

**DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DEL
SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL EN LOS PLANES POST-PAGO PARA PERSONA
NATURAL DE LAS EMPRESAS COMUNICACIÓN CELULAR S.A., TELEFÓNICA
MÓVILES COLOMBIA S.A. Y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. CELEBRADOS EN
BUCARAMANGA, DURANTE EL PERIODO 2009 – 2010**

LUISA FERNANDA HURTADO ORTIZ

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA
2011.**

**DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DEL
SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL EN LOS PLANES POST-PAGO PARA PERSONA
NATURAL DE LAS EMPRESAS COMUNICACIÓN CELULAR S.A., TELEFÓNICA
MÓVILES COLOMBIA S.A. Y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. CELEBRADOS EN
BUCARAMANGA, DURANTE EL PERIODO 2009 – 2010"**

LUISA FERNANDA HURTADO ORTIZ

**Monografía para optar por el título profesional:
ABOGADO**

**Director:
Abo. Mg. LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA
2011.**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bucaramanga, Marzo de 2011

Luisa Fernanda HURTADO-ORTIZ

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios Todopoderoso por haberme dado la oportunidad de estudiar, de haber vivido este proceso de convertirme en profesional, y sobre todo por haber estado conmigo en todo momento, por haberme ayudado en los momentos más difíciles, por la paciencia que me tenido, por ser mi roca, mi todo.

Agradezco a mis padres, el Ing. Civil Wilson Hurtado Parra y la señora Verónica Ortiz, quienes me han brindado un apoyo incondicional, siempre confiando en mis capacidades, por su amor e inmensa paciencia. A mis hermanos, Alexandra, Johana y Wilson, por sus ánimos y su apoyo desmesurado. A mi prometido, el Ing. Electrónico Oscar Andrés López, cuya paciencia no me dejó caer y cuyos ánimos me mantuvieron siempre motivada a seguir adelante.

Tabla de Contenido

1. SOCIEDAD DE CONSUMO Y CONTRATO	
1.1. Introducción	16
1.2. Reseña evolutiva del contrato.....	20
1.2.1. Derecho Anglosajón	24
1.2.2. Derecho de tradición Romana	27
1.2.2.1. La Tradición Romana Contractual en Colombia	28
1.3. Definición de Contrato	30
1.3.1. Definición a partir de su causa.	31
1.4. Constitución política de 1991 y la protección al contrato	32
1.4.1. Principio de la autonomía Privada y su regulación en la Constitución política de 1991.....	33
1.4.2. Otros Principios Constitucionales	34
1.4.2.1. Principio de la Intervención Estatal.....	34
1.4.2.2. Principio de la Libertad de Reforma.....	35
1.4.2.3. Principio de la Protección de los Derechos Fundamentales	36
1.4.2.4. Principio de la Buen Fe	36
1.5. Clasificación del contrato según la posición de las partes intervinientes	37
1.5.1. Contratos Paritarios	38
1.5.2. Contratos de consumo	39
1.5.2.1. Sistema económico y contratos de consumo	41
1.5.2.2. Partes	43
1.5.2.2.1. Consumidor	43
1.5.2.2.2. Profesional	45
1.5.3. Contratos Predispuestos	47
1.5.4. Contratos de Adhesión.....	49
1.5.5. Autonomía en la Voluntad en los contratos de Consumo	53

2. DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y CLÁUSULAS ABUSIVAS	55
2.1. Evolución e Historia	57
2.1.1. Revolución Industrial	58
2.1.2. Teoría del Consumo	61
2.1.3. Derecho del Consumo como una nueva estructura	65
2.2 Definición de Consumidor	66
2.2.1 Definiciones	68
2.2.2 Definición Negativa	70
2.2.3 La Persona Jurídica como Consumidor	71
2.2.4 El Consumidor en la Actualidad	76
2.3 Derechos del Consumidor en Colombia	77
2.3.1 Constitución Política de 1991	78
2.3.2 Legislación	81
2.3.3 Jurisprudencia.....	83
2.4 Derechos Específicos.....	84
2.4.1 Derecho de Información y Decisión	85
2.4.2 Derecho de Resciliación e Indemnización	88
2.5 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	92
2.5.1 Concepto	94
2.5.2 Características de la cláusula abusiva.....	97
2.5.3 Casuística	101
2.5.4 Jurisprudencia Francesa	101
2.5.5 Directiva Europea	103
2.6 Cláusulas Abusivas en Colombia.....	105
2.6.1 Legislación	105
2.6.1.1 Resolución 1732 de 2007.	106
2.6.1.2 Proyecto de Ley 82 de 2008: Estatuto del Consumidor	107
2.6.2 Jurisprudencia.....	108

2.7	Interpretación de Cláusulas Predispuestas	110
3	.TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.....	112
3.1	Contrato de TMC	114
3.1.1	Estructura	115
3.1.1.2	Partes	116
3.1.2	Características.....	117
3.2	Normatividad Colombiana en TMC.....	118
4	. ESTUDIO DEL CASO EN BUCARAMANGA: 2009-2010.....	120
4.1	Normatividad Colombiana de Protección a los usuarios de TMC.....	121
4.2	Formas de contratación y clausulado en la prestación del servicio de TMC por las Empresas COMUNICACIÓN CELULAR S.A., TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A.E.S.P.	124
4.2.1	Condiciones Normativas Resolución CRT 087 de 1997 Hasta la Resolución CRT 1040 de 2004	126
4.2.1.1	Análisis de las Condiciones Normativas del Cuadro 4.2.1.....	127
4.2.2	Condiciones Normativas Resolución 1732 de 2007 – Condición en la Redacción del clausulado.	129
4.2.2.1	Análisis de Las Condiciones Normativas del Cuadro 4.2.2.....	132
4.2.3	Condiciones Normativas Resolución 1732 de 2007 - Condiciones en la Forma de Redacción del Contrato.....	143
4.2.3.1	Análisis de Las Condiciones Normativas del Cuadro 4.2.3.....	144
4.2.4	Condiciones Normativas. Resolución 1732 de 2007 – Condiciones extensivas al contrato de la página web del operador.	146
4.2.4.1	Análisis de Las Condiciones Normativas del Cuadro 4.2.4.....	148

4.2.5 Cláusulas Prohibidas Resolución 1732 de 2007.	149
4.2.5.1 Análisis del Cuadro 4.2.5 sobre Clausulas Prohibidas.....	152
5. CONCLUSIONES.....	154
6. BIBLIOGRAFÍA	159
7. ANEXOS.....	161

Lista de Graficas

1. Celia WEINGARTEN	66
---------------------------	----

Lista de Tablas

1. Tabla N°1. Condiciones Normativas Resolución CRT 087 de 1997 Hasta la Resolución CRT 1040 de 2004	131
2. Tabla N°2 Condiciones Normativas Resolución 1732 de 2007 – Condición en la Redacción del clausulado	132
3. Tabla N°3 Condiciones Normativas Resolución 1732 de 2007 - Condiciones en la Forma de Redacción del Contrato.....	133
4. Tabla N°4 Condiciones Normativas. Resolución 1732 de 2007 – Condiciones extensivas al contrato de la página web del operador.	137
5. Tabla N°5 Cláusulas Prohibidas Resolución 1732 de 2007.	138

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DEL SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL EN LOS PLANES POST-PAGO PARA PERSONA NATURAL DE LAS EMPRESAS COMUNICACIÓN CELULAR S.A., TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. Y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. CELEBRADOS EN BUCARAMANGA, DURANTE EL PERIODO 2009 – 2010"

AUTOR: LUISA FERNANDA HURTADO ORTIZ

FACULTAD: Derecho

DIRECTOR: LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA

RESUMEN

Desde el principio, los cambios que ha vivido una sociedad, han sido gestados por las grandes revoluciones, las que han llevado a transformar el orden social, económico y jurídico de cada comunidad. La revolución Industrial, quizá una de las más importantes para la economía occidental trajo consigo no solamente la introducción de un sistema de capital, sino también el surgimiento de una nueva clase: El Consumidor.

Por tal razón, y gracias a los excesos de la oferta debido al auge de la industria y su poder, el consumidor se ha visto relegado a un segundo e incluso tercer plano, llegando a ser víctima de los intereses individuales de los empresarios.

Por tanto, el objetivo de este artículo es analizar la protección efectiva de los Derechos de los Consumidores desde el contrato, específicamente, aquel que concierne la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular. Para ello, se realizó un estudio a partir de la Teoría General del Contrato, del Derecho del Consumo, y del Consumo, para posteriormente entrar a estudiar el clausulado de los contratos de TMC celebrados en la ciudad de Bucaramanga durante el periodo 2009-2010.

PALABRAS CLAVES: Derechos del Consumidor, Contratos de Consumo, Cláusulas Abusivas, Telefonía Móvil Celular.

VoBo. Director

Luisa Fernanda HURTADO-ORTIZ

GENERAL SUMMARY OF WORK OF DEGREE

TITLE: CONSUMER RIGHTS IN TERMS AND CONDITIONS OF CONTRACTS FOR POSTPAID MOBILE PHONE SERVICE, ENTERED INTO BETWEEN NATURAL PERSONS AND COMUNICACIÓN CELULAR S.A., TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. AND COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P, DURING THE PERIOD 2009 – 2010 IN BUCARAMANGA"

AUTHOR: LUISA FERNANDA HURTADO ORTIZ

FACULTY: Law

DIRECTOR: LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA

ABSTRACT

From the beginning, society has been subject to constant change due to the greatest revolutions, which have transformed the social, economical and legal order. Industrial Revolution is perhaps, the most important change in west economy, because it brought along not only the capitalist system, but the emergence of a new class: Consumers.

For that reason, and due to the excess of the offer and the boom of industry and its power, consumer has been relegated to a second and even a third place behind manufactures, becoming a victim of entrepreneurs.

Consequently, the aim of this work is to analyze the effective protection of Consumers' Rights from the contract, specifically the one concerning the Mobile Phone Service. That's why many theories have been studied, such as General Theory of Contract, Consumption and Consumers' Rights, to analyze the terms of Mobile Service contracts in Bucaramanga during the periode 2009-2010.

KEY WORDS: Consumer Rights, Consumer Contracts, Unfair Terms, Mobile Phone Service.

VoBo. Director

Luisa Fernanda HURTADO-ORTIZ

INTRODUCCIÓN

"La regulación es un instrumento de intervención del Estado en los servicios públicos de telecomunicaciones, la cual debe atender las dimensiones social y económica de los mismos, basada en las circunstancias y condiciones actuales de los mercados y en consecuencia, debe velar por la libre competencia y la protección de los usuarios orientándose a la protección de sus derechos e intereses y al mejoramiento de su calidad de vida, reconociendo a la vez, los cambios y avances tecnológicos y la necesidad de proteger los derechos que adquieren mayor importancia como consecuencia de la evolución en la prestación de dichos servicios"¹.

Lo anterior describe a cabalidad la directriz del presente trabajo, pues en vista de las circunstancias no sólo del mercado, sino también de la sociedad y del nuevo componente tecnológico en el mundo, la protección del consumidor surge como uno de los mecanismos para mejorar la calidad de vida de nuestras sociedades, pues mientras una avalancha de avances, cambios y progresos tecnológicos caen a su alrededor, el consumidor permanece incólume y se ve avasallado por la masividad e inmensidad del mercado.

Por lo tanto, es necesario efectuar una labor de control desde la academia reconociéndose como parte de un Estado integral donde la protección del consumidor es una responsabilidad que no solamente recae en manos de las entidades administrativas y las empresas, sino también de la ciudadanía en general y de las instituciones que en la sociedad influyen.

¹ Resolución 1732 de 2007. Consideraciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En: Comisión de Regulación de Comunicaciones [en línea] Disponible en <http://crcom.gov.co/> Citado el 2 de Diciembre de 2010.

Es entonces, cuando se observa que entre los servicios más importantes hoy por hoy en Colombia, se encuentra la Telefonía Móvil Celular, la cual ha pasado a ser necesaria, al punto de llegar a desplazar a la tradicional Telefonía Fija. Y es que su auge cada día es mayor, pues a medida que el mundo tiende a unificarse gracias al fenómeno de la globalización, y a la democratización de los medios a través de internet, las necesidades de información y comunicación se han convertido en imprescindibles. Ante estos sucesos, la Telefonía Móvil Celular ha logrado un avance tal, que ha mezclado estas 2 necesidades en un solo servicio, llegando a acaparar una gran parte de la población mundial y particularmente colombiana.

Por esto y por todo lo anterior, este trabajo se encarga de hacer un análisis y un estudio del clausulado de los contratos de Telefonía Móvil Celular de los operadores Comunicación Celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A. E.S.P., identificando las cláusulas abusivas de los mismos y el cumplimiento de las condiciones normativas.

Para ello, se presentará primero una reseña sobre lo que es el contrato y su evolución, pasando por el Derecho Anglosajón como cuna de los derechos de los consumidores a raíz de su sistema contractual, hasta llegar a los Derechos del Consumidor como son concebidos hoy en el mundo occidental, su tratamiento, la influencia del mercado y la economía en ello.

En segundo lugar, se estudiarán lo que son los Derechos del Consumidor y las Cláusulas Abusivas, comenzando por la Evolución y la historia del consumo así como las Teorías que se han sentado a su alrededor coadyuvando al proceso de desarrollo e implementación dentro de los sistemas estatales. Acto seguido se presentarán las definiciones de consumidor y sus contextos así como la discusión que surge entorno a la persona jurídica y la persona natural como consumidores.

Dentro de este segundo capítulo, se encontrará el desarrollo del tema de las Cláusulas abusivas desde el derecho del consumo, para lo cual es necesario entrar a

conceptualizarlas para luego establecer una serie de características que permitirán más adelante el desarrollo del estudio del caso de la contratación en Telefonía Móvil Celular en planes post-pago para persona natural en Bucaramanga 2009-2010. Se hará una breve exposición de lo que ha sido el desarrollo de esta temática en la Unión Europea y particularmente en Francia a través de su jurisprudencia.

En Tercer lugar, se presentará un capítulo dedicado exclusivamente a la teoría jurídica sobre la Telefonía Móvil Celular, su definición no sólo doctrinal sino también desde la normatividad colombiana, así como la conceptualización del contrato en este sector de la economía, sus partes, sus características y su naturaleza jurídica, necesario todo esto para comprender en mejor manera el tipo y la clase de contratos por analizar.

Finalmente, se hará exposición de la forma de contratación dentro del tema de estudio y el análisis de los contratos, así como las condiciones bajo las cuales se encuentran redactados y la valoración de ellos a partir de cada uno de los factores que la norma demanda por tener en cuenta, sus efectos y su impacto en el usuario de este servicio

1. SOCIEDAD DE CONSUMO Y CONTRATO

1.1 . Introducción.

"La sociedad puede subsistir entre los diferentes hombres, así como entre los diferentes comerciantes, desde el sentido de su utilidad, sin *amor o afecto mutuo*"

-Adam SMITH².

Sin duda alguna, esta frase de Adam Smith resulta bastante utilitarista en su sentido lato, pues da a entender que el afecto y el cariño, propio de los seres humanos, no son necesarios cuando desde la utilidad misma, puede la sociedad subsistir, de la misma manera como lo hacen los comerciantes o mercaderes.

Lo cierto es que Smith no estaba muy lejos de definir lo que realmente mueve las relaciones comerciales en una sociedad: El nivel de utilidad de los bienes y/o servicios; siendo esto al fin y al cabo, lo que permite que fluyan las relaciones materiales entre los seres humanos.

De lo anterior, se tiene que las relaciones interpersonales, van marcadas por la búsqueda de lo útil, de aquello que les resulte provechoso y ventajoso, lo que para algunos permite el progreso individual y social, y para otros, simplemente lleva a la satisfacción de intereses personales o de necesidades individuales.

No es extraño el sentir utilitarista de una sociedad como la nuestra, pues está claro, que el mundo de occidente ha sido impregnado por el sistema económico de Mercado, donde la oferta y la demanda marcan la pauta de las finanzas, guiadas siempre por el deseo del incremento del tan anhelado capital, en la conformación del mercado

² SMITH, Adam. *"The Theory of Moral Sentiments"*. Ed. Dover. New York 2006. Pág. 86.

perfecto. Esto, como resultado de un proceso que se inicia bajo el sistema feudal basado en la explotación agraria, el cual fue girando poco a poco hacia un sistema diferente cuyo vértice era el comercio, las manufacturas y las profesiones liberales, guiado por una clase social naciente conocida como la burguesía³.

Este nuevo sistema, se abre paso en forma extraordinaria, a través de la expansión del comercio y la industria, creando una sólida y nueva estructura social, fundada en el capital, como producto de las nacientes relaciones económicas. Este fenómeno, que se desarrolla fuertemente entre mediados del siglo XVIII y principios del siglo XIX, da origen a una revolución de carácter industrial, enmarcada por el dominio y el cambio de las fuentes de energía, las cuales permitieron el desarrollo de la producción, distribución y comercialización de los nuevos bienes y servicios.

Lo anterior, trae como consecuencia, la transformación de la esencia y de la estructura de la sociedad, pues cambian sus intereses, sus prioridades y necesidades, donde un nuevo comercio, busca crear otro tipo de necesidades, establecer otro orden de prioridades y satisfacer otra clase de intereses.

Los sistemas de comunicación se transforman, haciendo una sociedad cada vez más pequeña con relación al ordenamiento social anterior, una sociedad más interconectada y más ávida por tener el control de sus propios medios de producción y de la mayor cantidad posible de herramientas como las fuentes de energía, para disminuir los costos de inversión en la realización de un nuevo producto.

Nace el consumo, como resultado del juego de capital entre el productor y sus medios de producción, y el adquirente. El primero, busca ver satisfecho su interés, a través del ofrecimiento o comercialización de un bien o servicio industrial, para recuperar la inversión en mano de obra y maquinaria, y obtener, además de ello, una ganancia que le permita reinvertir en su actividad económica y al mismo

³ GHERSI, Carlos Alberto. *"Contratos Civiles y Comerciales. Partes General y Especial. Empresas. Negocios. Consumidores"*. Editorial ASTREA. 4ta Edición. Buenos Aires. 1998. Pág. 14

tiempo, mejorar su estilo de vida. El segundo, busca simplemente la satisfacción de una necesidad de carácter personal en forma inmediata, haciendo uso de la remuneración obtenida por el trabajo realizado en la producción del bien o servicio por adquirir.

Un nuevo ciclo nace, donde la familia, como eje fundamental de la sociedad, se convierte en la propietaria de los factores: *"trabajo, capital, tecnología y recursos naturales"*⁴ generándole el ejercicio de este rol, los ingresos necesarios para tener la capacidad suficiente que le permita asumir el papel opuesto al primero, cual es el de consumidor.

Todos estos cambios, traen consigo la inclusión de nuevos conceptos que vendrían a caracterizar a la sociedad moderna. Términos como Utilidad, Individualismo y Mercado surgen para moldear la nueva clase social económica de consumo. El individualismo, como determinante de su capacidad de decisión, como delineador de soberanía del usuario, quien tiene no sólo poder económico para elegir, sino libertad psicológica para hacerlo. El Mercado, como esa plaza perfecta, donde la oferta y la demanda moldean los precios en forma justa y beneficiosa para sus intervinientes. La Utilidad, definida como la capacidad abstracta de un bien para satisfacer las necesidades humanas⁵.

Es entonces, como guiados por estas nuevas condiciones de vida, la sociedad se divide en dos: una parte, compuesta por los empresarios que buscan maximizar los beneficios; y por otra parte, el consumidor, quien busca la satisfacción de sus necesidades individuales. Se mantiene el consumo como el resultado de la interacción de diversas fuerzas como lo son los cambios en la composición de la población, en la educación y en las costumbres, en las nuevas actitudes y aspiraciones⁶.

⁴ GHERSI, Carlos Alberto. Op. Cit. Pág. 30.

⁵ ALONSO, Luis Enrique. *"La Era del Consumo"*. Siglo XXI De España Editores S.A. Madrid 2005. Pág. 2

⁶ KATONA, citado en la obra de ALONSO, Luis Enrique. *"La Era del Consumo"*. Siglo XXI De España Editores S.A. Madrid 2005. Pág. 7.

