un pronunciamiento en procedimientos no contenciosos al alero del artículo 18 N° 4 del DL 211. Tanto es así, que el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha argumentado favorablemente acerca de la compatibilidad del texto constitucional con la existencia de monopolios legales absolutos, establecidos en beneficio de empresas del Estado, como el caso de ENAP. A mayor abundamiento, este Tribunal ha dispuesto que no puede sostenerse que la Constitución rechaza los monopolios como una cuestión de principios o de reglas¹⁰, incorporando la necesidad de examinar tanto los mercados concretos o relevantes en

⁸ Contraloría General de la República, Dictámenes N° 14.362 de 28 de mayo de 1984 y N° 398 de 7 de enero de 1985, cuyo pronunciamiento es vinculante para la Superintendencia, según los dictámenes N° 398 y N° 61.817 de ese mismo organismo. Corte Suprema, Rol N° 4296-2002. Comisión Preventiva Central, Dictámenes N° 1066 de 1999 y N° 1245 de 2003.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia en la causa Rol N° 3817-98; Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 1.245 de 2003; Comisión Resolutiva, Resolución N° 104 de 1981.

¹⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 152/2016, de 31 de junio de 2016, “Empresa WSP Servicios Postales S.A. con Superintendencia de Salud”, p. 19. Considerando Vigésimo Cuarto. *“Que, a mayor abundamiento, no existe en ninguna otra parte del texto constitucional norma alguna que permita sustentar una interpretación contraria. Por el contrario, la propia Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 24, declara como no concesionables a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, y establece sobre ellos un dominio estatal absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible; monopolio que, como es sabido, es ejercido por la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), empresa del Estado creada por la Ley N° 9.618, de fecha 19 de junio de 1950. Mal podría concluirse, entonces, que la Carta Fundamental rechaza los monopolios como una cuestión de principios o de reglas”.*

particular, como los fines o consideraciones que el legislador ha tenido en cuenta para intervenir económicamente.

No queda duda entonces, de acuerdo al criterio jurídico y económico del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que es un tribunal colegiado, técnico, especializado y llamado a resolver los asuntos que conoce de manera ajustada a Derecho, que un monopolio legal –con fines específicos– resultaría armónico con el sistema de libre competencia. Lo anterior ha sido parte de los argumentos de dicho tribunal, aludiendo al artículo 4° del DL 211, que admite la aprobación de normas de rango legal que concedan concesiones, autorizaciones o actos que impliquen el establecimiento de una actividad económica con carácter de monopolio¹¹.

Más aún, a la luz de los antecedentes expuestos en estas sentencias, puede afirmarse que ni la Superintendencia ni la empresa de Correos han pretendido impedir el funcionamiento competitivo del mercado, sino que de acuerdo a las normas legales que regulan esta actividad económica, en un caso particular, conformado por las cartas certificadas que la ley ordene enviar a los usuarios de Isapres, se ha reservado para el Estado de manera exclusiva tal función. En razón de lo anterior, parece adecuado concordar con el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que sostiene la plena compatibilidad del Artículo 19 N° 21 inciso primero de la Constitución con el Oficio Circular IF/N°17 de 2013 y del Ordinario Circular N°22 del año 2000 de la Superintendencia de Salud.

Cabe destacar aquí que cuando se aborda conceptualmente la libre competencia los argumentos que permiten sostener que se trata de un mecanismo de ordenación del mercado preferible a cualquier otro escenario per se, radican en ideas en torno a la eficiencia en la asignación de los recursos y a la eliminación de distorsiones o fallas del mercado¹². Pero la libre competencia no es el único mecanismo que ofrece soluciones óptimas para el funcionamiento de actividades económicas, ya que aquello va a depender de la naturaleza del mercado, como en el caso de los denominados monopolios naturales; de la naturaleza de la actividad, como en el caso de los monopolios legales, o bien de otras circunstancias y objetivos

¹¹ Cabe destacar que desde el texto original del DL 211 de 1973 se admite la existencia de monopolios en la legislación de libre competencia, incorporándose en la reforma introducida por la ley 19.911 la exigencia de que tal aprobación quedase en el ámbito de las atribuciones del legislador, ya que con anterioridad podía autorizarse la existencia de un monopolio por Decreto Supremo del Presidente de la República.

