

MATERIA ADMINISTRATIVA

Corte Suprema
Entel PCS y otros con Subsecretaría de Telecomunicaciones.
Recurso de Protección.
29 de abril de 2003

***RECURSO PLANTEADO:** Recurso de protección deducido en contra de una resolución de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que impide que las empresas de telefonía móvil contemplen cláusulas penales en los contratos de comodato de los equipos, como forma de mantener el contrato de suministro de servicio telefónico.*

***DOCTRINA:** El artículo 44 del Reglamento de Servicio Público señala que el suscriptor podrá poner término al contrato de suministro, local o móvil, previo aviso por escrito, a la compañía telefónica correspondiente. La compañía telefónica deberá poner término al suministro del servicio dentro del plazo de 10 días a contar del requerimiento. Así, una convención que contemple una cláusula penal para el caso de que el suscriptor ponga término anticipado a la primera de tales convenciones, pero bajo la vía indirecta de establecerla para el contrato asociado o ligado, es claramente atentatoria contra dicho precepto.*

La entidad recurrida no ha incurrido en ningún acto que pueda ser estimado arbitrario o ilegal, porque en un sistema de libre mercado como el que rige en el país, lo lógico es que los

usuarios de cualquier servicio, incluido el telefónico, tengan plena libertad de ponerle fin.

Se acoge el recurso de apelación y se rechaza la acción de protección.

Santiago, veintinueve de abril del año dos mil tres.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos décimo sexto a vigésimo sexto, que se eliminan; y se tiene en su lugar y, además, presente:

1º) Que para comenzar el análisis del problema planteado por la presente vía, cabe consignar, como en forma ya muy reiterada lo ha hecho esta Corte Suprema, que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio;

2º) Que, como surge de lo expresado previamente, constituye requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto ilegal esto es, contrario a la ley, según la acepción o definición contenida en el artículo 1º del Código Civil —o arbitrario producto del mero capricho de quien incurre en él— que provoque alguna de las situaciones que se han indicado, y que afecten una o más de las garantías constitucionales protegidas. Sólo en caso de darse alguna de las dos primeras exigencias, que no son copulativas, según surge de la redacción del precepto constitucional que la consagra, cabría entrar al análisis de las garantías constitucionales que pudieren estar amagadas o afectadas, ya que de otro modo esta última tarea podría no revestir utilidad;

3º) Que, en la especie, se ha solicitado amparo constitucional por la presente vía, a fs. 26, por don Guglielmo Noya, en su calidad de

Gerente General y en representación de ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A., solicitando que se adopten las providencias que se juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de dicha empresa, con ocasión de lo que califica de grave acción ilegal y arbitraria en que ha incurrido la Subsecretaría de Telecomunicaciones, a través del Sr. Subsecretario de Telecomunicaciones, don Christian Nicolai Orellana, con motivo de la dictación del Oficio Circular N° 242, de 4 de octubre de 2002, por el que imparte instrucciones respecto de la suscripción de contratos relativos a equipos telefónicos móviles asociados a contratos de suministro de telefonía móvil. Afirma que se vulneraron los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y estima conculcadas las garantías constitucionales consagradas en los números 3, inciso 4°, 21 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, referidas, al no juzgamiento por comisiones especiales sino por los tribunales previamente establecidos por ley; al libre desarrollo de cualquier actividad económica, con ciertas obvias limitaciones y al derecho de propiedad, respectivamente. El recurso persigue, según el petitorio del respectivo libelo, en que, siendo acogido, se deje sin efecto el Oficio Circular de que se trata, en lo relativo a la regulación de los contratos referentes a la compraventa, arrendamiento y comodato de equipos telefónicos móviles, que se deben entender regulados por el ordenamiento jurídico común, debiendo los conflictos que al respecto se susciten, ser resueltos por los tribunales, sin que pueda el recurrido entenderse facultado para regularlos, conocer de los conflictos que se promuevan con motivo de su celebración y determinar el procedimiento conforme al cual resolverlos, sin perjuicio de las medidas que el tribunal estime procedentes para restablecer el imperio del derecho;

4°) Que similar acción aparece interpuesta a fs. 111 por don Cristián Saieh Mena, en representación de Telefónica Móvil S.A., respecto del mismo Oficio Circular, señalando igualmente que éste es ilegal y arbitrario, estimando vulneradas las mismas garantías constitucionales y planteando un petitorio similar al anteriormente comentado;