No obstante, las estrategias empresariales en el mercado, inician un proceso de absorción y dominio, que traen como resultado, la constitución de monopolios y oligopolios, que alterarían la estructura del mercado "perfecto" que ilusoriamente buscaba mantenerse. Es así, como el oferente en este sistema económico, comienza a determinar, a través de la manipulación de los deseos del consumidor, las necesidades e intereses que busca satisfacer, despojándolo de su soberanía y libertad de decisión, todo lo cual, se manifiesta en las formas de establecimiento y condicionamiento de las relaciones comerciales.

Dichas relaciones entre empresario y consumidor, se ordenan a través de diferentes figuras como el contrato, usado por los particulares para regular sus vínculos y compromisos de manera autónoma e independiente; y la publicidad. Sin embargo, la "evolución" del Mercado Capitalista, cayó en los abusos propios de un sistema aparentemente exitoso. Es entonces, cuando el derecho resurge como herramienta de contexto, es decir, como resultado de condicionantes, de aquellos cambios profundos que acaecen en el seno de la sociedad y que alteran los contenidos en el equilibrio de los que detentan el poder y el no poder⁷.

Busca el derecho, a través de sus herramientas, de la ley, de la justicia, de su conjunto, contener la carrera de excesos emprendida por los productores e industriales. Se prohíben y reprimen algunas actividades ilícitas de gran escala, pero olvida en un principio la evaluación y control de una de las instituciones más antiguas de la humanidad: El contrato.

Se convierte el contrato entonces, en la herramienta más usada en el comercio para regular los vínculos entre los intervinientes del mercado, y al mismo tiempo en la más "abusada", pues aprovechando la falta de controles concretos, la inmediatez y rapidez que demanda el sistema económico, la extrema libertad otorgada bajo el manto de la autonomía de la voluntad y la facilidad que ésta institución proporciona a los

⁷ GHERSI, Carlos Alberto. Op. Cit. Pág. 7.

particulares, se le da un uso que afectaría el encuentro del beneficio en el consumo y el mejoramiento de la calidad de vida social.

Con todo y lo anterior, y no pretendiendo decir con ello que la figura del contrato se ve desamparada en su totalidad por el derecho, sumado a lo que vemos a nuestro alrededor, logramos deducir que a diario, y aún cuando es imposible percibirlo, se celebran billones de contratos alrededor del mundo. Unos celebrados entre Comerciantes e Industriales, Otros entre profesionales, y finalmente la inmensa mayoría de ellos, celebrados entre los consumidores y los comerciantes.

Es por ello, que hoy en día, el contrato no puede ser limitado a la concepción que tradicionalmente se le había dado, pues gracias a este rico proceso económico experimentado desde hace cerca de 4 siglos, es que esta forma negocial se ha dividido en tantas especies contractuales como relaciones comerciales derivan del mercado. Es esta la razón o el motivo que hace necesario entrar a precisar sobre lo que realmente es el contrato y en lo que se ha convertido en nuestros días.

1.2. Reseña evolutiva del Contrato.

Antes de precisar sobre el contrato de Telefonía Móvil Celular y para analizarlo, es necesario hacer una breve reseña evolutiva en tanto que institución vértice del Derecho Privado, lo que permitirá entender el por qué de la forma en que a diario el consumidor celebra contratos de esta especie.

En el antiguo Derecho Romano⁸, se hablaba de obligaciones, cuando había un convenio o un pacto que buscara dar fuerza de ejecutoria y vida material a una promesa hecha entre dos personas. Igualmente, se extendió este concepto a otro tipo de obligaciones que en principio no buscaban ser un deber legítimo dentro del marco

⁸ RENTERÍA AROCENA, Alfonso. *"La Seguridad Jurídica Contractual, Medio de Protección del Consumidor"*.. XXI Congreso Internacional del Notariado Latino. Berlín 1995. Pág. 11

ordenado de la sociedad, pero que al final y dadas sus características, terminaba convirtiéndose en una deuda, esto era, el delito. Se trata entonces de las fuentes de las obligaciones, que para los antiguos romanos, eran el origen de la facultad o del derecho de exigencia que tenía una persona frente a la otra.

Más adelante, y gracias a Justiniano⁹, quien siguiendo una simplificación que aparecía ya en Gayo, consideró que todo convenio obligacional era un contrato. Es en este punto de la historia, donde esta Institución Jurídica toma forma y vida propia, con sus consecuentes ventajas posteriores, pues no es lo mismo determinar el grado o nivel de responsabilidad derivada de una obligación cuando se está en presencia de un delito a cuando se está en presencia de un contrato, un pacto, un acuerdo negocial.

Posteriormente, y en palabras de Labeón¹⁰, "*contractus est ultro citroque obligatio*", lo que daba cuenta de la correlatividad de las obligaciones entre las partes, siguiendo la cohorte expresada por Justiniano. Evoluciona la sociedad y así mismo sus instrumentos. Es por esto, que el concepto de contrato cambia, pasando de un enfoque restrictivo, donde se hablaba únicamente del contrato como fuente de obligaciones recíprocas a considerar lo contrario, lo que lleva al inconformismo de varias corrientes; unas, que estiman que el contrato debe satisfacer equilibradamente los intereses recíprocos. Otros, que se conforman con la simple existencia del contrato como base de relación de intercambio.

En el antiguo Derecho Romano, el contrato debía cumplir con ciertas formalidades, o mejor, su celebración, pues la mera convención no generaba obligaciones a menos de que le fueran asignados a través de un edicto imperial o del Pretor. Inicialmente se usó la figura del Nexum, pues en la ceremonia de contratación, el deudor repetía la solemne frase: "*Quum nexum faciet mancipiunquem, ut lingua nuncupasit, ita jus esto*"¹¹.

⁹ Íbidem. Pág. 12

¹⁰ ALTERINI, Atilio Anibal. "*Contratos: Civiles, Comerciales, De Consumo*". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1999. Pág. 12

¹¹ ALTERINI, Atilio Anibal.. Op. Cit. Pág. 13

Además de ello, el deudor a través de la figura de la damnatio, facultaba al acreedor para matarlo, esclavizarlo o someterlo a prisión privada en caso de incumplimiento.

Más adelante, la celebración de los contratos vendría a ser definida por el objeto, y como consecuencia de ello, se fueron clasificando según su forma, pues tal como lo manifiesta Justiniano en las Institutas:

"Se forman por la cosa, o por palabras, o por escrito o por el sólo consentimiento (...) siendo estas las categorías:

a) Contratos verbis, que quedaban concluidos verbalmente;

b) Contratos Litteris, que quedaban concluidos por escrito;

c) Contratos Re (Ej: El mutuo, el comodato, el depósito y la constitución de prenda) para su conclusión no era suficiente el sólo consentimiento sino la entrega de la cosa;

d) Contratos solo consensus, que no requerían más formalidad que el mero consentimiento.

Los Contratos Litteris se convirtieron en una de las formas contractuales más seguras para los romanos dado el valor probatorio que imprimían a las relaciones jurídicas. Esta forma es la que prima en el mundo jurídico actual, y en gran parte, debido a la masificación de las relaciones civiles y comerciales, como es el caso de las grandes compañías, las cuales, para beneficio tanto propio como de la(s) otra(s) parte(s), realizan todos sus contratos por escrito, así como lo hacen las compañías de Telefonía Móvil Celular, lo cual se ha convertido en costumbre y por tanto, en una de las características del contrato para la prestación de servicios de Telefonía Móvil, convirtiéndose en un requisito solemne para dar inicio a la prestación del servicio y al correlativo deber del pago por el mismo.

La figura del contrato siguió evolucionando. Pasando por la distinción entre contratos de Derecho Estricto y los de Buena Fe (Los primeros obligaban más por

las palabras y los segundos, por la verdadera intención de las partes). Tiempo después, y gracias a la expansión del imperio romano hacia el resto de Europa, las raíces jurídicas de esta cultura, ejercieron gran influencia en el sistema continental europeo, y en una menor, pero no despreciable medida, en el sistema anglosajón.

Por lo anterior, no se puede negar que el sistema Continental Europeo y el sistema anglosajón, tienen puntos de encuentro aún cuando son bastante disímiles. Entre sus diferencias destacamos que mientras el sistema continental requiere de una codificación, para luego aplicar estos principios o normas a un caso en concreto (Método Deductivo), el sistema anglo considera los casos en particular, de los cuales derivan los principios generales, al final dictados por los jueces (Método Inductivo).

Es por ello, que en alguna ocasión, FITGERALD¹², hizo uso de la historia de Brutus y el robo del mármol de Cesar, para explicar la diferencia entre los dos sistemas. Brutus roba el mármol de Cesar y lo convierte en una hermosa estatua. Surge la pregunta ¿Puede Cesar recuperar su mármol?. Se dice que para los estudiosos del derecho en el sistema continental, el enfoque dado sería desde los derechos y las obligaciones, reflejadas en preguntas como: *“¿Quién debería apropiarse la estatua, el propietario del material en bruto o la persona que lo convirtió en un trabajo de arte?”*.

En cambio, los jueces del sistema del Common Law, trabajarían el caso desde una perspectiva práctica, enfocada en la compensación: *“¿Puede Cesar tomar la estatua? ¿Puede Brutus conservar la estatua? ¿Puede Brutus pagar el costo del material a Cesar?”*¹³

Estas diferencias, nos permiten entender el manejo del derecho del consumo, el cual surge de las relaciones contractuales, pues este es un derecho que requiere el

¹² FITGERALD & KEWLEY, G. *This Law of ours*. Prentice Hall: Sydney 1978. Pág. 35.

¹³ YEAGO, William & Others. *THE ENGLISH OF LAW: ENGLAND AND WALES*. Éditions Belin.Paris. 2006. Pág. 230

estudio de casos en forma particularizada y no en forma generalizada, siguiendo el método usado por el derecho anglosajón. Igualmente, el derecho del consumo, va enfocado a dos puntos que trabaja principalmente el sistema anglo cuales son la prevención y la indemnización. Prevención a partir de la responsabilidad adquirida por el oferente e indemnización como una forma de compensar el daño ocasionado a raíz del incumplimiento del compromiso sentado por el proveedor del producto.

Los Estados Unidos han sido la cuna del reconocimiento y demanda de los derechos del consumidor desde hace muchos años; de hecho, es pionero en la regulación del tema (cabe recordar la intervención del presidente Jhon F. Kennedy ante el congreso de ese país en el que pide reconocer los derechos del consumidor como los del ciudadano). Esto se debe en gran medida, al sistema dentro del cual se enmarcan las prerrogativas y los deberes. Es un sistema jurídico anglosajón, donde la responsabilidad del oferente no se mide por el tiempo o el momento en que se haya adquirido sino desde el momento en que se efectuó el compromiso.

Por ello, es necesario detenerse un poco en el estudio y análisis del Derecho Anglosajón detallando el tema de los contratos, pues esto permitirá entender en una forma más amplia, el funcionamiento de los derechos del consumidor en casos particulares como es en la prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular y la redacción de los contratos.

1.2.1 Derecho Anglosajón

En el derecho anglosajón, el contrato resulta de una promesa, así como de la confianza generada en el otro o en la expectativa de la realización de ciertos actos¹⁴, lo cual se refuerza con el concepto de "Derecho del contrato" dado por Sir

¹⁴ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 15

Jack Beatson¹⁵ *"El Derecho contractual se entiende como la rama del derecho que determina que una promesa es jurídicamente vinculante para la persona que hace dicha promesa"* (Subrayado fuera de texto). Esto se evidencia al observar que en el sistema norteamericano, la publicidad e incluso la *consideration* (promesa de dinero, bienes o servicios dada por una parte a otra para inducirlo a la celebración de un contrato)¹⁶, vinculan, y son fuente de obligaciones entre las partes que intervienen, es decir, quien hace la promesa y quien la recibe.

Los elementos del contrato en el sistema inglés son: 1) Acuerdo; 2) Intención de crear relaciones legales y 3) La consideración. Pero para su formación se deben seguir 3 etapas: 1) La Oferta; 2) La Aceptación y 3) La Comunicación. Se observa entonces, como la confianza, la voluntad de las partes, y el ejercicio de la psiquis es importante dentro de este sistema, así como la oferta, la cual se eleva al mismo grado de la promesa y la publicidad siendo de vital importancia durante y después de la celebración del contrato.

En el Caso *"Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co"*¹⁷ (1893) 1QB 256 C.A" resuelto por la Corte de Apelaciones de Londres, se observa el grado vinculante de la publicidad elevada al nivel de oferta y las consecuencias que puede acarrear su subestimación.

En la especie, el demandado advirtió en la publicidad que su producto prevenía de la influenza, y ofrecía pagar 100 Libras esterlinas a quien contrajera influenza a pesar del uso de su producto. La compañía hizo un depósito de 1000 Libras esterlinas en un banco, como prueba de su sinceridad. La Señora Carlill compró uno de los productos ofertados pero contrajo la influenza. La compañía se negó a pagar las 100 Libras esterlinas demandadas por Carlill. Finalmente la Corte de Apelaciones otorga el derecho a la señora Carlill concluyendo que:

¹⁵ YEAGO, William, Op. Cit. Pág. 231

¹⁶ YEAGO, William & Others. Op. Cit. Pág. 237.

¹⁷ Ibídem. Pág. 245

"1) El depósito de dinero demostró una intención de contratar, luego la publicidad constituía una oferta genuina y no simple publicidad;

2) Una oferta hecha para el mundo en general, no obsta para ser una oferta válida, la cual es aceptada por quien quiera que adquiera una "smoke ball";

(...)

4) La compra y uso de una "smoke ball" representa aceptación".

Se observa entonces que la obligación y responsabilidad del proveedor no surgió desde el momento de contratar sino desde aquel en que lanzó una oferta generalizada con un acto de confirmación como lo fue en la especie, la consignación del dinero para dar mayor seguridad de lo expuesto públicamente. Su responsabilidad se midió no por el momento en que se ejecutó, sino por el acto realizado, por la efectiva adquisición de un compromiso como lo era la entrega de una cantidad de dinero si ocurría cierto evento, es decir, el condicionamiento del funcionamiento de las propiedades del producto.

Esta es la razón por la cual, la oferta es estrictamente vinculante y se asemeja a una convención, la cual en términos de los anglosajones busca *"proveer un camino por el cual una persona pueda crear expectativas en otra (...) en virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esa convención para hacer una promesa, y luego romperla"*. La oferta en el derecho anglosajón, que comienza claramente con la publicidad, es una convención, pues crea esperanzas en la otra parte.

Es de resaltar que el derecho de tradición anglosajona en materia contractual ha permitido la especialización del derecho enfocándose en los consumidores llegando más allá de las meras relaciones de carácter comercial, lo que lleva a particularizar esta nueva rama a sectores como el que se estudia en este trabajo, cual es la Telefonía Móvil Celular por tratarse de un servicio que se ha convertido de primera necesidad en Colombia y el mundo.

1.2.2 Derecho de Tradición Romana

Para seguir dentro de la presentación de la reseña del contrato como institución jurídica base de las relaciones entre comerciante y consumidor, en el caso bajo estudio, entre las empresas operadoras de Telefonía Móvil Celular y los usuarios, es preciso analizar la Tradición Jurídica Romana como pilar del contrato en Colombia.

Este sistema se caracteriza por conservar el consentimiento o acuerdo como una característica determinante de esta figura jurídica, pues es ese consentimiento, como manifestación de la voluntad de las partes, el que obliga. No desde la promesa propiamente dicha, así como en el sistema inglés sino como punto de partida para la elaboración del contrato. Es decir, en el Reino Unido, la vinculación contractual, por así llamarlo, comienza desde el momento mismo de la oferta, o de la promesa hecha a través de un aviso publicitario o de una simple charla. Por su parte, en los sistemas de tradición romana, la vinculatoriedad comienza desde el momento en que se pacta contrato. La oferta vincula, únicamente, cuando se cumplen ciertas condiciones¹⁸.

Si bien dentro de este sistema, el contrato comienza con el acuerdo, su especificidad dentro del derecho, genera posiciones encontradas con relación a los hechos que pueden dar origen a este instrumento. Es así, como encontramos por un lado, escuelas como la francesa, que hablan de la iniciación del contrato a partir del acto jurídico y de otro lado, encontramos la pandectista, de origen alemán, que deshecha lo anterior y hace una clasificación más precisa para decantar, a partir de la deducción, el concepto y la definición de contrato.

¹⁸ Salvo en las legislaciones en las que de manera especial, se ha incluido la publicidad como un tema aparte y especial de protección al consumidor, se habla de vinculatoriedad a partir de la publicidad. De resto, si no se legisla estrictamente la materia publicitaria, ésta puede llegar a no ser vinculante.

1.2.2.1 La Tradición romana contractual en Colombia

Colombia es un país de marcada tradición romana, donde confluyen las dos escuelas arriba mencionadas, la de origen francés y aquella de origen alemán. Nuestro actual código civil se rige por la primera orientación. De la segunda corriente, encontramos como integrador de ella a la teoría del derecho en Colombia, al profesor Fernando Hinestrosa, seguido por un jurista santandereano quien se ha propuesto difundir esta corriente, se trata del Profesor Antonio Bohorquez.

Para algunos doctrinantes del derecho, seguidores de la corriente francesa, el hecho de que el contrato sea definido por el código civil así:

ARTICULO 1495. <DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Se debe a que el contrato deriva de un Acto Jurídico, pues se infiere que tanto el Hecho Jurídico como el Acto Jurídico, representan la “manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos” de la que derivan dos elementos importantes como lo son la manifestación de la voluntad y el objetivo específico de esa voluntad, es por ello, que su tesis se centra en el estudio de estos dos caracteres fundamentales del contrato.

Para los franceses la voluntad en el Acto Jurídico representa la esencia misma del contrato, pues su ausencia nos lleva a la esfera del hecho jurídico el cual se encuentra exento de todo consentimiento. Por otro lado, agregan que la manifestación de esta voluntad, debe ser clara y efectiva, de tal suerte que trascienda del fuero interno y no quede únicamente como una intención, pues las intenciones no tienen consecuencias jurídicas, no constituyen creación, modificación o extinción de derechos o deberes.

Su objeto, el objeto del contrato, es el norte mismo de esta disposición de intereses, pues lleva la dirección del Acto y lo encausa para que produzca efectos jurídicos

positivos aceptados por la ley. Todo esto, nos lleva a que para configurar un acto jurídico, se requiere una voluntad manifiesta con un fin claro y específico que busque, con su materialización, cruzar el campo de lo jurídico.

Desciende esta teoría a la definición del contrato, conceptualizándolo en la misma forma en que lo hace nuestro código civil, pues lo traduce en un acuerdo de voluntad dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas constituyéndose en fuente principal de obligaciones.

Por su parte, en la tesis contractual de origen alemán, antes de entrar a definir el contrato, se han de considerar las nociones de hecho y acto jurídico por separado. Esta corriente, al igual que la anterior, pone en la punta de su pirámide a la norma jurídica, de la que, como se dijo, se deriva toda situación relevante para el derecho.

De otro lado, encontramos los llamados actos jurídicos que son comportamientos humanos con efectos relevantes en derecho; una especie de lo que son los hechos jurídicos.

Cuando dichos actos resultan siendo dispositivos de intereses, se conocen como negocios jurídicos, los cuales al igual que los ya mencionados, habrán de tener efectos en derecho.

Una vez superada esta clasificación, se desprende de ella el concepto de contrato como un negocio jurídico en que intervienen 2 o más personas en el que se disponen intereses de carácter patrimonial y, que como los anteriores, generan consecuencias en la esfera del derecho.

Por lo anterior, es necesario entrar a precisar la noción de contrato, delimitar su concepto y definir aquel que será usado en adelante para realizar el estudio objeto de este trabajo.

1.3. Definición de Contrato

Siguiendo el planteamiento anterior, y previo a la enmarcación de la operación de prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular, se hará una definición de contrato que nos conduzca al análisis del caso colombiano.

En principio, los contratos son negocios revestidos de múltiples características, dependiendo de la perspectiva desde que sean vistos, pues mientras unos buscan un lucro, un resultado manifestado en utilidad monetaria, otros lo hacen con la mera intención de obtener un medio para que a través de otros acuerdos se pueda obtener un resultado.