¹² CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Las características jurídicas del neoliberalismo... Cuestiones Constitucionales*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 32 (2015), 1, p. 6.

a perseguir en la organización de un mercado concreto o relevante, lo que incluye incluso criterios estratégicos de orden político o económico.

Precisamente puede apreciarse que en razón de ello tanto la Superintendencia de Salud como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no han entregado en estos autos argumentos de eficiencia para sostener que la situación de hecho que motivó originalmente la demanda, y posteriormente la reclamación, pudiesen afectar le desenvolvimiento competitivo del mercado postal; toda vez que han justificado la decisión administrativa de la Superintendencia en el mismo ordenamiento jurídico vigente, que en atención a las razones de servicio público, seguridad jurídica y buen funcionamiento del sistema privado de prestaciones de salud, exige la intervención del Estado para asegurar notificaciones adecuadas de las principales comunicaciones que las Isapres deben enviar a sus afiliados, y que el legislador ordena despachar por carta certificada.

Lo anterior resulta plenamente coherente con lo previsto en el Decreto N° 203/1980, que si bien estableció que debía promoverse la competencia entre empresas postales privadas dedicadas al envío de correspondencia dentro del territorio nacional, reservó para el Estado una posición especial, que bien puede catalogarse de garante, que aplica perfectamente en los hechos que motivaron la litis, toda vez que el monopolio de correos sólo se ha restringido a aquellas cartas certificadas que la ley ordena enviar a los afiliados de Isapres, dejando todo el amplio espectro de comunicaciones entregadas a las opciones que ofrezca el mercado postal. En efecto, en lo que respecta a otras prestaciones postales, el Estado ha cumplido con la misión entregada por el artículo 6 letra b) del Decreto N°203/1980, en cuanto a estimular y abrir el mayor campo de acción posible a los privados. En efecto, la Superintendencia de Salud dispuso originalmente en su Oficio Circular N° 1730/1994 que toda correspondencia certificada debía ser expedida por Correos de Chile, pero posteriormente redujo tal exigencia, permitiendo a las empresas privadas la expedición de cartas certificadas en que el envío dispuesto por esta modalidad no fuera dispuesto por la ley, cuestión que quedó restringida a Correos de Chile sólo cuando la ley exigiera una notificación por carta certificada, tal como contemplaba el Oficio N°22/2000 de la Superintendencia de Salud.

Cabe destacar aquí que el Decreto N° 203 de 1980 modificó la situación de la actividad postal en Chile, desde un monopolio estatal hacia un mercado competitivo, pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 6° del mencionado cuerpo normativo, el Estado se reservó un importante rol, al definirlo la norma como el responsable de implementar un servicio de envío de correspondencia dentro de todo el territorio nacional. Existe pues una responsabilidad pública, que en casos como las exigencias de un

sistema de notificaciones estrictamente sometidas a la ley por las normas que regulan las prestaciones de salud a través de Isapres, ha de concretar un ámbito en el que justamente el Estado es el único garante de un sistema de notificaciones que no estará expuesto a criterios de orden privado, comercial, empresarial o de cualquier otra índole que no sea asegurar el normal funcionamiento de las comunicaciones más relevantes que las personas reciben periódicamente de las entidades que administran sus recursos para las prestaciones de salud, lo cual exclusivamente ha de entenderse como parte del ámbito estatal en estricto sentido.

Sin duda la libre competencia es un bien jurídico que contribuye a conformar las condiciones económicas necesarias para materializar la garantía constitucional establecida en el artículo 19 número 21 de la Constitución Política, conocida como libertad económica. Pero, junto con afirmar lo anterior, debe decirse que la libre competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar determinados resultados económicos y sociales. Dichos resultados pueden pasar en ocasiones por configurar mecanismos no competitivos en el mercado; a través por ejemplo de un monopsonio o poder de compra para fomentar una actividad productiva, como es el caso de la Empresa Nacional de Minería¹³. En un ámbito diferente, al abordar la ordenación jurídica de mercados estratégicos, como los de explotación de hidrocarburos y minerales no concesibles; o bien en el caso del desarrollo de infraestructura nacional a partir de concesiones que aseguran la explotación monopólica de una carretera en manos de una empresa privada, por mencionar algunas figuras. En suma, puede decirse que cada situación que se presente en la práctica y que determine un particular objetivo para la intervención estatal tendrá un particular reflejo en la ordenación económica, y por ello no debe evaluarse únicamente en torno a la libre competencia, como una categoría absoluta para asegurar resultados sociales óptimos compatibles con la libertad económica¹⁴. En