5°) Que, finalmente, deduce la misma acción cautelar, a fs. 215, don Víctor Lionel Galilea Page, en representación de Bellsouth Comunicaciones S.A., respecto de la autoridad señalada y por haber dictado el Oficio Circular de que se trata, estimando conculcadas las garan-

tías constitucionales de los números 21 y 24 de la Constitución Política de la República. También plantea un petitorio parecido, en orden a dejar sin efecto las instrucciones contenidas en su número 4, letras c) y d) y agrega el numeral 5 del Oficio Circular N° 244, de octubre del 2002;

6°) Que la dificultad de orden jurídico se ha presentado porque mediante el Oficio Circular cuestionado, número 242, el Sr. Subsecretario de Telecomunicaciones y en virtud, según se expresa en él, de lo que disponen la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, Reglamento de Servicio Público Telefónico y Oficio Circular N° 44, de 26 de junio de 1998, de la misma Subsecretaría, instruyó a las empresas de telefonía móvil, según su encabezado, respecto de suscripción de contratos relativos a equipos telefónicos móviles asociados a contratos de suministro de telefonía móvil. Luego de un preámbulo, el Oficio dispone, en su número 4 que: –se eliminen de los contratos de suministro telefónico las cláusulas que establecen plazos mínimos de duración y aquellas que implique barreras de salida del suscriptor, las que se estima que no se condicen con el artículo 44 del Reglamento, sin perjuicio del cobro hasta diez días corridos siguientes a contar de la fecha de requerimiento de término de los mismos; –se incorporen expresamente en los contratos de suministro el derecho del suscriptor de poner término a ellos, previo aviso escrito en los términos del artículo 44 del señalado Reglamento; –se incorpore el derecho de la compañía por el uso de las redes, con ocasión de llamadas completadas y obligación del suscriptor del pago pertinente; –asimismo, se indica que en caso de que el suscriptor ponga término al contrato de suministro, no procede el cobro de indemnización por este concepto establecida en los contratos asociados a los equipos terminales (compraventa, arrendamiento u otro); –los contratos de suministro de telefonía móvil y los contratos relativos a los equipos terminales deban ser independientes entre sí, en el sentido de que estos últimos no pueden establecer indemnizaciones con motivo del término del suministro del servicio telefónico y se dispone que los reclamos que por este concepto se originen, se tramitarán y resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones. Las instrucciones antes resumidas, sin lugar a dudas, tan sólo afectarán a quienes se pongan bajo las situaciones de hecho que ellas contemplan, de manera que aquellas que no lo hagan

no pueden sentirse afectadas por tales instructivos. Por último, se señala que las indemnizaciones por pérdida, deterioro u otras respecto del equipo terminal establecidas en contratos distintos al de suministro telefónico, deben sujetarse a la normativa de derecho común y a las disposiciones de la Ley sobre Derechos de Protección al Consumidor que le sean aplicables;

7º) Que, como surge de los antecedentes de autos, la explotación del rubro de servicio de telefonía móvil se hace bajo dos modalidades: la primera, suscripción de un contrato de suministro de dicho servicio, y la segunda, de prepago. El primer estilo de explotación se relaciona con un contrato de suministro que se rige por disposiciones de orden público, particularmente, la Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168 y el Reglamento de Servicio Público Telefónico. En virtud de tal normativa una persona natural o jurídica llamada suscriptor adquiere el derecho a hacer uso del servicio público telefónico y servicios complementarios, y la empresa le habilita un equipo telefónico asociado a un número. El equipo móvil indispensable para la provisión del servicio puede ser suministrado por la propia compañía, mediante diversas fórmulas de derecho, como compraventa, arriendo o comodato, o puede también ser adquirido a terceros, es decir, puede ser del propio suscriptor. Ello surge del artículo 34 del Reglamento ya indicado, según el cual éste último tiene libertad para adquirir o arrendar equipos telefónicos, los que pueden ser suministrados por las compañías respectivas o por terceros. La modalidad de prepago es más simple, porque el usuario adquiere el equipo, que utiliza mediante tarjetas compradas libremente en el comercio;

8º) Que las instrucciones cuestionadas mediante el presente recurso se relacionan con la primera modalidad de las señaladas. Ella admite dos aspectos claramente diferenciados: uno, relativo al contrato de suministro y el otro, que dice relación con los equipos terminales. Se trata, evidentemente, de dos cuestiones diversas y que dan origen a convenciones nítidamente diferenciadas entre sí, y la dificultad se produce precisamente porque el oficio pretende impedir que las empresas del rubro establezcan una ligazón entre las dos. Esto es, celebren el contrato de suministro, asociado al de entrega de los equipos terminales bajo diversas modalidades, ya dichas, y establezcan una sanción para el caso de que el suscriptor ponga término al primero

de ellos. De otra manera, se produciría una verdadera situación de cautividad del cliente o suscriptor, por la vía de ligar el contrato de suministro al de entrega de los equipos terminales, bajo cierto tipo de convenios, so pena para el caso de término del primero y entrega, si corresponde, de los aparatos pertinentes, lo que haría ilusorio el derecho de retiro;