Estos Negocios son los más celebrados en el mundo actual, pues nuestro sistema económico de mercado, impulsado por el capital, enmarca las relaciones materiales entre las personas, llevándolas a buscar formas convencionales que les permitan satisfacer sus intereses y que tengan la fuerza jurídica suficiente, para obligar a las partes.

Inicialmente, para cualquiera, un simple pacto o una mera convención, podrían ser suficientes para atar a dos partes. Pues bien, la palabra convención¹⁹ o el término "pacto"²⁰, implican un acuerdo de partes, es decir, representan únicamente una concordancia entre dos partes o más sobre un punto específico, a diferencia del contrato, término que deriva del latín contractus²¹ que deriva del verbo contraho, contraxi, contractum que significan recoger, reunir, concentrar en el sentido de asumir una obligación. Además de ello, el contrato se ha caracterizado porque debe cumplir con una serie de requisitos dentro del marco legal de un Estado, lo que le da fuerza vinculante o efecto obligatorio en derecho, pues es éste mismo quien lo otorga, a través de sus formalidades.

¹⁹ Del latín *cum-venire* que significa: venir juntos.

²⁰ Del latín *pascisi* que quiere decir: ponerse de acuerdo.

²¹ BOHORQUEZ, Antonio. *"De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano"*. Volumen 2. Pág. 1.

Se observa entonces, que la occidentalización del mundo²², o la implementación de un sistema de economía de mercado, lleva a concebir de una manera más seria y compleja, esta especie de Negocios, cuya causa final es la satisfacción de un interés individual o colectivo. No obstante, esto no limita el uso del contrato a un sistema económico como el nuestro, pues algunos sistemas netamente socialistas, también lo incluyen dentro de su "complejo social", siempre y cuando "no afecte intereses del Estado"²³

La diferencia del contrato en un sistema de tendencia capitalista, a uno de tendencia socialista, es el nivel de importancia que se le otorga, pues si bien en el primero se usa como una herramienta que lleve al progreso y levantamiento de la economía de una nación, en el segundo se usa simplemente como un instrumento que permita regular relaciones entre particulares sin salirse del marco de la intervención del Estado y sin afectar sus políticas económicas, lo cual representa una restricción un tanto significativa.

Es por ello, que a continuación se procederá a definir lo que es contrato, pero, teniendo en cuenta el enfoque clásico de nuestro Código Civil, lo que permitirá adecuar la definición dada por el sistema al objeto de estudio de este libro.

1.3.1 Definición a partir de su causa.

El profesor Carlos Alberto GHERSI²⁴, argumenta que la definición legal de contrato "hace referencia a la palabra que designa aquella situación en la cual existe un acuerdo

Ed. TEMIS. Bogotá 2003.

²² Esto, como consecuencia no únicamente del gran apogeo que tuviese el imperio romano y su consiguiente influencia, sino también la fuerza tomada por la economía de mercado en el mundo y su implementación en sistemas que inicialmente se dibujaban como opuestos a los sistemas de occidente.

²³ ALTERINI, Atilio Anibal. *Op. Cit.* Pág. 17.

²⁴ GHERSI, Carlos A. *"Contratos Civiles y Comerciales. Empresas. Negocios. Consumidores. Parte General Tomo I"* Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1999. Pág. 104.

manifiesto de voluntades destinado a reglar los derechos de las partes". Esta postura con relación a las definiciones en los códigos, obedece a la creencia de que a mayor número de definiciones en los códigos, más clara y más fiel será la interpretación y aplicación de la norma.

Conceptúa el contrato como un *"acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas"*.

De igual forma, nos brinda una definición causal del contrato, es decir, el contrato según su causa, como un elemento externo de él; a partir de los efectos o efecto que produce este instrumento. Es por esto, que señala que el contrato en sí mismo, es *"una herramienta, es la forma para el "hecho económico", y es en este último donde debemos asentar la "causa eficiente o fuente del contrato", y al cual le debe su existencia"*.

Es decir, el contrato es la materialización de una actividad de carácter económico como lo que sucede en la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular el cual se celebra entre dos partes con un fin lucrativo que afecta el patrimonio de sus intervinientes, pues por un lado tenemos a la empresa operadora que busca obtener un beneficio económico y por otro al usuario que busca satisfacer una necesidad a través del pago de una suma de dinero.

1.4 Constitución Política de Colombia de 1991 y la Protección de la Institución del Contrato.

Colombia es un Estado Social de Derecho, cuyos sistemas legislativo, económico y social, se encuentran enmarcados por una constitución garantista, preocupada por el individuo dentro de una sociedad jurídicamente organizada, por el respeto de los derechos y el cumplimiento de los deberes. Es una constitución que a través de una serie de principios, busca abarcar y controlar todos los aspectos y situaciones del

Estado, influyendo notablemente en el derecho y por consiguiente en la rama del Derecho Privado.

En virtud de lo anterior, la Carta Magna colombiana influye el Derecho Privado en su área contractual de la siguiente forma²⁵:

1. Aspectos Generales: Referencia principios relacionados con los contratos.
2. Aspectos Particulares: La Constitución Política se refiere a ciertos contratos de modo específico.
3. Interpretación de Reglas Contractuales: Así como la Hermenéutica de los mismos, labor encausada armónicamente con los principios constitucionales.

Por esta razón, se considera prudente entrar a exponer brevemente los principios de la Constitución Política de 1991 más importantes con relación a los contratos.

1.4.1 Principio de la Autonomía Privada y su Regulación en la Constitución Política de 1991.

El artículo 333 de la Constitución Nacional reza:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

(...)

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Su carácter de principio constitucional, no solamente es dado en Colombia, también en Argentina, pues allí se le considera como “principio general del Derecho como de

²⁵ BOHORQUEZ, Antonio. Op. Cit. Pág. 10.

fuente constitucional"²⁶. La misma situación se presenta en los otros países latinos, cuya materia contractual ha sido inspirada por el Derecho francés, pues de un lado la mayoría de constituciones de América latina son recientes y posteriores a la expedición de su regente Código Civil.

La Carta Magna ofrece protección especial a las vinculaciones u obligaciones que los particulares contraigan entre sí, pues son consideradas parte de la iniciativa privada. No obstante, cuenta con límites que serán dispuestos por la misma, como los Derechos Fundamentales y la Intervención del Estado a través de la Ley.

La Autonomía Privada reviste el carácter de potestad legal, conferida a los individuos dentro de una sociedad jurídicamente organizada, a los llamados "sujetos de derecho"²⁷, por consiguiente y en tanto que negocio celebrado entre estos sujetos dentro del campo de acción de su libertad, es un acto creador de relaciones jurídicas y por tanto, creador de derecho tal como Kelsen lo expusiese²⁸.

Sin embargo, este principio tiene sus límites, los cuales se ven representados en el orden social, económico, político, la moral, las buenas costumbres y un objeto y una causa lícitas.

1.4.2 Otros Principios Constitucionales

1.4.2.1 Principio de la Intervención Estatal

El inciso 4to del artículo 333 de la Constitución de 1991, dispone:

"(...)

²⁶ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 66.

²⁷ GHERSI, Op. Cit. Pág. 111.

²⁸ GHERSI, Carlos. Op. Cit. Pág. 109.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

Siendo éste un Estado Social de Derecho es consecuente la intervención del mismo a través de la ley, por medio de un control que no debería limitarse a los hechos positivos sino también debería recaer sobre los actos previos a dichos hechos, es decir, en materia contractual, el Estado a través de sus órganos, debe procurar un control tanto ex post como ex ante, por ejemplo, evaluando las condiciones generales y el clausulado predispuesto de los contratos masivos.

1.4.2.2 Principio de la Libertad de Forma

El artículo 84 de la Constitución estipula:

"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

Esto, en concordancia con lo dispuesto por la segunda premisa del inciso 1ro. Del artículo 333 que dice:

"(...) Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos sin autorización de la ley"

Lo anterior infiere que los particulares, cuando no hay ninguna norma que disponga de manera general, sobre los requisitos o formalidades que debe seguirse en la celebración de algún contrato o negocio, los individuos cuentan con la libertad suficiente para escoger las condiciones externas de la realización de dicho acto jurídico²⁹.

²⁹ BOHORQUEZ, Antonio. Op. Cit. Pág. 12.

1.4.2.3 Principio de la Protección de los Derechos Fundamentales.

Los Derechos Fundamentales, son derechos humanos tomados especialmente dentro de un ordenamiento jurídico y puestos en forma explícita y taxativa en la demanda de su cumplimiento. En la actual Constitución Colombiana, estos se encuentran en sus primeros 29 artículos, y cuentan con la herramienta más expedita y eficiente del sistema judicial colombiano: La Acción de Tutela.

Estos Derechos, funcionan como marco dentro de la norma de normas, es decir, si alguna actuación particular ha de estar enmarcada dentro de la constitución, con mayor razón debe de estarlo dentro de aquellas que componen el conjunto de Derechos Fundamentales en Colombia, pues cualquier violación a ellos, tiene una gran trascendencia dentro del Estado mismo así como repercusiones a nivel internacional.

Dentro de ellos encontramos la igualdad, la cual es material dentro del Estado Social de Derecho y no meramente formal; la Dignidad, que busca dar al ser humano un trato como fin mas no como instrumento o medio; el debido proceso, que procura el seguimiento de una serie de pasos previamente estipulados que lleven a la garantía de estos derechos, etc.

Este principio, se refiere más al contenido mismo del contrato y sus disposiciones.

1.4.2.4 Principio de la Buena Fe.

Es quizá el principio constitucional más importante en materia contractual, especialmente para las partes, pues éste se enfoca en la base de las relaciones entre particulares, las cuales buscan su punto de partida en la confianza generada por una parte hacia la otra. Por esto, el artículo 83 de la Carta Magna de 1991 ha dispuesto:

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Con todo y lo anterior este principio cuenta con una excepción³⁰ muy clara, cual es la estipulada por el artículo 1932, el cual es la "Presunción de la mala fe" en la hipótesis del comprador que incumplió en el pago del precio". Presunción *iure et de iure* que no admite prueba en contrario.

Una vez se hecho el estudio sobre lo que representa el contrato, y su marco normativo dentro del derecho colombiano, y con el fin de entrar a precisar el objeto de estudio del presente trabajo, es menester hacer una clasificación útil del Contrato, según las partes que intervienen y su rol dentro del mercado, es decir, desde la posición que allí ostentan, de oferta o de demanda.

1.5 Clasificación del Contrato según la Posición de las Partes Intervinientes.

Los contratos tienen tantas clasificaciones como autores jurídicos puedan haber. Para algunos, la clasificación es bastante restringida y puede limitarse a su forma: verbales o escritos. Para otros, puede llegar a abarcar no sólo la forma sino también su ejecución: de tracto sucesivo o de cumplimiento instantáneo. Igualmente encontramos aquellas clasificaciones que los dividen en típicos, atípicos, nominados, innominados, unilaterales, bilaterales, etc. Otros, en gratuitos, onerosos, conmutativos, aleatorios, etc.

Por esta razón, entrar a estudiar cada una de ellas detalladamente, podría tomar un capítulo entero, pero dentro del tema por analizar, y desde el punto de vista de las relaciones entre las partes contratantes en el mercado y ante el derecho, es preciso clasificarlos según su posición.

En el contexto de un sistema de economía capitalista, cuyo objetivo por cumplir es el establecimiento del mercado perfecto a través del coordinado y recíproco funcionamiento de la oferta y la demanda, se presentan graves conflictos de equilibrio e

³⁰ BOHORQUEZ, Antonio. Op. Cit. Pág. 19.

igualdad entre las partes, pues al dejar al mercado en manos de seres tan volubles y cambiantes como el ser humano, es impreciso definir la estabilidad de dicha plaza y el logro del objetivo propuesto, toda vez que el hombre ante el hombre, difícilmente será visto como un igual, cuando están inmersos en un modelo económico cuyo vértice es el capital.

Por consiguiente, la clasificación por presentar se dividirá en dos, los Contratos Paritarios (entre iguales) y los Contratos de Consumo, los que a su vez se dividirán en Contratos Predispuestos y Contratos por Adhesión.

1.5.1 Contratos Paritarios.

Dice el profesor Carlos GHERSI, que la Igualdad es *"tal vez, la clonación más antigua del universo"*³¹, la cual es posible ante el derecho, puesto que la norma, como expresión de la voluntad de una sociedad, busca no hacer distinciones ni diferencias. En la dogmática posmoderna, es la exaltación de la posibilidad de competir en un mercado que intenta excluir al Estado para lograr la distribución perfecta.

En esta clase de contratos, se puede hablar perfectamente del consentimiento como un resultado³² de la voluntad del sujeto, quien con cabal conciencia del acto por asumir y de sus consecuencias jurídicas se obliga. Rige la plena Autonomía Privada con la única limitación impuesta por la ley.

Son contratos de negociación individual o de *grè à grè*³³, como los denomina el Código Civil de Quèbec, o como dirían los norteamericanos, hay *bargaining power*³⁴ o poder de negociación equivalente, pues las partes se encuentran en pie de igualdad, para discutir las causas, contenido y consecuencias de dicho negocio jurídico.

³¹ GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Pág. 6.

³² Ibidem. Pág. 11.

³³ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 128.

³⁴ Ibidem. Pág. 129.

Antiguamente, los campesinos franceses, tenían una costumbre particular de cerrar los negocios con la *monnaie de l'adieux* (moneda del adiós), la cual era entregada (una moneda corriente) una vez se cerraba el contrato como prueba del consentimiento y asentimiento.

No obstante, en el mundo de los negocios de la actualidad, se percibe una realidad diferente a la descrita, pues con la apertura de mercados, la libertad de competencia técnica, comercial y profesional, es difícil contar con el escenario propicio y con la igualdad de partes que esta clase de contrato demanda, lo cual es posible cuando vamos a vender un apartamento.

1.5.2 Contratos de Consumo

Los Contratos de Consumo, son contratos que no fueron recibidos de entrada como parte del sistema jurídico de un Estado. Es decir, la definición de contrato de consumo, sus características y partes, no se encuentran explícitos en algún código clásico. Sin embargo, dado el auge de la materia, se vió la necesidad de adecuación a través de leyes o estatutos especiales que se encargaran de ello, salvo legislaciones como la francesa que tiene un código especial para el consumo (*Code de la Consommation*).

Es por ello, que poco a poco se le ha venido dando forma a esta nueva especie negocial, aún cuando necesita de una rápida acción pues es este un contrato en el que se personalizan tanto la oferta como la demanda, en el que gracias a los abusos de hecho que se han presentado aprovechando el sistema económico, se diseña un escenario de desigualdad material y jurídica.

El profesor GHERSI expone claramente: *"La posmodernidad pretende abstenerse de todo campo relacional y exaltar al individuo, el mercado o el saber y allí la igualdad resulta ficticia, meramente declarativa, nosotros diríamos aberrante e injuriosa a la*

*dignidad humana*³⁵” por esto, surge la necesidad de empezar a especificar esta especie contractual, para hablar de uno que no es paritario, pues se observa que las partes no se encuentran en las mismas condiciones ni en la misma escala del proceso económica y jurídicamente hablando.

Aparecen entonces los Contratos de Consumo, como resultado del juego de las fuerzas del mercado, pues ya no nos encontramos bajos las mismas condiciones en las que se incubó el sistema clásico contractual.

Bien dice Carbonnier³⁶ en forma gráfica:

“Podemos ir a fotografiar la ventanilla de un banco donde el cliente está dando una orden de compra de valores pertenecientes a un vendedor que no verá nunca, y tendremos que preguntarnos si se trata efectivamente de la misma cosa. Compárese igualmente el gesto con el que se compra el periódico y la serie compleja de operaciones, conversaciones, estudios y registros a través de los cuales se concluye una compraventa en la gran industria. ¿Hay alguna medida común?”.

Estas palabras explican claramente el cambio de situación, pues hemos pasado de un sistema de contratación de *handshaking*³⁷ al de *schakterverkehr*³⁸.

Para el profesor Ruben STIGLITZ³⁹, los Contratos de Consumo son aquellos acuerdos:

“Celebrados a título oneroso entre un consumidor final –Persona Física o Jurídica-, con una Persona Física o Jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de

³⁵ GHERSI, Carlos. Op. Cit. Pág. 7.

³⁶ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 129.

³⁷ Apretón de manos.

³⁸ Tráfico de Ventanilla: “Modo de contratación que se lleva a cabo fundamentalmente a través de comportamientos no declarativos”. ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 296.

³⁹ Foros Universidad Externado de Colombia: Derechos del Consumidor. 1999. Ponencia “Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas” de STIGLITZ. Rubén.

servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social".

Para definir lo que son los contratos de consumo, es preciso entrar a hacer una breve reseña de lo que ha sido el sistema económico y sus características frente a este tipo de contratos, así como entrar a definir sus partes intervinientes.

1.5.2.1 Sistema Económico y Contratos de Consumo

El contrato de consumo surge como resultado de la crisis de la estructura tradicional de este instrumento jurídico, para una nueva clase económica que nace en medio del nicho construido por las fuerzas del mercado: oferta y demanda.

Nace como solución inmediata a una de las cuestiones más complejas que ha tenido la historia del pensamiento económico: *"Organizar y asignar los medios de producción de bienes y servicios"*⁴⁰.

La vida del hombre, en tanto que sujeto económico, se marca por el verbo "acceder" conjugado en el mercado de los medios de producción, bienes y servicios, cuyo intercambio es permitido por la contratación privada. Por este motivo, el análisis se enfocará desde la realidad económica ofrecida por nuestro sistema de economía capitalista y cómo plantea el escenario de incubación de nuevas formas.

El mercado debe cumplir dos funciones, satisfacer la demanda y mantener un control de los precios. Esto sería posible en el mercado perfecto, donde la realización de la frase "insuficiencia de bienes"⁴¹, produce los abusos de la oferta, y es ahí cuando debe

⁴⁰ GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Pág. 30.

⁴¹ GHERSI, Carlos. Op. Cit. Pág. 32.

entrar el estado como garante. Todo esto, permite la aparición de los denominados actores principales de la actual economía de mercado⁴²:

- Los sujetos
- La necesidad de acceso al mercado de bienes y servicios
- Fijación del precio
- Regulación estatal.

La contratación privada es un fenómeno que responde a la necesidad del individuo en tanto que motor de intercambio, sentándose como base de todo ello, el negocio económico como acto vinculatorio de los seres humanos.

La contratación privada es entonces un fenómeno de un hecho económico, que responde a la necesidad del individuo en tanto que motor de intercambio, sentándose como base de todo ello, los negocios económicos como actos vinculatorios de los seres humanos.

En este estadio del proceso, aparece el derecho como un "estatuto jurídico regulador de conductas"⁴³, el cual a través del reconocimiento de la propiedad privada, reconoce la existencia de bienes como propios de una persona y de su propiedad únicamente, otorgándole a ella la libertad o la autonomía suficiente para que disponga de sus bienes como lo desee. De allí nace el concepto de la Autonomía Privada.

Dentro de este sistema económico, encontramos diferentes modos de producción, entre los cuales está la comercialización de los bienes o servicios, que se entregan a un comprador o adquirente que se halla al final del proceso. Este adquirente será denominado más adelante como consumidor.

Los empresarios comienzan a adquirir un poder económico desproporcionado que los sitúa en una "casta" diferente y superior a la del ciudadano común, lo que lleva a la

⁴² Ibídem. Pág. 33.

⁴³ Ibídem. Pág. 34.

ejecución de actos tendientes a buscar la optimización de su trabajo y el aumento de los beneficios para la compañía, reflejado en la imposición de las condiciones de contratación, la estipulación de cláusulas generales o particulares por adhesión, sistemas de contratación masiva, etc. Todo esto, para asegurar jurídicamente el poder económico adquirido.

Se convierte esto en el factor que lleva a dar un tratamiento diferente a este tipo de contratos, y a que el Estado intervenga para procurar el equilibrio entre los actores de la economía.

1.5.2.2 Partes

Para entender el ámbito o la amplitud del concepto de contrato de consumo, es preciso entrar a definir cada una de sus partes intervinientes, el consumidor y el profesional.