¹³ El Decreto con Fuerza de Ley N° 153 de 1960 es la norma que crea y regula la empresa pública ENAMI, y el Decreto Supremo N° 76 del Ministerio de Minería aprueba la política de fomento de la pequeña y mediana minería que lidera conformando un poder comprador la citada empresa. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha considerado compatible con la libertad económica y la libre competencia el desempeño del rol de fomento de ENAMI, al considerar que “*en la práctica genera un mercado que no existiría en condiciones normales o al menos existiría en condiciones menos favorables para los pequeños y medianos mineros*”. Lo que se justificaría únicamente en el rol de fomento que el Estado desempeña a través de dicha entidad. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 70/2008, Considerando 20°.

¹⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Constitución económica y estado empresario*, en *Revista de Derecho Público* 63 (2001), p. 350.

particular en este caso, el monopolio legal de Correos de Chile obedece a una lógica y racionalidad derivada de la función pública, puesto que en su condición de sucesora del ex Servicio de Correos y Telégrafos debe cumplir con obligaciones propias de un servicio público, lo que supera las categorías del mercado para determinar las características de su actividad.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede afirmarse que la impugnación de actos administrativos como el de la causa sub lite en sede jurisdiccional de libre competencia, podría forzar los argumentos jurídicos provocando resultados no compatibles con el bien común. En la especie, lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema resulta cuestionable a partir de sus potenciales efectos, toda vez que se materializarán en un sector crítico, sensible y especialmente litigioso como es el sistema de salud privada, donde los plazos para ejercer importantes derechos como usuarios de Isapre corren precisamente desde la entrega de la carta certificada. Por ello, no es una cuestión de menor importancia que se entregue la función de asegurar la entrega de notificaciones a cualquier actor del mercado; que incluso podría integrarse verticalmente con una Isapre, como ya ha sucedido con las clínicas y laboratorios¹⁵, lo cual es objeto de permanente seguimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica. Con ello, además se deja expuestos a los usuarios ante posibles incumplimientos por parte de un tercero eventualmente interesado en la relación jurídica, como es el caso de las empresas de mensajería y correo.

La libre competencia es un bien jurídico que ha recibido una alta atención en la última década, a partir del fortalecimiento de la institucionalidad definida para promoverla y protegerla en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente a partir de la modernización de la legislación especial y las atribuciones de los organismos que contempla. Sin embargo, existe la posibilidad de que dicho fenómeno provoque la expansión de la protección de la libre competencia a áreas que tradicionalmente se habían mantenido al margen de la lógica que la competencia impone a los agentes económicos, como es el caso de los monopolios legales. La sentencia Rol 47.555/2016, de la Corte Suprema, de 4 de octubre de 2017, contribuiría a abrir un nuevo espacio para esa expansión, que va dejando de lado la diferenciación de los roles del Estado en la economía, para imponer criterios de competencia a todos los ámbitos de la actividad económica y con ello el fortalecimiento y aplicación de la lógica de mercado a todas las

¹⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: Una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud* (2016), p. 15. Disponible [en línea]: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Informe-de-Salud.pdf>.

relaciones sociales¹⁶, con resultados que podrían apartarse de la eficiencia económica y social.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* (Madrid, Comares, 2004).
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Las características jurídicas del neoliberalismo. Cuestiones Constitucionales*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 32 (2015), 1.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: Una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud* (2016). Disponible [en línea]: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Informe-de-Salud.pdf>.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Libertad económica y su protección*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001), 2.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016).
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, *Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena*, en *Revista de Derecho Público* 71 (2009).
- ZÚNIGA URBINA, Francisco, *Constitución económica y estado empresario*, en *Revista de Derecho Público* 63 (2001).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, Rol 47.555/2016, Sentencia de 4 de octubre de 2017, “Empresa WSP Servicios Postales S.A. con Superintendencia de Salud”.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 152/2016, de 31 de junio de 2016, “Empresa WSP Servicios Postales S.A. con Superintendencia de Salud”.

¹⁶ VIERA ÁLVAREZ, Christian, *Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena*, en *Revista de Derecho Público* 71(2009).