9º) Que en la especie, no aparece vulnerado el principio de autonomía de la voluntad por lo actuado por la autoridad pues efectivamente, el contrato de suministro se enmarca en el campo del derecho público y en cambio, el relativo a la entrega, bajo cualquiera de las modalidades que ya se ha señalado, de los equipos terminales, se rige por las leyes comunes, esto es, las que dicen relación a la compraventa, arrendamiento, comodato o la fórmula que se escoja en que se puede pactar lo que las partes deseen. Lo que pretende la entidad recurrida es que este último tipo de convenciones no se mezcle con las primeras, en términos de que impidan al suscriptor, por la vía de establecer sanciones cláusulas penales— el poner término unilateral al contrato de suministro del servicio telefónico móvil, ya que, como se indicó, lo dejan en una verdadera situación de cautiverio e indefensión y es la autonomía de la voluntad del suscriptor la que, en verdad, se ve afectada con este tipo de actuaciones. Deberían de acuerdo con lo expuesto, llevarse a cabo dos contratos diversos;

10º) Que, en efecto, el derecho del suscriptor de poner término en cualquier momento, previo aviso por escrito, al contrato de suministro telefónico móvil se encuentra consagrado en el artículo 44 del Reglamento de Servicio Público Telefónico. Dicho precepto establece que el suscriptor podrá poner término al contrato de suministro, local o móvil, previo aviso, por escrito, a la compañía telefónica correspondiente. La compañía telefónica deberá poner término al suministro del servicio dentro del plazo de 10 días a contar del requerimiento. Así, una convención que contemple una cláusula penal para el caso de que el suscriptor ponga término anticipado a la primera de tales convenciones, pero bajo la vía indirecta de establecerla para el contrato asociado o ligado, es claramente atentatoria contra el precepto indicado. Según éste, el suscriptor puede poner término al contrato de suministro, local o móvil, dando el aviso, y la

compañía telefónica debe poner término al suministro del servicio dentro del término de diez días a contar desde el requerimiento, sin que se establezca otro requisito. La introducción de cláusulas penales como las que se han comentado, claramente vienen a entorpecer esta norma y, en definitiva, alteran el derecho del usuario, que se ve limitado en su opción, ante la expectativa de tener que pagar una suerte de multa, por poner término al contrato, lo que resulta arbitrario no para la compañía, sino todo lo contrario, como se dijo, para el usuario;

11º) Que, en suma, la entidad recurrida, al obrar como lo ha hecho, no ha incurrido en ningún acto que pueda ser estimado arbitrario o violatorio de la ley, y ni tan siquiera, del sentido común, porque en un sistema de libre mercado como el que rige en el país, lo lógico es que los usuarios de cualquier servicio, incluido el telefónico, tengan plena libertad de terminarlo, por las más diversas razones, que pueden pasar por tener otra opción más favorable, por no requerir el servicio o, sencillamente, por no poder costearlo; por lo que resulta particularmente reprochable que se haga cuestión de algo que resulta consustancial, como se expresó, al sistema económico;

12º) Que, por otro lado, hay que precisar que lo obrado por la autoridad recurrida no puede ser estimado ilegal sino todo lo contrario porque, en efecto, el Decreto Ley N° 1.762, de 1977 le otorgaba la facultad de velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos y otras disposiciones, al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Asimismo, en relación con lo anterior, hay que agregar que la Ley General de Telecomunicaciones, número 18.168, de 2 de octubre de 1982 dispone en su título final, artículo 41 lo siguiente: Introdúcense las siguientes modificaciones al Decreto Ley N° 1.762, de 1977: ...b) Sustitúyese el artículo 6º por el siguiente: Artículo 6º: El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones tendrá las siguientes funciones y atribuciones en materia de telecomunicaciones, las que ejercerá a través de la correspondiente Subsecretaría: ... c) Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones internas, como igualmente, de los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre telecomunicaciones vigentes en Chile y de las políticas nacionales de telecomunicaciones aprobadas por el Supremo Gobierno;