1.5.2.2.1 Consumidor

En vista de que este trabajo tendrá un acápite dedicado especialmente a la definición del consumidor desde varios puntos de vista, acá se presentará en forma breve para ser profundizado más adelante, y por el contrario, se hará énfasis en el concepto del profesional. Esto, con miras a adentrarnos mejor en el concepto de Contratos de Consumo.

Como consecuencia de lo anterior, se expondrá el término de consumidor jurídico en tanto que es quien desarrolla el acto de consumo objeto del contrato para su bien.

En ese orden de ideas tenemos que el Consumidor es toda persona física o jurídica que contrata sobre bienes o servicios para satisfacer necesidades propias, de su grupo familiar o social, como destinatario final, cualquiera sea la naturaleza pública o privada,

individual o colectiva, de aquel que los produce, presta, facilita, provee o expende, siendo su contraparte el profesional o empresario o comerciante⁴⁴.

Este Acto de Consumo⁴⁵, permite obtener un bien o un servicio con vista a satisfacer una necesidad personal o familiar. Concepto necesario para comprender en mejor forma el objeto del contrato de consumo. Su ejercicio no implica de ninguna manera la habitualidad, como sucede con el comerciante, pues bien podría tratarse de un acto de consumo aislado, que bastaría para calificar de consumidor a quien ejecute tal acto, lo que significa que el contrato de consumo no ha de ser ejercido con habitualidad y sobre un punto en particular. No hay condición de frecuencia para, adquirir la calidad de consumidor.

No obstante, el Acto de Consumo en el Contrato de Consumo ha de ser usado en forma jurídica, es decir, en tanto que acto jurídico, lo que implica la restricción de su concepto, pues, como veremos más adelante, el consumidor para el derecho, es la persona que interviene directamente en la adquisición de un bien o de un servicio y por tanto, a quien se le conceden las prerrogativas. El Acto jurídico de Consumo, cobija a aquel que adquiere el bien, por el contrario, el Acto Material de Consumo, cobija a quien materialmente consume -valga la redundancia- el bien o servicio. No queriendo decir con esto, que ante el derecho el único que es objeto de tutela especial, es quien adquiere directamente el producto, esta diferenciación es necesaria para separar lo que es el Acto de Consumo en su sentido más amplio a aquel que es objeto del contrato⁴⁶.

Por ejemplo, el señor Y adquiere una chocolatina que es consumida por su hija. El Acto Jurídico de Consumo, lo ejerce el Señor Y, pero el Acto Material de Consumo, lo ejerció la niña al comérsela, pero tampoco se excluye al señor Y, pues sin su acción, la chocolatina no hubiese sido adquirida.

⁴⁴ LASSARTE, Carlos. "Manual Sobre Protección de Consumidores y Usuarios". Ed. Dykinson. Madrid: 2003. Pág. 54.

⁴⁵ Ibídem. Pág. 60.

⁴⁶ Pues en un Estado Social de Derecho como el nuestro, donde prima la ejecución material de actos por parte de las personas integrantes de este estado, no es posible decir que quien ejerce materialmente un acto de consumo no tiene derecho a una protección de carácter especial como quien lo ejerce jurídica o económicamente.

El profesor Atilio Anibal ALTERINI, nos presenta dos tipos de concepciones⁴⁷ frente a la definición del acto de consumo. Estas son:

Concepción Objetiva: Contiene un componente positivo y otro negativo. El primero, consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio. Y el elemento negativo, hace mención del sujeto calificado como consumidor, quien no puede actuar profesionalmente. En este punto, el acto de consumo pone en contacto, necesariamente, a un consumidor con un profesional.

Concepción Subjetiva: El componente Positivo precisa que para ser considerado consumidor, el sujeto debe destinar la adquisición del bien o servicio a su uso personal o familiar; más la calidad profesional del intermediario es indiferente.

En este orden de ideas, procedemos a identificar al otro sujeto de la relación de consumo.

1.5.2.2.2 Profesional

El Profesional, es la contraparte del consumidor en las relaciones comerciales del Mercado de bienes y servicios en el SECAP⁴⁸. El término de profesional, vino a reemplazar el de comerciante, cambio que hizo el derecho, lo que se consideró necesario, pues si se le denomina empresario, ha de ser una persona que administre o sea propietaria de una empresa al tenor de la ley; si se le denomina comerciante, ha de cumplir los requisitos que la norma expone para adquirir tal calidad.

⁴⁷ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 151-152.

⁴⁸ Sistema de Economía Capitalista de Acumulación de Capital.

Al definirse como profesional a aquel que contrata con el consumidor en el marco de un contrato de consumo, se permite ampliar el espectro a todo aquel que ejecute actos de oferta, sin ser jurídicamente un comerciante, dentro del mercado y para el derecho⁴⁹.

El empresario o profesional, es quien adquiere el bien con el fin de obtener de él su valor de cambio, esto es, para incorporarlo, generalmente transformado a su proceso de producción o distribución, con el objeto de recuperar lo invertido más tarde y multiplicarlo para lograr nuevos valores de cambio⁵⁰.

En derecho francés, y dentro del marco del contrato de consumo, es aquel que celebra un contrato con miras a satisfacer las necesidades de la empresa que dirige o si no es dirigente, en el interés de esta empresa, asimilándose a gerente, quien ejerce una profesión liberal.

Al hacer la distinción de consumidor y profesional, se da vía libre, como lo ha hecho el derecho francés, de dividir, contractual y jurídicamente, las partes entre: Consumidor – no - profesional y Profesional.

De lo anterior se deduce una característica importante para definir al profesional y diferenciarlo de un particular que vende su apartamento y ésta es la frecuencia o habitualidad del ejercicio de uno o una serie de actos jurídicos. No se puede pretender tildar de profesional y de consumidor a dos personas que buscan concluir un contrato de compra venta, cuando quien vende lo hace en forma ocasional o muy esporádica. Esto es bastante relevante, pues como se ha observado en la jurisprudencia francesa, al momento de resolver algún litigio que busque la protección de un consumidor, no basta únicamente con probar la calidad de éste sino que además es necesario probar la

⁴⁹ Esto hace referencia a lo siguiente: para que una persona sea legalmente reconocida como comerciante, ha de contar con un certificado de cámara de comercio que lo acredite como tal. Para ello, habrá sido necesario que dicha persona haya cumplido con los requisitos que códigos de comercio como el nuestro, dispone. No hay duda alguna de que en el actual Estado Social de Derecho, no se puede desconocer el hecho de que una persona que comercializa aún sin cumplir los requisitos burocráticos, es comerciante, dada la primacía de la materialidad sobre el formalismo.

⁵⁰ LASSARTE, Carlos. Op. Cit. Pág. 54.

calidad de aquél, especialmente en materia de cláusulas abusivas, como se observará más adelante.

Es así como en una sentencia del 28 de marzo de 2008 proferida por la Sala Primera Civil de la Corte de Casación Francesa, se decide sobre el problema generado a raíz de la celebración de un contrato de arrendamiento donde el arrendatario dio un depósito de garantía al arrendador con el respaldo de un fondo social. Al pedirse la restitución del apartamento, el inquilino solicita la restitución del respectivo depósito, frente a lo cual accede el propietario del inmueble, pero, reteniendo casi un 50% del valor inicialmente entregado. El inquilino demandante solicitaba su tutela con base en la norma de protección al consumidor. Ante esto, el Alto Tribunal se pronuncia diciendo que si bien el comportamiento es abusivo, si bien el actor ostenta el carácter de consumidor, no se demostró la calidad de profesional del arrendador.

1.5.3. Contratos Predispuestos

Una de las características de la economía de mercado del SECAP, es la velocidad que demanda la realización de los negocios, la reducción de costos y el aumento de beneficios. Lo anterior, como consecuencia de los cambios vertiginosos que ha sufrido el mundo como consecuencia de la industrialización y la automatización de los procesos, que lleva al comerciante o industrial, a cambiar totalmente la producción y prestación de servicios, pasando de un tipo de producción detallada a mano, a la fabricación en serie, lo que crea un efecto de masificación no sólo de la industria sino también de los daños que se puedan causar.

Ello, guía al profesional a la búsqueda de nuevos instrumentos para contratar, que vayan al ritmo de la actual sociedad comercial que se impone, caracterizada por *"El comportamiento económico-jurídico de las "empresas" que diagraman sistemas de*

*producción seriados y una metodología de consumo masivo que necesita también una estructura legal diferente*⁵¹", buscando una forma contractual estandarizada.

Surge la necesidad y con ella la creación de nuevos sistemas de contratación en masa que se caracterizan por estipular una serie de cláusulas para la demanda, que a su vez se toma como un todo mas no como una serie de individuos haciendo parte de un conjunto, implementando las mismas condiciones para todos, los mismos correctivos frente a las mismas hipótesis de inconvenientes o conflictos planteadas en la negociación.

Este nuevo fenómeno de contratación da en principio un trato de igualdad a todas las personas que se encuentran del lado de la demanda, pues les ofrece lo mismo bajo las mismas condiciones, pero material y jurídicamente, tergiversa el principio de la autonomía de la libertad privada en la contratación y rompe el equilibrio que debe existir entre las partes, poniendo a una de ellas en situación de debilidad al coartar la libertad de expresión de su consentimiento.

Es así como aparecen los denominados contratos predispuestos, son considerados *"instrumentos adecuados para la economía de masas"*⁵². Se les define como aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes⁵³.

De allí deriva el término "Condiciones Generales", acuñado a aquellas cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado⁵⁴.

Con todo y lo anterior, los contratos predispuestos terminan siendo una característica más de la nueva forma contractual en las relaciones de consumo dentro del SECAP,

⁵¹ GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Pág. 10

⁵² ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 127.

⁵³ Ibídem. Pág. 129.

⁵⁴ Ibídem. Pág. 131.

pues este tipo de negociación, da origen a otra aún más restrictiva, cual es el contrato de adhesión.

1.5.4. Contratos de Adhesión

Paralelo a la creciente evolución de la sociedad, la industria, la economía y las formas jurídicas, el poder económico de la oferta en el mercado ilusoriamente perfecto iba creciendo. Con esto, y la masificación, se observa la imposición de condiciones en las relaciones comerciales, donde por razones de economía, se intenta prestar un servicio o entregar un bien bajo las condiciones de quien lo vende o incluso lo fabrica. Predisposición que sumada al poder externo de la relación contractual, que comienzan a ejercer las grandes productoras y prestadoras de servicios (la oferta), se inicia la manipulación del consumidor, haciéndole pensar que el industrial, que depende de su uso y consumo de la cosa, que depende de su capacidad económica en tanto que sujeto último de la cadena de producción, es mayor que él, es más grande que él, y puede disponer de él en la forma en que desea.

La publicidad, la velocidad del mercado, los horarios de trabajo, la ausencia de tiempo libre, la creación de necesidades suntuosas que poco a poco van ganando terreno al punto de volverse indispensables, los medios de comunicación y el materialismo naciente, se convierten en los aliados de primera mano del industrial, quien se vale de ellos para incidir en lo que desea el consumidor, haciéndole creer que su necesidad se centra en el producto o servicio terminado sin pensar en el proceso o la forma en cómo habrá de adquirirlo.

Por lo anterior, y por “el crecimiento de la población, por la aplicación de la ciencia a la industria y por un empleo del capital más intenso y más extenso a la vez” junto a la “conversión de comunidades rurales en urbanas y con el nacimiento de nuevas clases sociales” y una “oferta más abundante de bienes que se ofrecían al consumidor

ordinario⁵⁵". Se comienza a impregnar a la sociedad de la cultura del facilismo, gracias a las nuevas tecnologías como la robótica y la telemática, que buscarán hacer más fácil y sencilla la vida del hombre.

Como corolario de todos estos fenómenos sociales, económicos y culturales, el comerciante hace uso de la facultad auto concedida para predisponer las condiciones contractuales y las impone a través de la nueva forma contractual, denominada "Adhesión".

Estos contratos, se caracterizan por pretender mantener una igualdad y libertad jurídicas teóricas, desequilibrando la libertad e igualdad materiales y económicas, puesto que limitan la autodecisión (o facultad de contratar o no), la cual llega a ser cercenada tratándose de bienes de primera necesidad.

Estos contratos, en palabras del profesor Rubén STIGLITZ⁵⁶, son el *"resultado previsible y bien aceptado de la producción masiva o uniforme de bienes y servicios, en tanto que requiere de una comercialización sistemática o constante"*.

Bajo esta nueva fórmula contractual, se desplaza el receptor del contrato de negociación individual, por el "consumidor masivo", con falta de poder económico de imposición, donde sólo se puede adherir a la propuesta de las empresas⁵⁷. Por razones como ésta, el profesor ALTERINI, ha definido el contrato por adhesión, como el *"contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación"*⁵⁸.

El proyecto de ley 28 de 2008 del Senado, propone la expedición de un Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor. En este, se dedica el Capítulo II a los Contratos de Adhesión donde si bien no se propone una definición que permita guiar el campo de

⁵⁵ ASHTON, citado por ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 135.

⁵⁶ STIGLITZ, Rubén. Op. Cit.

⁵⁷ GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Pág. 10.

⁵⁸ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 133.

aplicación en este tópico particular, se proponen tres artículos expuestos de la siguiente manera:

- Artículo 35: Validez de los Contratos de Adhesión
- Artículo 36: Cláusulas Prohibidas
- Artículo 37: Constancia de la Operación y Aceptación.
- Artículo 38: Aplicación.

Llama la atención, que este proyecto propone una serie de 3 condiciones para que un contrato de adhesión sea válido, pero como requisitos mínimos, lo cual da a entender, que posteriormente se pueden adicionar o se puede limitar la validez de estos contratos de otras formas. Estas condiciones son las siguientes:

1. *Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcances de las condiciones generales. En los contratos escritos se utilizará el castellano.*
2. *Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista.*
3. *Además de las normas ordinarias de validez, no incluir espacios en blanco.*

Por otro lado, los profesores Javier TAMAYO JARAMILLO y Manuel CARO CARO⁵⁹, propusieron con anterioridad al proyecto de ley 28 de 2008, un proyecto de reforma al Estatuto del Consumidor, en el que definían al Contrato de Adhesión en el Título III relativo a la Protección Contractual, de la siguiente manera:

⁵⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier y CARO CARO, Manuel. *"Proyecto de Ley: Código de Defensa del Consumidor"* (2007 Medellín). XXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO COMERCIAL: *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. Medellín 2007 Pág. 257.

“Artículo 76: Contrato de Adhesión: *Se entiende por contrato de adhesión aquel que contiene cláusulas predispuestas unilateralmente por una de las partes –el estipulante-, así éste no las haya redactado, siempre y cuando hayan sido elaboradas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos;(…).”*

Se observa que esta propuesta de proyecto es más completa, pues presenta una definición del Contrato de Adhesión, necesaria para la protección del consumidor, pues jurídicamente puede llegar a resultar difícil hacer una aplicación de unas condiciones de validez o de existencia y del contenido de un instrumento jurídico- económico cuyo concepto o esencia no conocemos o tenemos definido a ciencia cierta. Esto generaría incertidumbre y por lo tanto inseguridad jurídica.

El contrato de Adhesión tiene una característica muy importante que marca o define las relaciones entre profesional y consumidor cual es la puesta en duda del acuerdo de voluntades como determinante de la existencia del contrato, pues ya la fuerza vinculante del contrato, no es el acuerdo de voluntades, al menos no es en aquellos contratos donde el acuerdo no es real y serio⁶⁰. De donde se concluye que el acuerdo de voluntades se convierte en un elemento suficiente mas no necesario para el perfeccionamiento del contrato, como consecuencia del vínculo originado del mismo.

Es por ello, que la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, la Ley 24.240, considera que la contratación por adhesión implica el asentimiento –no consentimiento- del consumidor al negocio como metodología de acceso a los bienes y servicios.

⁶⁰ Más aún, al encontrarnos en un Estado Social de Derecho, no cabe la posibilidad de hablar de “acuerdo de voluntades” en un sentido meramente formal, pues se pasa de este enfoque a lo material, por ejemplo, se habla de igualdad material mas no formal, se habla de contrato realidad mas no de contrato formal, y así sucesivamente

1.5.5 Autonomía de la Voluntad en los Contratos de Consumo

La Autonomía de la Voluntad es un principio clave en la doctrina clásica del contrato, pues a partir de ella, bajo el consentimiento, una parte acuerda con otra la celebración de determinado negocio. Es esto lo que permite obligar a dos partes en un contrato.

Pero ¿Qué sucede cuando las condiciones sociales cambian, y nos encontramos con que *"la sociedad actual (...) Es una sociedad muy distinta a aquella en la que se promulgó el Código Civil, cuya estructuración se encontraba vinculada a los problemas propios de una sociedad agraria, como quedó reflejado en las raíces del sistema codificado"*⁶¹?

Es otro el escenario que nos plantea el mundo actual y las formas jurídicas de contratación como el contrato de adhesión y su contenido predispuesto, pues como se expuso en el acápite anterior, no es el consentimiento ya el rey de la contratación sino el asentimiento que se vale de las necesidades primarias, y suntuosas de los consumidores para imponer lo que a bien le viene.

El dogma de la Autonomía de la Voluntad es lo que a través del libre consentimiento, hace que los pactos sean irrevocables (*pacta sunt servanda*), pues es así, como la dibujaba el Digesto, de donde se remonta su aparición:

"Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de ellos"

Esto deriva de doctrinas como la del jurista FOUILLÉE quien dijo: "Quien dice contractual dice justo", para indicar que la base del contrato era el consentimiento libre y que por lo tanto de allí surgía su carácter de irrevocable, pues era la autonomía de las partes lo que llevaba a su celebración, equiparando ello a la

⁶¹ REYES LOPEZ, María José. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Editorial Tirant Lo Blanch. España 2005. Pág. 19.

justicia. Pero el contrato entra en crisis, y las bases de la Autonomía de la Voluntad ya no funcionan de la misma forma o al menos ya no lo pueden hacer. La libertad de contratar, manifestada en el derecho a hacerlo o no y la libertad de autorregulación que da derecho a regular conforme al propio albedrío⁶², y junto a ellas la facultad para modificar el contrato y la libertad de extinguir el vínculo.

Sin embargo, si bien hay limitación a la libertad de los consumidores, quienes al final son las partes que deben adherirse, es cierto que la igualdad no puede quedar en un segundo plano; pero se trata de una igualdad no en la que las dos partes se encuentran en la misma posición porque en realidad no lo están. La una está del lado oferta y la otra del lado demanda, tienen calidades muy diferentes dentro del mercado. Entonces no podemos hablar de igualdad de iguales pues no lo son. Sería un trato de desigualdad entre desiguales. Por tanto, se busca una igualdad en donde se proteja al débil del fuerte, donde se le provean de las herramientas necesarias para poder, sin perder su calidad, ejercer libremente sus derechos y satisfacer al tiempo sus necesidades, exigiéndole los deberes que a él merecen sin caer en el abuso.

Si es claro entonces, que el consentimiento no rige estas nuevas relaciones jurídicas, entonces debemos buscar otro fundamento que le otorgue fuerza vinculante, como lo sería la necesidad del consumidor de adquirir dicho bien o servicio. No podemos al menos, pensar que la voluntad que lleva al consumidor a contratar es una voluntad por "gusto", por el contrario, es una voluntad por necesidad, es decir, ya no estamos en presencia de la manifestación de la voluntad sino de la manifestación de la necesidad de quien contrata.

⁶² ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pag. 68.

2. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

“Los derechos tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concebido y tienen una misión que cumplir, contra la cual no puede rebelarse. No se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que los desbordan al mismo tiempo que los justifican”.

-Louis JOSSERAND⁶³.

Durante muchos años, grandes doctinantes de la filosofía han tratado de definir lo que es el derecho. Han tratado de encuadrarlo en una serie de palabras que logren captar su esencia; logrando despertar un interés bastante alto por esta materia, y unas cuantas discusiones sobre su verdadero contenido.

Dejando a un lado esta inquietud por definirlo como un término o un fenómeno, sabemos que el marco real del derecho es la sociedad y que su contenido cierto, irónicamente lo constituye el incierto comportamiento humano, pues no es posible concebir al derecho actuando o pretendiendo actuar fuera de la sociedad, y mucho menos regulando sobre aspectos totalmente ajenos al ser humano.

Como bien lo expone Josserand, los derechos tienen una misión que cumplir y tampoco se bastan a sí mismos. Misión que, independiente del campo de acción del derecho, ha de ser dividida en dos: La prevención y la solución. Debe actuar como previsor de conflictos, lo que se logra a través del ordenamiento de la sociedad para evitar situaciones posteriores incómodas a sus individuos. Actúa como herramienta para

⁶³ Citado por GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Pág. 55.

resolver conflictos, producidos por la alteración material de la normatividad que busca el orden del conglomerado social.

Una de las formas de evitar estos conflictos, o de conservar un orden relativo, es a través del asentamiento de la igualdad como principio de convivencia social, lo que se ha manejado en formas distintas. Sin embargo, el problema no radica en la forma de su aplicación, el problema surge en el aprovechamiento de la igualdad diferencial. Los más fuertes comienzan a acrecentar la diferencia de rangos y empiezan a hacer un uso abusivo de sus ventajas materiales.

Si no hay igualdad, no hay derecho a abogar por ella o por lo que pertenece. Si no se reconociera que el ser humano, sin importar que sea gobernante o no, tiene necesidades, debilidades y fortalezas, sería difícil y complicado hablar de justicia en boca y manos de seres humanos. La igualdad permite al derecho buscar un equilibrio en las relaciones sociales, protegiendo al débil del fuerte y reconociendo al fuerte lo que le merece.

En la actualidad, y como resultado de un largo proceso social y económico, la igualdad se ha vuelto el escudo del hombre. La base de nuestros argumentos y el pilar del derecho junto a la libertad. "La clonación más antigua de la humanidad" dice Carlos GHERSI. No obstante, hablar hoy de igualdad, es hablar de una igualdad material, aquella que reconoce diferencias pero que trata por todos los medios de mantener un equilibrio a partir de esas diferencias.

Esto es lo que logra el aún naciente Derecho del Consumidor, buscar un equilibrio partiendo de las diferencias existentes en una sociedad que cambió tanto de un siglo para otro, única y exclusivamente por desear alcanzar la facilidad suficiente que le permita sentirse a gusto en el mundo.

Por ello, y por tratarse la Telefonía Móvil Celular, de un servicio que busca principalmente facilitar la vida del ser humano a través del uso de redes que permitan el acceso a las telecomunicaciones y por ser un servicio de primera necesidad para los colombianos, es preciso estudiar la forma de vinculación de los usuarios/consumidores y el respeto por sus derechos así como del mantenimiento del equilibrio requerido en el mercado en la búsqueda de su perfección.

En consecuencia, y para entrar al tema de los consumidores y sus derechos, se hará una reseña de lo que ha sido la evolución de esta nueva rama del Derecho; su nacimiento y actual estado, para desarrollarlo a partir de su esencia, utilidad y fines.

2.1 Evolución e Historia

Se dice que desde tiempo atrás, en el antiguo imperio romano, ya se proponían herramientas a los entonces "consumidores", pues en medio de la proliferación de los vendedores de ausente honradez que abusaban de los confiados compradores romanos, dos siglos antes de Cristo, los ediles curules imponían a los vendedores la colocación de carteles junto a los esclavos ofrecidos, en los que se mencionaban sus vicios *vitia corporis o vitia anima*, como los defectos corporales o la tendencia al escape o huída. Se concedían igualmente las acciones redhibitorias y *quanti minoris* a favor de los compradores incautos e ignorantes de los vicios de la cosa comprado, haciendo uso de la regla clásica *caveal emptor*⁶⁴.

De ahí deriva que las acciones redhibitorias, son un mecanismo antiguo y clásico para la protección de los adquirentes. No se precisa sobre el consumidor, pues esta condición, como se verá más adelante, demanda consideraciones y herramientas especiales por el escenario dentro del cual se gesta su calidad.

⁶⁴ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 136.

Años más tarde, y tras el fin de la sociedad feudal gracias al surgimiento de una clase burguesa y sus constantes demandas y exigencias, nace el sistema de economía capitalista, cuyo origen exacto viene tras la Revolución Industrial, y la llegada de las máquinas como instrumentos de aceleración de la producción y fuentes de riqueza.

2.1.1 Revolución Industrial

Con este nuevo proceso de industrialización⁶⁵, comienza el proceso de importación de maquinaria y servicios. El comercio se vuelve más ágil y más robusto.

Se mejoran sustancial y significativamente los niveles de comunicaciones y el deseo de control de las fuentes de energía, claves en la puesta en marcha de la nueva industria. Esto, para disminuir los costos de transporte y de funcionamiento de la maquinaria, lo que implica también disminución del costo total del bien o servicio prestado al mercado, y paralelamente, aumento de la inversión y del consumo.

Finaliza la primera Guerra Mundial, y con ella un crecimiento importante y sostenido del producto interno bruto per capita, producto de cuatro fuerzas importantes que permiten la imponente del capitalismo moderno:

- 1- Los recursos rurales y su vinculación con la geografía, explotación que representa ingresos altos para quienes los poseen o los procesan.
- 2- El incremento de la oferta de mano de obra, en los países más desarrollados, así como la emigración del campo a la ciudad. Mayor número en mano de obra, mayor velocidad de producción, mayor consumo. Igualmente disminuye el empleo para gente joven, lo que lleva a la toma de medidas como la reducción

⁶⁵ GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Págs. 15-32.

del número de horas laborales y la implementación de un periodo de retiro o jubilación.

- 3- Aumento del capital por persona, aparejando un crecimiento uniforme, sostenido y con menor riesgo.
- 4- El progreso tecnológico se convierte en la característica principal de este proceso, lo que repercute en el decrecimiento del capital invertido (pero la inversión se mantiene y particularmente en nuevas tecnologías) y en el crecimiento de la productividad. Lo que trae consigo la especialización en la producción a escala.

El intercambio comercial está a la orden del día y toma fuerza en el escenario mundial. Finaliza la Segunda Guerra y se impone un sistema fijo de cambio, basado en el dólar estadounidense. Las exportaciones se incrementan y la occidentalización del mundo no se hace esperar, no sólo por la influencia de la economía estadounidense (nueva potencia mundial), sino también por la preocupación de este costado del globo, por la reconstrucción y restauración de Europa Occidental y Japón.

Se generan estructuras oligopólicas y monopólicas transnacionales que aceleran la innovación de tecnología y diseño, así como la promoción del consumo. Recursos como el petróleo se convierten en imprescindibles para el movimiento de la humanidad y surgen nuevas formas de adquisición y autofinanciación como el leasing, dada la crisis del sistema de financiamiento tradicional.

Se gestan nuevos cambios no solo cuantitativos sino también cualitativos, donde pasamos de una sociedad artesana, una sociedad técnica a una nueva sociedad denominada del "conocimiento", donde el centro de gravedad será *"el trabajador de conocimiento, y la inversión más redituable será la obtención, transformación,*

*circulación y comercialización de la información*⁶⁶", con lo cual se incrementará el área de contratación de servicios.

Se transforman conceptos sociales, como el de la empresa, pues se convierte en un modo de vida para sus empleados y el objeto por financiar de los consumidores y usuarios, quienes pasan a ser sus principales inversionistas al permitir el flujo económico necesario para la fabricación de los bienes y la prestación de nuevos servicios.

La globalización surge como fenómeno imparable y quizá incontrolable, gracias a la masividad y democratización de la comunicación, la cual pasa a estar al alcance de cualquier persona. La internet se convierte en el medio de comunicación líder en el mundo, gracias a la preferencia del consumidor, pues le permite seleccionar la información que le es útil, le facilita el acceso al mercado y a la sociedad misma, le democratiza los procesos de participación e influencia en las masas. A lo que se agrega la economicidad de su servicio, debido a su masificación, herramienta de la cual la telefonía móvil se vuelve uno más de sus aliados llegando al punto de ser una necesidad de primera mano.

Son los consumidores quienes movidos por la amplia gama de bienes y servicios ofrecidos, impulsa el progreso industrial y tecnológico de la economía. Lo curioso es que no lo hacen movidos por voluntad propia, sino que lo hacen en calidad de "marionetas de un mismo artista"⁶⁷, pues en el mercado perfecto planteado por el capitalismo inicial y original, ya no es la demanda la que define las pautas de comportamiento del mercado junto con la oferta. Es la oferta, la que moldea el deseo de la demanda y le dice qué escoger o qué no, al punto tal de subestimar y coartar su decisión.

⁶⁶ DRUCKER, citado por Carlos GHERSI.

⁶⁷ ALONSO, Luis Enrique. (2005). *La Era del Consumo*. Ed. Siglo XXI. Madrid. Pág. 11.

Por todo lo anterior, por la evolución social consecuencia de la nueva economía y los nuevos medios de producción, por la alteración de los roles del mercado donde la oferta se ha adueñado del mismo, diferentes autores dieron inicio a la construcción de la teoría del consumo, para explicar el nuevo fenómeno que se estaba produciendo, lo que permitiría a los juristas, abogar y hablar de la necesidad de la defensa del consumidor.

2.1.2 Teoría del Consumo

“Los soñadores de grandes almacenes soñaron con un rascacielos. Así fue como se construyó un día el auténtico gran almacén y todo el mundo acudió a verlo, y yo con ellos (...) los antiguos y sólo grandes almacenes son pequeños en comparación y poco menos que simples tiendas, aunque el auténtico gran almacén apenas se diferencia en lo esencial de los sólo grandes. Tiene más artículos, más ascensores, más clientes, pisos, escaleras mecánicas, cajas, dependientes, uniformes, chiringuitos, bultos y embalajes de cartón. Digamos que los artículos parecen más baratos. Porque son tantos y están tan prietos que no se puede menos que tenerlos por poco valiosos, se hacen más humildes; porque la baratura es la humildad de los artículos en venta. Y como hay tantos compradores juntos, los artículos aún les plantean menos exigencias; con lo que también los compradores se hacen más humildes. Si al principio se veía el auténtico gran almacén como una obra de la presunción y una pecaminosa provocación humana, con el tiempo se reconoce que sólo es una enorme cáscara de la pequeñez y modestia humanas; una gigantesca confesión de la baratura terrenal”. Josep ROTH (2004)⁶⁸.

⁶⁸ Josep ROTH, citado por ALONSO, Luis Enrique en la obra “. “La Era del Consumo”. Siglo XXI De España Editores S.A. Madrid 2005. Pág. XV.

Sin duda alguna estas magistrales líneas, resumen el resultado de la producción en serie, la masificación de los productos y del consumo. Gracias a la industrialización, el consumo es lo que es hoy en día. Gracias al consumo, la industria se renueva, se sostiene y crece. Por ser un inevitable fenómeno social que nos envuelve a todos, muchos sociólogos, economistas, juristas y hasta psicólogos, han entrado a teorizar sobre qué es el consumo y cómo ha evolucionado.

Antes de entrar a analizar los derechos del consumidor en particular, se examinará lo que es el consumo, su definición, su contexto para comprender en mejor forma el enfoque dado al estudio del caso colombiano en las relaciones entre los operadores de Telefonía Móvil Celular y los consumidores, para entender de dónde viene el consumidor y para dónde es llevado en este mercado.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁶⁹, define el término consumo de la siguiente manera:

Consumo: (De Consumir):

1. Acción y efecto de consumir (comestibles y otros géneros de vida efímera.
2. Acción y efecto de consumir (gastar energía). Agregando:

Sociedad de Consumo: Dicho de la sociedad o de la civilización: Que está basada en un sistema tendente a estimular la producción y uso de bienes no estrictamente necesarios.

Significado que deriva de aquellos de la palabra **consumir**:

Del Latín *consumere* : 1. Destruir, extinguir. 2. Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos.

⁶⁹ Consumo. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea]. Disponible en <http://www.rae.es> Citado el 25 de Noviembre de 2010.

Esto, desde el punto de vista semántico, necesario para comprender que el término consumo, usado por el Derecho para describir aquellas herramientas encaminadas a encontrar el equilibrio del mercado y proteger al débil adquirente de los bienes y servicios. Para comprender que su misión y visión van enfocadas a la protección de aquel que destruye, extingue o usa por deseo o necesidad algún bien o servicio.

Desde una visión sociológica, se ha presentado al consumo, como un “proceso de intercambio mercantil⁷⁰” que no depende de la decisión enteramente racional e individual de un consumidor autónomo, pues depende de contextos culturales, grupales e incluso estratificacionales, así como de la publicidad y los medios de comunicación que pretenden apoderarse de su libertad de decisión.

Para KATONA (1968)⁷¹, el consumo se debe a la interacción de diversas fuerzas: los cambios en la composición de la población, en la educación y en las costumbres en las nuevas actitudes y aspiraciones

Se insiste, en que el consumidor es producto de una sociedad de consumo. Un resultado necesario del impulso interno generado por la suma de los beneficios alcanzados en la sustitución progresiva de tecnologías⁷². Una consecuencia de las maquinaciones de la moderna corporación monopolista que busca sustituir al mercado por la programación de la demanda, creando en ella falsas necesidades, para crear la unificada y despersonalizada cultura de consumo, por lo que no se puede decir, que la demanda global es independiente o es un simple agregado de funciones.

Para Ricardo ROJAS SORIANO⁷³, el consumo se divide en dos clases: El de Supervivencia y el de calidad de vida. En el Primero encontramos la alimentación; la vestimenta; la vivienda; la medicina y la Informática. En el Segundo, la Alimentación Discriminatoria conforme a determinadas pautas valorativas; La vestimenta

⁷⁰ ALONSO, Luis Enrique. Op. Cit. Pág. 2.

⁷¹ Ibídem. Pág. 7.

⁷² Ibídem. Pág. 6.

⁷³ WEINGARTEN, Celia. *Derecho del Consumidor*. Ed. Universidad S.R.L. Buenos Aires. 2007. Pág. 33.

(conformación de modas, gustos, colores, etc.); la vivienda (ampliación de comodidades, servicios, electricidad, etc.); la Medicina, la evolución tecnológica y los procesos de investigación; La Información y su desarrollo tecnológico, etc. En principio, se clasifica en la segunda división al servicio prestado por las empresas operadoras de Telefonía Móvil Celular, aunque gracias a las modificaciones, mejoramientos de la prestación del servicio, al auge que está adquiriendo llegando al punto de desplazar la telefonía tradicional, y a su fuerte alianza con la internet, se clasifica en la primera división.

Por otro lado, y con relación ROJAS⁷⁴, comparte la visión sociológica de ALONSO, pues argumenta que la voluntad del consumidor queda condicionada a tal punto, que se convierte en lo que en la teoría de los juegos se denomina: "títere estratégico", término que expresa una situación de dominación ejercida por la empresa sobre el consumidor y sus recursos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la visión generalizada es que el consumidor, parte de la demanda, es irónicamente un producto de la oferta, la cual es vista como la responsable del surgimiento de nuevas necesidades que van de la mano con la globalización, como lo que sucede con la Telefonía Móvil Celular, razón por la cual se ha convertido en un servicio de primera necesidad y también fácil de ser aprovechado por sus oferentes, reflejando lo dicho por el Dr. Ariel ARMEL⁷⁵: *"Mientras una inmensa catarata de ensayos y experimentos originales cae a su alrededor, el consumidor apenas sobrevive pasivamente sin conciencia de su papel, ni de sus prerrogativas"*.

⁷⁴ Ibídem. Pág. 56.

⁷⁵ Citado por BAÑOL B, Alejandro en su obra *"Intervención del Estado y Normas de Protección al Consumidor"*. Editorial Lealón. Medellín. 1991. Pág. 9.

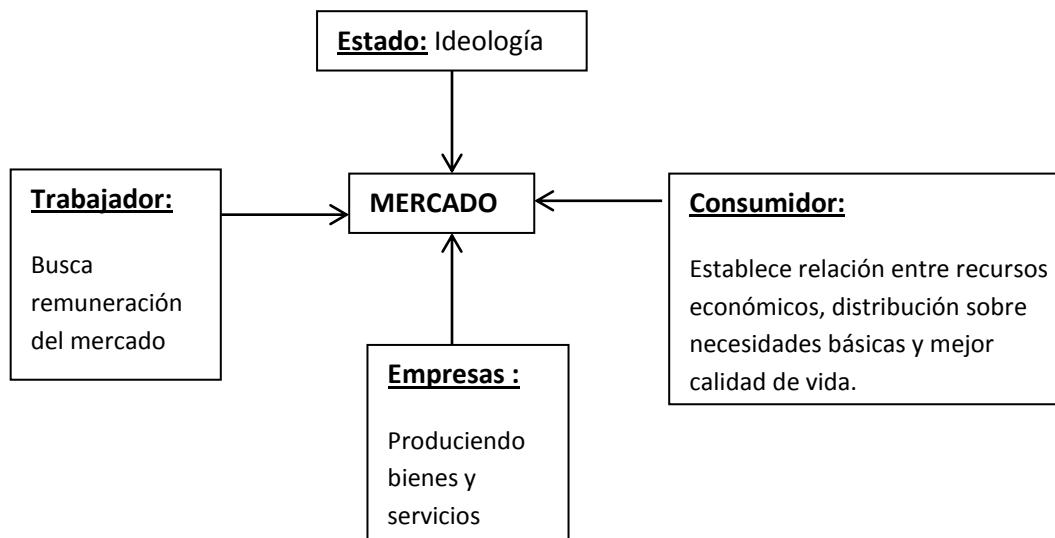
2.1.3. Derecho del Consumo como una nueva estructura

El Derecho del Consumo en el escenario de hoy, no puede ser visto de la misma forma como se hizo en la época en que Jhon F. Kennedy planteó ante el congreso de los Estados Unidos la necesidad de protección a los consumidores, y menos, cuando se trata de la prestación de servicios que implican nuevas tecnologías pues el grado de tecnicidad del servicio es tan alto que el consumidor puede llegar a no entender de las condiciones que se le plantean, como el caso de la Telefonía Móvil Celular.

En el libro realizado bajo su coordinación, Celia WEINGARTEN y sus colaboradores, plantean algo muy interesante, y es que el Derecho del Consumo viene a reestructurar todo. El Medio Ambiente, la Economía, la Sociología, el Derecho Privado e incluso el Derecho Público. La sociedad misma se ve sacudida por este nuevo fenómeno socio-económico-jurídico-político.

Aparece esta nueva rama del derecho, como una vocación integradora⁷⁶, se convierte en un conjunto de roles, de funciones de las personas, dentro de un escenario objetivizado, a diferencia del Derecho Civil y Comercial.

Gráfica 1 de Celia WEINGARTEN⁷⁷



⁷⁶ WEINGARTEN, Celia. Op. Cit. Pág. 22

⁷⁷ WEINGARTEN, Celia. Op. Cit. Pág. 22.

Como se observa en la gráfica, hoy en día la sociedad y gracias a nuestro sistema económico, gira en torno al mercado, el cual va a depender de 4 grandes factores sociales: El Estado, que depende de su ideología; El trabajador, quien obtiene el sustento económico y al mismo tiempo pone a funcionar los engranajes; La empresa, como productora y el consumidor como un factor cohesionador de las anteriores.

Por lo tanto, se hace preciso identificar a su protagonista dentro del contexto: El Consumidor/Usuario.

2.2 Definición de Consumidor

Como se expuso anteriormente, el consumidor es el actor del mercado, es la persona que adquiere un bien para uso personal, privado, familiar o personal. Es quien ejecuta la última fase del proceso de producción para consumir o usar el bien o servicio prestado. Es el motor de la Telefonía Móvil Celular, pues accede a ella demandando agilidad, eficiencia y calidad en el servicio.

El consumidor representa en principio un status y una calidad adquirida dentro del mercado al convertirse en sujeto pasivo de contratación. Esto nos hace entender que para ser consumidor primero se debe estar inmerso en un contexto de carácter económico: El mercado. Por tal razón, Carlos LASSARTE, ha dicho que *"El término consumidor procede de la ciencia económica"⁷⁸*, que ha pasado a ser un término jurídico, entendido como lo es hoy en el campo del derecho. Es un sujeto de mercado que adquiere un bien para uso o satisfacción de necesidades personales.