13º) Que, de lo anteriormente expresado no sólo se desprende que lo obrado por la autoridad recurrida y que se le reprocha no es arbitrario ni ilegal, sino que es perfectamente legal porque se apega a la normativa indicada, de donde surge además que su actuar constituye un deber impuesto expresamente por la norma que se indicó en los motivos precedentes, de tal suerte que, al dictar el Oficio Circular que se ha pretendido impugnar por la presente vía, la recurrida lo ha hecho en pleno uso de sus atribuciones y deberes legales. De esta manera, el Oficio Circular cuestionado no es digno de reproche alguno, por establecer las obligaciones que se leen en su número 4, letras c) y d) que han sido las cuestionadas, porque por ley le corresponde actuar como lo hizo pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 57 del Reglamento mencionado, corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), la aplicación y control del mismo, y además le corresponde controlar y supervigilar el funcionamiento del servicio público telefónico y la protección de los derechos de los suscriptores y usuarios, sin perjuicio de las acciones judiciales y administrativas a que éstos tengan derecho. Esto es, el reglamento y la ley respectiva abarca los dos aspectos cuestionados mediante los recursos deducidos en autos;

14º) Que, por otro lado, no obstante no ser necesario analizar las garantías constitucionales que se han estimado infringidas, dado que falta el fundamento más importante para que prospere un recurso como el de autos, como lo es la existencia de un acto arbitrario o ilegal, en el presente caso, atendida la importancia de este asunto, se hará excepción en relación con la garantía del número 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, la que está establecida en los siguientes términos: La Constitución asegura a todas las personas: 21º El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, y que se dan por infringida en los recursos. Esta Corte Suprema ha dicho reiteradamente, conociendo en especial del que se ha dado en denominar Recurso de Amparo Económico, que dicho precepto sólo autoriza el ejercicio, en términos legales, esto es, bajo el imperio de las normas que se refieran al rubro pertinente, de cualquier actividad económica, pero no protege la obtención de un determinado nivel de lucro o ganancia, porque ello es una cuestión propia de la regulación del

mercado y ninguna disposición legal puede asegurar el que interese a determinada persona o entidad;

15º) Que, por todo lo anteriormente expuesto, los recursos de protección deducidos no pueden prosperar y se desechan. De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se revoca la sentencia apelada, de veintinueve de enero último, escrita a fs. 486 y se declara que se rechazan los recursos de protección deducidos en lo principal de fs. 26 por ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A.; en lo principal de fs. 111 por Telefónica Móvil S.A. y a fs. 215 por Bellsouth Comunicaciones S.A.

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Cury y del Abogado Integrante Sr. Fernández, quienes estuvieron por confirmar el referido fallo, en virtud de las consideraciones contenidas en la propia sentencia, y teniendo presente además:

- A) Que sin perjuicio de tener presente las facultades legales de que se encuentra investido el funcionario recurrido, en la especie se desprende que éste incurrió, en un acto ilegal que vulnera la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, al emitir el Oficio Circular N° 242 de 04 de octubre de 2002, pues de su tenor se concluye que con dicho acto se pretende alterar contratos válidamente celebrados entre las compañía de telefonía móvil y terceros adquirentes de equipos telefónicos, vulnerando a su vez, el principio de intangibilidad de los contratos y la fuerza obligatoria de los mismos, consagrada legalmente en el artículo 1.545 del Código Civil, al amparo del Derecho Común, en la esfera que corresponde;
- B) Que además resulta forzoso concluir que el criterio o interpretación efectuado por Subtel, que surge del Oficio Circular impugnado, en modo alguno podría operar retroactivamente, ya que con ello, se modificaría el contenido de convenciones bilaterales regidas por el derecho privado, lo que configuraría una infracción a la ley del contrato y ello, por cuanto los derechos y obligaciones que emanan de los convenios se han incorporado al patrimonio de las partes que los pactaron,

como bienes incorporeales sobre los cuales existiría una especie de propiedad, garantizada y protegida por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República;

- C) Que dada la diversidad de términos y redacción de cada uno de los contratos de que se trata no cabe cuestionar su contenido en forma general como pretende el Oficio Circular N° 242, sino que individualmente cada uno de ellos en su propio mérito, por ejemplo, el contrato de venta de equipos telefónicos de la recurrente Bellsouth Comunicaciones S.A. que a diferencia de otros, no se encuentra vinculado con el contrato de suministro en el sentido que el término anticipado de uno ponga término *ipso facto* al otro. En todo caso el disidente deja constancia que a su juicio no ha existido violación de la garantía constitucional del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en razón de lo expuesto en el motivo décimo catorce de este fallo, cuyo fundamento comparte.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Fernández Richards.

Rol N° 660-2.003.

Ministros: Ricardo Gálvez B., Enrique Cury U., Domingo Yurac S., María Antonia Morales V. y el Abogado Integrante José Fernández R.