El Estatuto del Consumidor Colombiano, le define en su artículo 1 de la siguiente manera:

⁷⁸ LASSARTE, Carlos. Op. Cit. Pág. 54.

a) Consumidor: *Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades.*

Se define entonces como aquel que adquiere un bien o un servicio para consumo propio, personal y que no pretende, a partir de ese bien o servicio, adquirir masivamente otra serie de bienes o servicios.

Dentro de un contexto social, se define al consumidor como la parte débil de la contratación, aquella que no cuenta con las herramientas, el poder económico o los conocimientos suficientes para poder hacer valer sus derechos ante el empresario o comerciante, o simplemente para negociar con fuerza las cláusulas del contrato por celebrar.

En Inglaterra, se habla de los "small businesses" y se establecen dos partes: la parte débil y la parte fuerte, distinto a lo que hacen legislaciones como la francesa donde se habla simplemente de consumidor y comerciante. Aquello, con el fin de extender la regulación de protección y defensa de los derechos del consumidor, a las pequeñas empresas que no cuentan con el poder económico para negociar con compañías aún más fuertes.

Esta aplicación no sería útil en el caso en estudio, pues estamos hablando de contratos celebrados entre personas naturales y personas jurídicas que son las prestadoras del servicio de Telefonía Móvil Celular, más aún, cuando se tiene en cuenta que los contratos que celebran estas compañías con las personas naturales en post-pago son diferentes a aquellos que se celebran con otras compañías (ya sean grandes o pequeñas) a manera de plan corporativo (comenzando por las ventajas y el trato brindado). Sin embargo, vale la pena mencionarla para ampliar la visión que existe sobre el concepto de consumidor.

2.2.1 Definiciones

El término consumidor, dependiendo del enfoque que se le pueda dar, puede variar ligeramente en relación al término básico ya expuesto. Por tal razón, José Pascual FERNÁNDEZ⁷⁹ manifiesta que el concepto de consumidor puede cambiar según la materia, pues este derecho especial, es de carácter pluridisciplinar. De tal suerte que, en una constitución –como el caso español o el colombiano-, el término consumidor es usado en forma amplia, equiparándolo al de ciudadano. En otra hipótesis, se le identifica con el que sufre perjuicios pues la ley se ocupará de evitarlos –como el caso de la Ley de Responsabilidad Civil de España-, en otra hipótesis, se refiere sólo al que interviene directa o indirectamente en la relación jurídica de consumo, como en la Ley Española, General de Defensa de Consumidores y Usuarios-.

Carlos LASSARTE, como complemento de su estudio sobre el consumidor, presenta una clasificación bipartita del concepto. De un lado se encuentra una noción restringida y de otro lado una noción abstracta o amplia⁸⁰.

Noción Restringida o Concreta, está definido el consumidor como la persona que adquiere un bien o un servicio para su uso privado. El usuario que acude a las oficinas de un asesor comercial de COMCEL, MOVISTAR o TIGO, para adquirir un plan post-pago para uso personal.

Noción Abstracta o Amplia: el consumidor está definido en forma más extendida en sentido político, pues se le considera consumidor o usuario, a todos los ciudadanos que aspiran a tener una determinada calidad de vida a través de la adquisición de un bien o un servicio. Se equipara a ciudadano⁸¹, se conceden derechos a los ciudadanos en condición de consumidor. Por tanto, su protección deriva de una garantía constitucional, en tanto que ciudadano, con independencia de que pueda o no

⁷⁹ "Los Consumidores y Usuarios como sujetos afectos a una especial tutela". FERNÁNDEZ, José Pascual. REYES, María José, Op. Cit. Págs. 95-96.

⁸⁰ LASSARTE, Carlos. Op. Cit. Pág. 58-59.

⁸¹ REYES, María José. Op. Cit. Pág. 97.

ser consumidor. Se toma el concepto de ciudadano como consumidor en potencia, y por consiguiente, sujeto de tutela, de programas de información, educación, medidas sanitarias, etc. En este caso, es consumidor el ciudadano mayor de 18 años que se encuentra en capacidad de celebrar un contrato de plan post-pago en tanto que persona natural con alguno de los 3 operadores bajo estudio.

La diferencia entre una noción y otra, radica en la concesión de derechos. Si hablamos del consumidor en un sentido estricto, estamos en presencia de una persona a la cual se le deben otorgar derechos o prerrogativas individuales, como consecuencia, se concibe al consumidor como partícipe en un determinado acto de consumo concediéndole derechos por su participación en él⁸².

Pero en el caso que se analiza en este trabajo, usaremos el término consumidor desde el primer enfoque, como aquel que efectivamente celebra el contrato a través del cual adquiere el plan post-pago de prestación de servicio de Telefonía Móvil Celular.

En la Unión Europea se define al consumidor como *"Toda persona física que, en los contratos relevantes a la presente directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional"*, según la Directiva 93/13/CEE. En Francia, el concepto es más concreto o restringido, pues se le concede únicamente en cuanto a que es una persona que ha adquirido directamente el derecho y no como consumidor potencial cuyos daños puedan afectar a una colectividad.

Es por eso, que actualmente en Francia, se discute sobre el tipo de acción por impetrar si se tiene en cuenta que es un derecho de la colectividad, pues las asociaciones de consumidores luchan por hacer uso de las acciones de grupo o las *class action* en el derecho anglo, para obtener la protección de estos derechos como colectivos.

⁸² REYES, María José. Op. Cit. Pág. 99.

Actualmente, su protección judicial se busca a través de las mencionadas asociaciones, pero por medio de acciones distintas a las de grupo, siendo más especiales al caso⁸³.

Nuestra legislación colombiana, define al consumidor en el Decreto 3466 de 1982, así: "Consumidor es toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades.

2.2.2. Definición Negativa

Ya está claro quién es consumidor. Pero esta definición, no estaría completa si no se presenta su delimitación. Es decir, ya se ha presentado una noción positiva, ahora, y para especificar el ámbito de aplicación, es preciso explicar la definición Negativa.

Lo que caracteriza al consumidor como consumidor, va más allá de la adquisición de un bien o servicio. Es el hecho de ser el destinatario final, bien sea jurídico o material. La limitación de la noción surge cuando el adquirente usa el bien para integrarlo a un proceso industrial, de producción o comercialización de bienes o servicios en el mercado.

BERCOVITZ, citado por el profesor José Pascual FERNÁNDEZ⁸⁴, expone que no toda actividad que integre el bien en un proceso de producción será de un consumidor, pues, una persona puede adquirir una máquina de coser para su casa, o en el caso en que se adquiera abono para el jardín de una casa. En estos casos, los bienes se adquieren para integrarlos a un proceso personal o familiar mas no comercial.

⁸³ "Pasar de acciones como las de supresión de cláusulas abusivas por ejemplo, a la interposición de acciones populares, es un cambio que se esperaba fuera encabezado por la Comunidad Europea, pero desafortunadamente no se logró". D. FENOUILLET. "Premières remarques sur le projet de loi en faveur des consommateurs". Revista Especializada Recueil Dalloz. Paris. 2006. Citado el 3 de Abril de 2008. Pag. 2989.

⁸⁴ REYES, María José. Op. Cit. Pág. 102.

Lo anterior, pues varias han sido las críticas en torno a la persona que adquiere el bien para cedérselo a otra. En ese caso, no habrá adquirido para su consumo personal. Ante esto, valga la pena decir, que si bien el objeto ha sido enajenado, no ha sido puesto en circulación en el mercado, es decir, no ha sido devuelto o procesado para esta plaza capitalista, pues no se encuentra integrado a un proceso de producción en masa.

La jurisprudencia española⁸⁵ ha dicho que se excluye la aplicación de la norma a los contratos celebrados entre sociedades multinacionales por entender que su relación no es la de usuario y proveedor, al considerar que no es aplicable al empresario que no es destinatario final del objeto comprado, pues los integra en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Lo anterior permite iniciar la discusión de la extensión o no del concepto a las personas jurídicas, siendo esto un ítem que lleva a comprender por qué el tema bajo estudio se centra en los contratos de Telefonía Móvil Celular celebrados con las personas naturales, las cuales se consideran en este trabajo como consumidores en su sentido más lato.

2.2.3 La Persona Jurídica como consumidor

Este trabajo se centra en el estudio de la situación de la celebración del contrato de prestación de servicios de TMC, entre las personas naturales y los operadores de este servicio.

En sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, del 15 de febrero de 2001, se expuso frente al tema:

“Para que se lleve a cabo la exclusión del concepto de consumidor no basta con el hecho de que el bien o servicio se integre sin más en un proceso de producción,

⁸⁵ REYES LOPEZ, María José. Op.Cit. Pág 100.

transformación, comercialización o prestación a terceros, pues en ese caso, y sobre todo, si se lleva al extremo la idea, realmente será difícil encontrar supuestos en los que se aplique la legislación de defensa de los consumidores, sino que lo realmente importante y que excluye la aplicación de la legislación especial es que ese bien o servicio que se adquiere, tenga por finalidad directa llevar a cabo labores de producción, transformación comercialización o prestación a terceros, de tal manera que esos bienes o servicios integren de manera relevante en el ámbito comercial que desarrolla la adquirente”.

Frente a esta discusión, la jurisprudencia francesa ha dicho en un caso decidido por la Primera Sala Civil de la Corte de Casación, que la persona jurídica es objeto de aplicación de la normatividad de protección del consumidor, en el caso en cuestión, sobre cláusulas abusivas, cuando ejerce actividades como no profesional o que no están ligadas a su objeto social.

En la especie, se trataba de un sindicato que demandaba algunas cláusulas de un contrato de arriendo de software, celebrado con una compañía de servicios informáticos. La primera instancia, asimila el sindicato a un no profesional víctima de una cláusula abusiva, fundamentándose en el hecho de no encontrar relación alguna con su objeto social cual era la crianza de animales. Posteriormente, la Corte de Apelación valida la calificación dada al sindicato pero no encuentra presencia alguna de cláusula abusiva y da razón al autor de la estipulación contractual. La Corte de Casación aprueba esta decisión pero no aquella, pues la persona jurídica al invocar el abuso, ha actuado en la calidad de profesional y el software era para el ejercicio y desarrollo de su objeto.

Por otro lado, el Estatuto del Consumidor colombiano, en la noción de consumidor destaca dos palabras: *“Toda persona natural o jurídica”* y *“para la satisfacción de una o más necesidades”*.

Tomando en consideración lo expuesto anteriormente, tenemos que: de un lado, al hablar de persona natural y/o persona jurídica, se acude a una noción amplia de consumidor y, al igual que el derecho anglosajón, podemos incluir a los "*small businesses*" o pequeñas empresas, lo cual obedecería a una política extensa en materia de protección del consumidor.

De otro lado, se nos presenta el problema de la satisfacción de las mencionadas necesidades. ¿Qué tipo de necesidades? ¿Es factible pues, incluir dentro de la protección a los derechos del consumidor, los abusos que se puedan presentar entre un proveedor y su cliente persona jurídica? ¿Qué hacer con esta noción de consumidor, que da cabida a que una persona jurídica juzgue como "necesidades" la compra de materiales para dar cumplimiento a su objeto social?

Podríamos brindar una solución con base en la sentencia mencionada de la Corte Francesa de Casación, y decir que incluiríamos dentro del ámbito de aplicación del término de consumidor, a la persona jurídica que por ejemplo, adquiere algún tipo de bienes como mesas o alimentos para organizar una jornada de integración a favor de sus trabajadores, pues esta actividad no está ligada al ejercicio o desarrollo de su objeto social y por lo tanto actuaría en calidad de consumidor o no profesional. Este argumento es criticable por algunos doctrinantes españoles, pues consideran que el incluir a la persona jurídica dentro de la protección al consumidor, en caso en que adquiriera bienes para "su uso personal" crearía inseguridad jurídica y despojaría al consumidor del carácter especial por el que se ha luchado durante mucho tiempo⁸⁶.

Para José Pascual FERNÁNDEZ⁸⁷, el hecho de hacer extensivo el término de consumidor a las personas jurídicas merece una crítica especial, pues dentro de ellas, se encuentran las asociaciones⁸⁸ y fundaciones, frente a las cuales considera lógica su protección. Pero también se encuentran las sociedades comerciales, cuya protección

⁸⁶ REYES, María José. Op. Cit. Pág. 107.

⁸⁷ Ibídem. Pág. 104.

⁸⁸ Se excluiría a las universidades pues éstas alcanzan a tener un poder negociación significativo dentro del mercado.

desnaturalizaría el fundamento de las leyes de los consumidores, pues el fin de éstas es la protección de la parte que se encuentra en situación de inferioridad, subordinación e indefensión.

La misma crítica se puede hacer con relación a las multi o trasnacionales. Imaginando la situación en que una compañía multinacional adquiere una serie de bienes para la organización de la fiesta anual de sus empleados. Se trata de un evento ocasional, con el fin de que los trabajadores de la empresa, disfruten de un momento agradable distinto al laboral. ¿Haría adquisición en tanto que consumidor por parte de esta (super) persona jurídica? ¿Acaso recibiría el mismo trato que un consumidor persona natural?. Mi respuesta es no. Siendo más precisa, si la empresa fuese Ecopetrol, y deseara organizar un evento social a sus empleados, de seguro la compañía contratada para la compra de los alimentos, no le daría a Ecopetrol el mismo trato, no realizaría el mismo procedimiento comercial (de cobro) y no prestaría el mismo servicio que presta a un padre de familia que desea celebrar la fiesta de cumpleaños de su hija.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia⁸⁹, se pronunció sobre un caso en el que se entra a determinar la responsabilidad del fabricante de una aeronave y su propietario por defectuosa fabricación. En el caso en concreto, se trataba de una empresa de servicio aéreo, que solicita se declare responsable al fabricante de la aeronave, por un accidente ocurrido al parecer por defecto de fábrica, pues la empresa de servicio aéreo, había sido declarada responsable y condenada al pago de una alta suma por indemnización de carácter civil extracontractual.

En este caso, el actor fundamenta el recurso en la falta de aplicación anterior, del Decreto 3466 de 1982, Estatuto del Consumidor, toda vez que en este se consagra una responsabilidad civil extracontractual contra los fabricantes de productos cuando éstos no cuentan con las calidades idóneas que se pregonan en el mercado, siendo este el caso por resolver.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación 072 de Mayo 3 de 2005. M.P.: César Julio Valencia Copete.

Al respecto, el Alto Tribunal de Justicia se pronuncia de manera no favorable frente a las pretensiones del demandante, con relación a la aplicación del mencionado Decreto, en vista de que no se considera que éste tenga calidad de consumidor, pues la empresa de Servicio Aéreo, no cumple con los parámetros de identificación del consumidor así establecidos por la Corte:

- a) La posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio;
- b) La adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial.

Se observa entonces, cómo la jurisprudencia colombiana, restringe el contenido de la noción de consumidor establecida en el Decreto de 1982, al identificarlo como el sujeto último en la cadena de producción de bienes o prestación de servicios (Concepto Económico), determinado por el fin dado a los bienes o servicios adquiridos que debe ser de índole personal, familiar doméstico. De esto se excluye su uso con un propósito diferente al de incluirlo en *“el giro ordinario de sus negocios”*.

Esta aplicación, es la que se hace en el caso de la celebración de contratos entre los operadores de Telefonía Móvil Celular y las personas naturales, pues no podemos equiparar a consumidor (parte débil) entendido como se ha expuesto en este trabajo, a una compañía que requiere de estos servicios para sus empleados. De hecho, estos planes se conocen como planes corporativos mereciendo un tratamiento y un clausulado diferente, sobre el cual no se entrará en discusión acá, pues mientras un beneficiario de un plan corporativo cuenta con el respaldo de la persona jurídica a nombre de quien se celebró el mega contrato, el consumidor persona natural no cuenta con más respaldo que el suyo al momento de confrontar al operador de TMC. Es por esto que esta persona, requiere de una protección especial.

2.2.4 El Consumidor en la Actualidad.

Hoy en día, y en medio de la velocidad y la paranoia del mercado, donde todos luchan por obtener mayores beneficios y un incremento desmesurado de su capital, el consumidor se ha convertido en un objeto, o mejor un "target", un elemento más del mercado que puede ser clasificado, medido y hasta manipulado.

Los medios de comunicación se han convertido en los mayores aliados de la oferta del mercado, pues es a través de ellos que la publicidad se ha convertido en la mejor herramienta pues es ahora el "producto", y la gente lo adquiere "tal como lo percibe mediante la publicidad". Como lo expuso Rosenberg-Manning White⁹⁰: "La Publicidad ocupa, el papel de primer ministro en el reino de la cultura de masas".

Es tanto así, que hoy en día, las estrategias de marketing para la comercialización de un bien o servicio, dividen a sus futuros clientes en aquellos que a les pueden representar la ganancia de un consumidor fiel y aquellos que no pero que pueden ser mantenidos.

Por ejemplo, según el VALS (*Values and Life-Styles*), la sociedad está segmentada en varios sectores: el de los Integrados; el de los Émulos; el de los Émulos realizados; el de los Realizados Socioconscientes y el de los Dirigidos por la necesidad⁹¹.

Por todo lo expuesto, es que ante lo que representa hoy en día el consumidor dentro del mercado, hay que tomar una serie de medidas en su favor, que vayan más allá de la

⁹⁰ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 139.

⁹¹ Clasificación del VALS, citado por ALTERINI, Atilio Anibal en su obra "Contratos: Civiles, Comerciales, De Consumo". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1999. Pág. 140:

"Los Integrados: Son tradicionalistas, y por lo tanto consumen productos clásicos; **Los Émulos:** son jóvenes no afirmados aún en sus convicciones, y a ellos se destina la publicidad que busca convencerles de que el consumo de x o y bien o servicio aportará a su realización personal; **Los Émulos Realizados:** son el blanco de la promoción de marcas prestigiosas, a las que se les atribuye aptitud para identificarlos con clases sociales superiores; **Los Realizados Socioconscientes:** prefieren su realización personal y asumen valores como el buen estado físico o la ecología; **Los Dirigidos por la necesidad:** al estar preocupados únicamente por su subsistencia, no le son de importancia a la publicidad".

regulación sanitaria, metrológica y contractual, pues el mercado de la oferta, ha optado por atacarle desde cualquier punto, todo con el fin de cumplir sus metas empresariales, pues hoy, el productor intenta, por todos los medios posibles, crear las necesidades en el público, guiándolo al consumo de los bienes y servicios que ha decidido unilateralmente poner en el mercado, a la vez que trata de suprimirle la mayor cantidad de herramientas posibles, o por lo menos, hacerle pensar que éstas le escasean.

2.3 Derechos del Consumidor en Colombia

Teniendo en cuenta que el derecho del consumidor deriva de la situación material del sistema económico, es necesario tener presente para su estudio, la organización económica del lugar o más específicamente de la Nación o la Unión sobre la cual se va a ejecutar dicho análisis. Esto, se encuentra en la Constitución Económica de cada Estado, pues es la base del orden económico y social.

La Constitución económica se concibe como “la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del estado; de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos; de la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución⁹²”.

La posición de los consumidores y empresarios era un instrumento de legitimación de la ideología del sistema de economía de mercado, donde el estado ejercía únicamente el papel de una vigilancia política para proteger los intereses del orden público general, quedando satisfecho únicamente con la garantía de una libertad y con la igualdad meramente formal entre oferentes y demandantes.

⁹² LÓPEZ CAMARGO, Javier. “Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en América Latina”. En Foros U Externado [en línea]. Disponible en <http://www.foros.uexternado.edu.co> Citado el 2 de diciembre de 2010. Págs. 3-8

Actualmente, y dada la necesidad de proteger íntegramente al consumidor, se le ha ubicado en la idea central de la política legislativa de un buen número de países que así lo ha consagrado en sus constituciones, a través de valores, principios, preceptos que dan sustento a la protección y garantía de los derechos de los consumidores, transformando la realidad socio-económica en una realidad jurídica.

Dentro de los nuevos reformadores y ordenadores del sistema económico colombiano, gracias a la constitución política de 1991, encontramos el reconocimiento de la competencia en el mercado y su protección, así como de la productividad y la competitividad empresarial y el valor de la adecuación socio-económica de la actividad de la empresa, al igual que el valor de la democracia económica y la participación, la solidaridad social, la justicia social y la igualdad material.

En ocasiones se critica la postura de la Constitución Política frente al tema, por la presencia vaga de mención directa de los consumidores. Sin embargo, esto no significa que ellos no gocen de alguna protección, pues ésta se puede desprender de los valores de igualdad, solidaridad social, igualdad material y justicia social.

2.3.1 Constitución Política de 1991

El sistema económico de un Estado debe desprender básicamente del preámbulo de su constitución. En Colombia, esta atañe a lo siguiente:

"(...) Con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, (...)" (subrayado fuera de texto original).

De allí se desprende la justicia como valor supremo, el cual reposa como el regente del sistema conforme al cual toda norma jurídica debe guardar correspondencia. Se

observa entonces que la constitución busca la garantía de un orden económico y social justo, organizado dentro de un sistema económico que según se deduce, es de naturaleza mixta, pues su estructura es el mercado en el que se garantiza un equilibrio en las relaciones jurídicas y económicas materiales entre los empresarios, los consumidores y comerciantes.

La estructura es el mercado, lo que claramente se confirma con los artículos 58 y 61 que tratan de la Propiedad Privada e intelectual de los medios de producción limitada por la función social. Igualmente se encuentra el artículo 295, el cual trata la emisión de títulos y bonos de Deuda Pública por parte de las entidades territoriales, siempre bajo las condiciones del "mercado financiero".

Está también el inc. 4to del artículo 333 de la Constitución el cual habla de la Libertad Económica, la cual se divide en Libertad de Empresa y Libre Competencia las cuales aseguran la libertad de acceso al mercado y el Abuso de la Posición Dominante en el "mercado nacional".

Otra de las características importantes de la economía de mercado de nuestro Estado, es la moneda, lo que permite el desenvolvimiento de la actividad económica, necesaria para impulsar la producción, distribución y consumo de quienes hacen parte de estos procesos.

Además de lo anterior, tenemos que si bien esto hace parte del marco de la economía de mercado regente en nuestro país, ello demanda la intervención estatal, pues no se debe olvidar que es la justicia social la limitante de todas estas libertades, cuya participación se ve representada por el Estado.

Este rol intervencionista del Estado, se ve marcado por los diversos mecanismos jurídicos de injerencia estatal en la economía así como en la regulación de la actividad de los particulares, pues si bien estos pueden centrar su atención en la satisfacción de

sus necesidades propias, ello deben hacerlo en el respeto de los derechos individuales de contenido socio-económico y los derechos colectivos.

Un ejemplo de ello es la regulación de precios, control de la competencia (desleal), regulación aduanera, control de ingreso de mercancía ilegal, impuestos, etc. Particularmente, el artículo 334 describe la intervención estatal en la producción, la distribución, utilización y consumo de los bienes, en los sectores tanto privados como públicos, con el fin de racionalizar la economía y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

Así mismo, y descendiendo a la especie, la Constitución Política en su artículo 78 dispone lo siguiente:

Artículo 78: La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos

Se encuentra este artículo en el Capítulo 3 De los Derechos Colectivos y del Ambiente, por lo tanto la protección constitucional del consumidor está establecida como un Derecho Colectivo, lo cual se hará en forma directa y principalmente indirecta, a través de la regulación del control de la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad así como de la información que habrá de ser suministrada en su comercialización.

Agrega el artículo, como una consecuencia de encontrarnos inmersos en un sistema jurídico Democrático, Participativo, Justo y Solidario, que se da vía libre a la constitución de organizaciones de consumidores y la colaboración entre estas para la protección de los respectivos derechos.

Como soporte de esta protección al consumidor, además del marco económico establecido por la constitución y del valor supremo como base del sistema, se encuentra el artículo 13, el cual cambia la concepción de igualdad formal que venía de un Estado de Derecho, y pasa a sujetar el sistema a un concepto de igualdad material, donde se busca la protección del más débil, o por lo menos el otorgamiento de herramientas que le permitan participar como sujeto activo dentro de la sociedad en ejercicio de sus deberes y derechos.

2.3.2 Legislación

En Colombia hay una serie de normas encargadas de velar por la protección del Consumidor a partir del control y la vigilancia de los productos y bienes adquiridos así como de sus comercializadores y proveedores. Las normas más importantes de la materia fueron expedidas entre los años 1981 y 1982, dentro de las que encontramos:

Ley 73 de 1982: Ley General de Consumo, a través de la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias como por ejemplo, dictar disposiciones sobre mecanismos y procedimientos administrativos para establecer la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios ofrecidos; sobre normas sustantivas y procedimentales que aseguren al consumidor el cumplimiento de garantías; sobre condiciones para la venta de bienes y prestación de servicios; sobre la responsabilidad de los productores por las marcas y leyendas que exhiban los productos o por la

propaganda comercial, así como la vigilancia y control de las unidades de peso, volumen y medidas.

Decreto 1441 de 1982: Ligas y Asociaciones de Consumidores. Se regula la organización, reconocimiento y régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores las cuales se definen de la siguiente manera:

Artículo 1: Liga de Consumidores: Entiéndase por liga de consumidores, toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales con sujeción a las normas previstas en el presente decreto, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos.

Decreto 3466 de 1982: En este decreto se dictan normas concernientes a la idoneidad, calidad, garantías, marcas, leyendas, propagandas y fijación pública de precios de bienes y servicios, así como la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores.

La legislación colombiana se complementa con las circulares y resoluciones particulares emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad administrativa que por mandamiento constitucional y legal, es la encargada de velar por la protección y salvaguarda de los Derechos de los Consumidores. Entre sus documentos, se encuentra la Circular Única, la cual dedica su título II a la Protección del Consumidor, deteniéndose en el régimen de garantías, calidad e idoneidad de los productos y servicios así como de algunos sectores en particular como el financiero o el automotor.

También encontramos una resolución muy importante en materia de Telecomunicaciones, la Res. 1732 de 2007, la cual define términos como Cláusula de

Periodo de Permanencia Mínima, Suscriptor, Operador y determina cuales son los derechos y obligaciones tanto del usuario como del operador de TMC.

2.3.3 Jurisprudencia

Dentro de la Jurisprudencia más destacada referente a la protección de los consumidores, encontramos la ya mencionada de la Corte Suprema de Justicia, que es la Sentencia SC 072 de Mayo 3 de 2005. M.P.: César Julio Valencia Copete, en la cual se discutía la aplicación del Estatuto del Consumidor a favor de una compañía aeronáutica por daños causados con ocasión de un defecto de fábrica de uno de los aviones que operaban.

Al respecto, la Corte dijo que no era posible hacer la demandada aplicación, pues no es posible incluir dentro del ámbito de los consumidores a las personas jurídicas cuyos fines de adquisición de mercancía o servicios son con intereses netamente lucrativos.

Igualmente, tenemos la sentencia C-1141 de 2000, en la que la Corte Constitucional dijo con relación al conjunto de protección y salvaguarda de los Derechos del Consumidor:

“El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato”

Lo anterior significa, que la protección de los consumidores, que como ya se expuso deriva de la constitución, va más allá del marco de nuestra carta magna, pues también cuenta con leyes que le respaldan (73 de 1981), además de Decretos que le reglamentan. También tenemos las resoluciones y los no menos importantes contratos, luego la protección de estos derechos catalogados como colectivos por la carta de 1991, inicia desde el contrato mismo expandiéndose a través del sistema jurídico

nacional dentro del marco constitucional sentado por el artículo 78 y el sistema económico y social que allí se consagra.

Luego es de vital importancia estudiar, además de las normas y decretos expedidos para la protección del consumidor, los contratos y su contenido en la relación entre consumidor/usuario y operador de Telefonía Móvil Celular (como es el caso bajo análisis) pues bajo el principio de la autonomía privada, es el contrato el pilar y el inicio de la protección y la guarda de los derechos de los consumidores y el sostén del equilibrio de las relaciones entre la oferta y la demanda.

2.4 Derechos Específicos

La protección de los Derechos del Consumidor, va más allá del control de precios, de la calidad, de la idoneidad de los productos y de la garantía que por ellos se otorga, no queriendo decir con esto que estos ítems no sean importantes pues sería pretender ocultar el sol con un dedo; simplemente que el consumidor representa el elemento fundamental y necesario para que la economía de capital se mueva y gire. Es el motor de la sociedad moderna y por lo tanto su protección abarca temas mucho más amplios, desde aquellos que van con el Medio Ambiente, hasta aquellos más sociales.

Por esto, se ha considerado útil presentar 3 categorías de derechos básicos, necesarios, que son parámetros por considerar seriamente al momento de evaluar o celebrar un contrato entre comerciante y consumidor y que son más que el estudio y análisis de las propiedades del objeto del contrato, estos son: El Derecho de Información y Decisión, el Derecho de Rescisión y el Derecho de Indemnización.

2.4.1 Derecho de Información y de Decisión

Inmersos en una economía de mercado como la nuestra, es preciso no pasar por alto el deber de información que pesa sobre el proveedor o expendedor de bienes y servicios, pues es éste un derecho correlativo al consumidor durante la etapa pre-contractual, concerniente a un deber de veracidad del vendedor, para hacer saber a la otra parte, ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión.

La decisión que un consumidor tome, depende fundamentalmente de la información que le sea proveída, pues entre menos sepa, más difícil le será decidirse por un producto o si lo hace, será posible que encuentre una serie de "sorpresas" en la ejecución del contrato que afectarán sus derechos y deformarán las obligaciones del comerciante, es por ello que el derecho de información que pertenece a todo consumidor es fundamental, es necesario, y en este orden de ideas, hablamos de un consumidor en potencia, porque esta información comienza con la publicidad que se dirige a todo el público sin distinción alguna.

El derecho y correlativo deber de información es de orden constitucional tal y como lo menciona la circular 04 del 21 de Mayo de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio:

"El artículo 78 de la Constitución Política establece que la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y presentados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Conforme con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, toda información que se suministre al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Es así, como todo productor, proveedor o expendedor es responsable cuando el contenido

de la información suministrada al público no corresponde a la realidad o induce a error al consumidor, en los términos del artículo 31 del Decreto antes mencionado".

Este es un deber del comerciante, que surge en la etapa precontractual, lo que se refiere al deber de veracidad consistente en hacer saber a la otra parte "ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión"⁹³.

Los alcances de este deber, propuestos por Alterini, son los siguientes:

- 1) Debe ser suministrada en la medida en que una de las partes sabe, o debe saber, que la otra carece de ella
- 2) Que la obligación de brindar la información adecuada es de resultado

El único límite del correlativo deber de información es el "secreto profesional, la afectación del derecho a la intimidad" y "el secreto industrial".

Previo a la celebración del contrato de prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular, y siguiendo los parámetros propuestos por Alterini, los operadores de TMC deben informar al usuario las características técnicas del servicio, pues se trata de una información que la otra parte desconoce y que debe saber, quizá no en forma muy particular y no tan técnica, pero si por lo menos conocer las condiciones bajo las cuales le será prestado el servicio y por lo cual va a cancelar un valor fijo mensual. Debe ser informado de las fallas que puede presentar el sistema de TMC y qué sucede en ese caso con relación al valor que se paga por la correcta prestación del servicio (como sería el descuento del valor del tiempo en que no hubo comunicación).

Además de las condiciones técnicas, debe informarse al usuario de las otras bajo las cuales se compromete, es decir, las facultades que se le otorgan y los deberes que se

⁹³ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 330

le imponen así como aquellos que pertenecen a la empresa. Igualmente, al momento de celebrar el contrato, debe ponerse al usuario en conocimiento de las herramientas y medios que tiene para defender sus derechos y prerrogativas ante el operador.

Por otro lado, en Francia, el artículo L-111-1 del Código del Consumo modificado por la Ley No. 2009-526 del 12 de mayo de 2009, dispone:

"Todo profesional vendedor de bienes o prestador de servicios debe, antes de la conclusión del contrato, poner al consumidor en medida de conocer las características esenciales del bien o del servicio. En caso de litigio, corresponde al vendedor de probar que él ha ejecutado esta obligación".

Se observa que en el derecho francés, pesa un principio general de información sobre el vendedor, de armar al consumidor de toda la información necesaria del bien y del servicio, sus características esenciales y la forma en que será prestado, lo que según la frase seguida, permite deducir que librará al vendedor de responsabilidad alguna en caso de litigio.

Algunos estatutos como el nuestro, se limitan a las condiciones de calidad e idoneidad, que si bien son importantes, no lo son todo a la hora de celebrar un contrato de consumo, pues puede presentarse la situación en que un consumidor goce de un bien de buena calidad, de un buen servicio, pero que en algún momento quiera devolverlo, o retirarse del servicio que se está recibiendo o que a pesar de haber informado al consumidor de las calidades del bien este presente algún daño, y al momento de hacer efectivo un derecho no pueda debido a las condiciones del contrato celebrado o que sencillamente pueda ejercerlo pero que en contrapartida deba "indemnizar" al vendedor sin justificación alguna.

Es en este punto donde se entra a discutir uno de los Derechos "Fundamentales", del consumidor, del usuario de un servicio para el cual ha tenido que celebrar un contrato de prestación de servicios, y es el Derecho de resciliar el contrato.

2.4.2 Derecho de Resciliación e Indemnización.

El Derecho de Resciliación es básicamente la facultad concedida al consumidor y al comerciante de terminar el contrato en cualquier momento sujeto al cumplimiento de ciertas causales y bajo ciertas condiciones. Por ejemplo, a un consumidor le es permitido terminar el contrato en cualquier momento siempre y cuando pague al comerciante una suma de dinero equivalente a cierto monto por haberlo terminado anticipadamente, lo que es lógico pues para el comerciante puede generar cierta frustración y pérdida económica pues celebró el contrato confiado en llevarlo hasta el final.

Los problemas resultan cuando al consumidor no se le concede la facultad, lo cual hoy en día es extraño, o se le concede la facultad con indemnización para el comerciante pero al comerciante al concedérsele la facultad no se le obliga a una indemnización, o peor aún, cuando al consumidor se le permite resciliar el contrato bajo una serie de condiciones que resultan tan difíciles de cumplir, que llevan al usuario a terminar el contrato en contra de su voluntad.

Las reglas deben ser claras. Más allá de establecer normas técnicas que se centren en la idoneidad y calidad del bien o del servicio, debe enfocarse hacia los derechos de los consumidores. Quizá la constitución llevó a esto pues en el único artículo que menciona a los consumidores como sujetos jurídicos con derechos y obligaciones, hace mención a la regulación de la calidad e idoneidad de los bienes. La labor del legislador ha sido bien realizada, pero no ha sido lo suficiente para reconocer a los consumidores como personas con derechos.

Cómo decir que los consumidores tienen derechos cuando no hay ley que realmente lo acredite? La garantía de un bien o de un servicio es un aspecto necesario, pero eso no le da la facultad un consumidor de reclamar al proveedor por haberle terminado el contrato de prestación de servicios antes de tiempo y sin haberle dado contrapartida alguna. El régimen de regulación y control de precios y de bienes no le da al consumidor la facultad de demandar al comerciante su respeto como consumidor y que evite la puesta en marcha de condiciones que le resultan vejatorias. Nuestras normas no conceden esas facultades, luego las está negando.

Es en este punto, cuando debemos acudir a la sentencia C-1141 de 2000 en la que la Corte reconoce el contrato como parte del programa de protección del consumidor, y es allí donde debemos instalarnos para deducir los derechos y los deberes tanto del comerciante como del consumidor. Es en el contrato, donde por defecto de ley, debemos proteger al consumidor, lo que particulariza las cosas mientras no haya norma general que realice esta labor.

En Francia, se expidió una ley de no muy lejana data (03 de Enero de 2008 y vigente a partir del 1ro de Junio de 2008), conocida como la Ley *Châtel* que regula la materia de la resiliación contractual principalmente, y otros aspectos por tener en cuenta en beneficio del usuario del servicio de Telefonía Móvil. Esta ley, combina en su articulado la política económica enfocada al consumidor/usuario y el servicio comercial de Telefonía móvil, lo que permite mejorar la fluidez del mercado y desarrollar la competencia siempre respetando las necesidades del consumidor. El objetivo de la ley es favorecer el desarrollo de la competencia de este sector. Esta legislación se compone de algunos artículos que han sido clasificados bajo 3 temas considerados por la ley como los más importantes:

- Duración y Compromiso Contractual: La duración del compromiso contractual no debe en ningún caso sobrepasar los 24 meses y es, en todo caso,

una alternativa suplementaria (12 meses o sin compromiso) debe ser propuesto además por el operador.

El consumidor puede resiliarse su contrato de telefonía móvil por anticipación a partir del 13avo mes de compromiso contractual.

En adelante, es igualmente posible conservar un número de teléfono móvil gratuitamente en caso de que el usuario cambie de operador.

La duración del compromiso restante debe ser mencionado claramente en cada una de sus facturas comerciales.

- Servicios de Asistencia: Los servicios de asistencia de los operadores de comunicaciones electrónicas debe ser accesibles a través de teléfono fijo, no geográfico y emitido desde la red del operador.

- La Resiliación: El operador debe restituir los avances y los depósitos de garantía en un término de 10 días a partir del pago de la última factura o de la restitución del material.

En Colombia, en materia de términos de duración se ha establecido la cláusula de Periodo de Permanencia Mínima, la cual se encuentra definida por la Resolución 1732 de 2007 de la siguiente manera:

"Es la estipulación contractual que se pacta por una sola vez al inicio del contrato, en los casos expresamente señalados por la regulación, en la que el suscriptor se obliga a no terminar anticipadamente y sin justa causa, su contrato de prestación de servicios de Telecomunicaciones, so pena de que el operador haga efectivo el cobro de los valores que para tales efectos se hayan pactado"

En el caso de la Resiliación, si por ejemplo al consumidor se le condena a cancelar 3 meses de servicio si decide retirarse antes de los 6 primeros meses de duración del

contrato, al comerciante se le debe imponer igualmente una sanción en caso de pretender terminar o suspender el contrato anticipadamente y establecer balanceadamente para cada parte, una serie de eventos que justifiquen dicho término como lo serían, el caso fortuito y la fuerza mayor.

Este derecho busca un equilibrio entre las partes, no busca dar y conceder para no exigir porque esto generaría un desbalance bastante desfavorable para el mercado. Tampoco podemos poner a las dos partes en igualdad de condiciones porque no lo están, se trata únicamente de buscar el equilibrio, el consumidor no está en las mismas condiciones que el comerciante, partiendo del hecho de que no buscan lo mismo en su relación de consumo. Es necesario, para empezar, tener claros los derechos de los consumidores y evaluar la situación actual del mercado para lograr el equilibrio que el movimiento consumerista siempre ha demandado, no para poner al consumidor por encima del comerciante, sino para equilibrar las partes.

Los Derechos del Consumidor encuentran su utilidad máxima en los conflictos que se puedan presentar con motivo del ejercicio de las facultades y las obligaciones que le corresponden a las partes, tanto al consumidor o usuario como al comerciante. Por tal razón y por tratarse del tema que hace antesala al estudio del caso colombiano, se hará un análisis sobre la materia.

2.5 CLÁUSULAS ABUSIVAS

"Las culturas que valoran la armonía social resultan las más exitosas en términos económicos"

-Alfredo TORO HARDY⁹⁴

La confianza es la base de una sociedad próspera. Fue esta una de las ideas base de la Ética protestante de Max Weber y que posteriormente usarían en forma más moderna autores como Francis FUKUYAMA. Con ello hacen referencia a que cuando podemos confiar en el otro, en que su comportamiento será dentro de los márgenes de lo socialmente aceptado y esperado, mayor fluidez habrá en la interacción social, con grandes repercusiones en el ámbito económico.

Lo anterior refiere a nuestro sistema económico, pues cuando hay confianza en el mercado, hay inversión. Cuando el consumidor confía en el comerciante, hay contratos, hay fluidez en las relaciones comerciales y por tanto, habrá mayor consumo y mayores ingresos para la industria, lo que traduce en satisfacción del consumidor.

Esta confianza es necesaria para que el consumidor sepa más fácil y rápidamente a quién acudir cuando requiere determinado bien o servicio lo que permite agilizar igualmente las negociaciones y el empleo de las herramientas jurídicas acogidas por el sistema. La confianza se convierte entonces en sinónimo de capacidad de "entendimiento colectivo", de actitud para "forjar un vínculo social asentado en la armonía"⁹⁵.

Armonía que permitirá llegar más rápidamente a la meta del mercado cual es el equilibrio en las relaciones entre la oferta y la demanda. Retomando, si hay confianza, hay entendimiento entre las partes, si hay entendimiento o lo que llamaría un "feeling

⁹⁴ TORO HARDY, Alfredo. "La Era de las Aldeas: La Pequeña Aldea vs. La Aldea Global". Bogotá: Villegas Editores. 2002. Pág. 312.

⁹⁵ TORO HARDY, Alfredo. Op. Cit. Pág. 311.

comercial" habrá armonía lo que en resumidas cuentas, termina siendo el escenario perfecto para el equilibrio entre las partes.

Desafortunadamente la economía del mundo actual no funciona de esta manera. En el medio globalizado en el que vivimos, prima el egoísmo, donde cada parte busca ganar lo suyo a costa de la pérdida del otro. Se genera cierta paranoia que busca la seguridad y la ventaja máxima para sí a cambio de la inseguridad y la desventaja máxima para los demás. Nos encontramos actualmente inmersos en un sistema de desconfianza total donde el oferente duda no sólo de la capacidad del demandante, sino también de su decisión originado por una paranoia que viene de atrás gracias al nivel de competencia en su sector. Éste a su vez duda del producto que aquel le ofrece, de las responsabilidades que tras el acto de consumo pueda surgir y aún más de la calidad del mismo cuando es novedoso.

Claro está que nada de esto es improvisado. Nada de lo descrito es producto de la generación espontánea. Todo esto es resultado de un mercado desesperado y egoísta que ha logrado gran parte de su avance a través de la supresión y desconocimiento de derechos. Los ofertantes entre ellos y los ofertantes con los consumidores y estos a su vez en el desconocimiento intencional de sus obligaciones. La economía del caos armónico, donde el desequilibrio es el convidado de honor a las fiestas del comercio.

Es por ello, que las relaciones se han invertido. Es por esto, que los comerciantes son tan cuidadosos con sus clientes, tan observadores, tan detallistas, en una palabra, tan selectivos. Por esta razón, los clientes han llegado a asimilar calidad con precio, pues su confianza comienza a ser depositada en una marca, una reducción gigante de un sector en particular y a su vez del mercado. Por ello, los oferentes al celebrar un contrato buscan controlarlo todo a su favor, para incurrir en menos gastos, obtener mayores beneficios y evitar ser "defraudado" por un ávido consumidor.

El problema surge en que en medio de su paranoia, el empresario olvidó que la relación con el consumidor va más allá de las garantías financieras que pueda poseer, que sus

derechos van limitados por las obligaciones que éste se “disponga”, así como que la relación entre derechos y obligaciones entre el consumidor y el comerciante deben ser directamente proporcionales y no al revés.

En este punto, es cuando encontramos que las condiciones pre-establecidas en un contrato de prestación de servicios han sido abusivas, o vejatorias, llegando a desconocer derechos correlativos que pertenecen al consumidor o llegando a imponerle más cargas que facultades o cargas que le son difíciles de afrontar.

Por consiguiente, es necesario conceptualizar sobre este tipo de cláusulas, pues su inclusión dentro del contrato como condiciones de un negocio, puede representar un exceso para el consumidor o simplemente pueden suprimir algunas de las facultades que por su condición le pertenecen.

2.5.1 Concepto

En principio, podrían relacionarse las cláusulas abusivas (o en términos económicos las “cláusulas maximizadoras de buena fe”⁹⁶) a un contrato de adhesión únicamente, pero estas pueden encontrarse contenidas en contratos paritarios y en contratos con cláusulas predispuestas particularmente, pues en tipos como este último, son más propensas dada la característica definitiva de contar con un contenido previamente establecido por el profesional.

El proyecto de ley 28 de 2008, define las cláusulas abusivas como *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos (...)”*.

⁹⁶ WEINGARTEN, Celia. Op. Cit. Pág. 179.

En su ponencia sobre los contratos de consumo y las cláusulas abusivas en la Universidad Externado de Colombia en el año de 1998, Rubén STIGLITZ las definió de la siguiente manera:

“Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales quedan al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometen el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la renuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen”.

El Derecho Europeo, en la directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 de la Comunidad Económica Europea, las define en su artículo 3° de la siguiente manera:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”:

Nótese la advertencia final que hace la directiva, al mencionar en forma “particular” a los contratos de adhesión, queriendo insinuar que si se está ante un contrato celebrado por adhesión, es más factible encontrar una cláusula denominada abusiva dada la naturaleza del contrato.

En España, la ley 7ª de 1998 de Condiciones Generales de la contratación y en virtud del principio de armonización de legislación con la CEE, se definen como abusivas las siguientes cláusulas:

“Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que contra las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones que se deriven del contrato”

Se observan entonces dos puntos interesantes, de un lado la buena fe como principio quebrantado por la presencia de una cláusula abusiva (lo que nos retira de la órbita del abuso de la posición dominante). De otro lado, se tiene que estas cláusulas se caracterizan por no haber sido negociadas individualmente, lo que excluye lo expuesto por STIGLITZ, para quien en los contratos paritarios puede haber cláusulas abusivas. La corriente europea camina hacia el punto en que una cláusula negociada no puede llegar a ser abusiva. Surge una inquietud, ¿No puede ser abusiva la cláusula negociada individualmente entre un profano y un profesional? Entiéndase por profesional un experto en la materia frente a uno que no lo es, no un profesional en el entendido del derecho francés como se expondrá a continuación.

En Francia, y siguiendo el principio de armonización legislativa, la Ley 93-949 denominada “*Code de la consommation*” o Código del consumo, ha definido en su artículo L132-1 las cláusulas abusivas así:

“En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”.

En Luxemburgo, la Ley 25/8/83 de “Protección Jurídica del Consumidor” se define una cláusula abusiva así:

“En los contratos concluidos entre un proveedor profesional de bienes de consumo (...) y un consumidor final privado, toda cláusula o combinación de cláusula que entrañe en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor es abusiva y como tal reputada nula y no escrita”.

Cabe resaltar de esta definición el término subrayado "combinación de cláusula" lo cual resulta bastante claro y más útil jurídicamente en la práctica, pues la cláusula debe ser estudiada en su conjunto y no como un "aparte" del negocio. Contrario a la sanción o declaración como abusiva que si deberá hacerse en forma restrictiva, limitándose a la cláusula que altera el equilibrio.

Entonces tenemos, que una cláusula abusiva es aquella, que como claramente lo expone el código francés del consumo, representa un desequilibrio SIGNIFICATIVO para la parte débil del contrato, el consumidor, con relación a los derechos y deberes de las partes.

2.5.2 Características de la cláusula abusiva.

- La supresión del poder de negociación, como puede ocurrir en la contratación predispuesta, no es señal o atributo exclusivo de las cláusulas abusivas o del escenario de posible existencia.
- En la negociación de un contrato de consumo, se analiza el balance del poder de negociación para detectar la cláusula abusiva, pues hay una parte que concentra "uno de los polos de negociación"⁹⁷ y del que carece el otro.
- Estar en presencia de debilidad jurídica o desigualdad formal del consumidor en sus relaciones contractuales con el profesional.
- Ella importa un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor, el no profesional y los deberes y cargas del profesional o comerciante, derivadas del contrato en perjuicio del primero o altera la equivalencia de las prestaciones⁹⁸
- El desequilibrio significativo se identifica como un exceso el poder de negociación que ostenta el profesional, originado en las ventajas técnicas, en la

⁹⁷ STIGLITZ, Rubén. "Contratos de Consumo y Cláusulas Abusivas". Foros de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998.

⁹⁸ WEINGARTEN, Celia. Op. Cit. Pág. 179.

información que de allí desprende y el conocimiento del alcance y el contenido contractual predispuesto.

Para el profesor STIGLITZ, el desequilibrio significativo, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses, lo que significa que si el profesional se estableció así mismo una serie de derechos muy por encima de los otorgados al consumidor en cualidad y cantidad, estaríamos en presencia de un desequilibrio significativo, de tal forma que por ejemplo las obligaciones del profesional se vean disminuidas frente al aumento o incremento de sus prerrogativas y/o facultades, mientras que el consumidor es puesto en la perspectiva contraria.

Este desequilibrio debe ser hallado tras realizar un cotejo profundo entre provechos y sacrificios entre las partes, excluyendo totalmente la relación precio –objeto, pues como lo ha adoptado la legislación europea, las cláusulas *core terms*, es decir, aquellas que recaigan sobre la falta de adecuación del precio en su relación con el objeto del contrato o su determinación no serán objeto de análisis de abusividad.

Es necesario que la cláusula que se objeta, haya sido presentada al consumidor, estando ya redactada y que en lo posible el consumidor no haya influido en su contenido⁹⁹.

- Que sean contrarias a la buena fe.

Esta es una premisa de la norma europea de conceptualización de las cláusulas abusivas, aplicada por el principio de armonización máxima en Francia, aunque en el país galo se eliminó el hecho de “penalizar” la infracción a la buena fe explícitamente, pues se parte del hecho que si hay un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, hay infracción a la buena fe.

⁹⁹ Aunque como se dijo más arriba, dentro de las cláusulas abusivas debe contemplarse su análisis incluso en contratos paritarios, pues el consumidor no tiene la misma capacidad técnica, profesional y de información del comerciante.

Sin embargo, la infracción a la buena fe no puede ser camisa de fuerza para la detección de una cláusula abusiva, pues el código civil italiano manifiesta:

"Se consideran vejatorias las cláusulas que, malogrando la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio". (subrayado fuera de texto original)

De ello desprende entonces que una cláusula puede ser abusiva a pesar de la buena fe del profesional, siendo suficiente principalmente la existencia de un desequilibrio significativo, el cual puede estar presente pero no infringir la buena fe. Luego si la buena fe se demanda como necesaria en la detección de una cláusula abusiva, podría haber desequilibrio manifiesto sin infracción a este principio y por tanto, sería necesario declarar la cláusula como no abusiva. Es el mismo problema que surge si vinculamos el concepto de cláusula abusiva a la posición dominante, pues puede que no haya posición dominante, puede que no haya atentado a la buena fe, y aún así reportarse el desequilibrio mencionado.

- Debe observarse que el análisis de la relación de equivalencia sea a partir de la existente al tiempo de conclusión del contrato. Luego no es justificación alguna, la lectura y análisis posterior de las condiciones del contrato por parte del consumidor.
- Se excluyen las cláusulas que representen perjuicios únicamente para el predisponente, teniendo en cuenta el principio *Nemo Auditor Torpitudem*.
- Que la cláusula sea sorpresiva, es decir, que resulte de tal manera imprevisible e inhabitual, que ponga al consumidor en una situación aún más desventajosa; en una situación que no podía imaginar o preveer.

- La cláusula abusiva limita indebidamente la responsabilidad por daños personales¹⁰⁰ o importa renuncia o restricción de los derechos del adherente, o ampliación de las facultades del comerciante predisponente.
- Desnaturalizan las obligaciones de las partes, por ejemplo, la renuncia sin contrapartida a indemnización por daños materiales, inversión de la carga de la prueba o modificación del Derecho supletorio aplicable al contrato, o que permitan rescindir unilateralmente el contrato al profesional.
- También lo son, aquellas cláusulas que tengan por efecto dejar creer al consumidor que ésta le priva de algunos derechos. Así pues, es abusiva una cláusula relativa a la responsabilidad del profesional redactado de tal manera que el consumidor termine por pensar que no tiene recurso alguno en caso de inejecución. Es importante el efecto que la cláusula pueda generar en la psiquis de los consumidores¹⁰¹.

Concluimos entonces, que en el caso de la celebración del contrato de prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular, uno de los factores necesarios para evitar la inclusión de cláusulas abusivas o para evitar que una cláusula devenga abusiva, es la información dada al consumidor previa a la firma del documento contractual, pues esto le permite entender completamente no sólo el sentido de las cláusulas sino también su contexto, sus derechos y obligaciones, las herramientas con las que cuenta y las disposiciones técnicas que influyen en la prestación del servicio.

Estas características encuentran su aplicabilidad en los casos-conflicto que se puedan presentar, y es la jurisprudencia la más propicia para dar cuenta de ello.

¹⁰⁰ ALTERINI, Atilio Anibal. Op. Cit. Pág. 387.

¹⁰¹ LAGARDE, Xavier. “*Qu’est-ce qu’une clause abusive?*” En la Revista Especializada Recueil Dalloz. Paris 2008. [Base de Datos en línea]. Citado el 25 de Abril de 2010. Pág. 205.

2.5.3 Casuística

En vista de que este trabajo busca hacer un análisis de derecho comparado como se deduce de los acápites anteriores, y teniendo en cuenta que el derecho del consumo se ha desarrollado más ampliamente en países como Francia, donde la Corte de Casación ha resuelto situaciones importantes que han dado un giro a la concepción que se tenía de los derechos del consumidor en los contratos.

2.5.4 Jurisprudencia Francesa

- En Francia, la Sala Primera Civil de la Corte de Casación Francesa, en una sentencia del 28 de marzo de 2008, se pronuncia frente a un litigio en el que se busca declarar abusiva una cláusula en un contrato de arrendamiento. La Corte dice que antes de hablar de cláusulas abusivas es necesario estar frente a dos partes con calidades distintas, donde una sea profesional o comerciante y la otra un consumidor o no profesional y en la especie, no se probó el carácter de profesional del predisponente, luego no cabía el análisis de las cláusulas bajo la protección del Derecho del Consumo.

Por tanto, es necesario al hablar de la defensa de los derechos del consumidor en materia contractual, distinguir y probar primero la calidad de cada una de las partes, para estar frente a un comerciante y un consumidor.

- En Sentencia del 11 de diciembre de 2007, la Corte de Casación en su Sala Comercial, resuelve un caso llevado por una Asociación de consumidores, en el que un consumidor se encuentra frente a una compañía prestadora de servicios de Internet, que cambia los modelos de contratos por celebrar y por ende los contratos antes celebrados, sin consultar al usuario si seguía sometiéndose o no a las características impuestas en el acuerdo o si por el contrario se retiraba. La sala concluye que dicha cláusula contenida en el contrato que permitía al

profesional actuar de tal forma, "tenía por objeto o por efecto reservar a la compañía el derecho de modificar unilateralmente las características del servicio por prestar, comprendiendo aquellas no relacionadas a la evolución técnica". En consecuencia, la declara abusiva.

- El 8 de Noviembre de 2007, la Sala Civil declara como abusiva la cláusula de responsabilidad que tenía por finalidad limitar la responsabilidad del proveedor y de excluir en principio toda garantía en caso de mal funcionamiento de la utilización del servicio de internet. La decisión se toma teniendo en cuenta que es abusiva la cláusula que no precisa las causas mismas de interrupción o error del servicio, y que pretende exonerar al proveedor de internet de las consecuencias de sus propias fallas o carencias, pues esto sería desligar a dicha compañía de su obligación esencial calificada de resultado cual es asegurar efectivamente el acceso al servicio prometido.
- En esa misma fecha, la Sala primera Civil de la Corte de Casación, se pronuncia declarando abusivas dos cláusulas, donde la primera pretende excluir a priori toda garantía al consumidor en caso de mal funcionamiento del servicio; y la segunda, una cláusula que no ofrece al consumidor la resiliación sin motivo, pero si concede esta facultad al profesional. Esto último resulta vejatorio para el consumidor pues esto crearía un desequilibrio manifiesto en detrimento del usuario quien sería privado sin razón válida de un servicio ofrecido en el mercado, siendo confrontado a un rechazo de venta o prestación de servicio.
- En sentencia del 14 de noviembre de 2006, la Sala Civil Primera de la Corte de Casación, hace un análisis interesante donde no sólo estudia la literalidad de la cláusula sino la interpretación que de ella pueda hacer el consumidor.

Es así, como decide declarar abusiva la cláusula según la cual, en el caso en que la fabricación del modelo, objeto de la demanda, ha cesado desde la fecha

del pedido, el concesionario podía anular el pedido y devolver al comprador la parte recibida, pues hacía pensar al profano que, en la hipótesis estipulada, el comprador no tenía derecho a alguna otra cosa sino la devolución de su cuenta, y lo disuadía a actuar en justicia, cuando incluso él podía sufrir un perjuicio indemnizable.

- El 4 de Noviembre de 2006, la Sala Civil declara abusiva una cláusula que tiene por objeto y efecto, impedir toda sustitución del contratante o cesión del contrato y por tanto, retener al cliente bajo los vínculos contractuales, aún cuando su situación personal ha podido cambiar brutalmente y hacer inoportuna la adquisición del vehículo incluso cuando la sustitución o la cesión es procedente bajo las condiciones inicialmente convenidas, con la reserva de rechazo legítimo por parte del constructor automotor de consentir o no, particularmente en razón de una consideración propia al cliente, donde además el vendedor se reserva el mismo la posibilidad de sustituir otro cliente cuando el adquirente inicial no ha tomado el vehículo en el lapso de 15 días desde el día de la notificación de la puesta a disposición, por representar un desequilibrio significativo entre las partes.

2.5.5 Directiva Europea.

En el anexo del apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 93/13 de la CEE, se presenta a manera enunciativa, una lista casuística de cláusulas abusivas, entre las cuales destacamos aquellas que tengan por objeto:

- Prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditadas a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad.

- Excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último.
- Prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo.
- Autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar
- Restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares.
- Obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aún cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas. – Lo que resulta siendo una práctica abusiva más allá de ser una cláusula abusiva-.

La directiva, es de aplicación incluso si la adhesión del consumidor al contrato es puramente verbal. Por ejemplo, un consumidor que guarda su vehículo en un parqueadero subterráneo no es usualmente invitado a firmar un contrato. Sin embargo, así el contrato sea verbal, el comprende condiciones tales como las que figuran en el reglamento del parqueadero que allí se publica. Luego es necesario que las entidades que si bien no celebran contratos por escrito, tengan claras y visibles las condiciones bajo las cuales se comprometen o comprometen al consumidor o usuario.

No hay que olvidar, que para que una cláusula pueda ser considerada como haber sido objeto de una negociación individual, las cuales no son objeto de la aplicación de este reglamento particular sobre cláusulas abusivas, no debe haber sido pre formulada o

establecida previamente, y el consumidor debe haber tenido la posibilidad de negociar esta cláusula o haber estado en la postura de influenciar el campo de aplicación y el contenido de esta cláusula.

2.6 Cláusulas Abusivas en Colombia

En Colombia, las cláusulas abusivas son un tema que se han reservado al Derecho Financiero y a la prestación de Servicios Públicos Domiciliarios, pues se les relaciona en forma casi natural con la actividad aseguradora, bancaria y de la prestación de estos servicios, haciendo pensar con ello, que no hay abusividad en las condiciones pactadas en otros sectores comerciales. Podría decirse entonces, que el legislador ha “abusado” por defecto, haciendo creer al consumidor colombiano que se encuentra desprotegido en las otras áreas de contratación consumerista.

Ante la escasa normatividad y limitada jurisprudencia, pues ella se centra a hacer la aplicación estas ramas y los consumidores, creyendo que las cláusulas abusivas son exclusivas de estos sectores gracias a la labor del legislador, no se apropia de los derechos que como usuario o consumidor le pertenecen.

Lo anterior no obsta para presentar las normas que han tratado el tema y presentar unas breves reseñas al respecto.

2.6.1 Legislación

La legislación colombiana sobre cláusulas abusivas gira en torno a dos leyes:

- 1- La Ley 142 de 1994 más conocida como la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios
- 2- La Ley 1328 de 2009 o Ley del consumidor financiero.

Sin embargo, ninguna de ellas compete al servicio no domiciliario de Telefonía Móvil Celular, el cual cuenta con la regulación de la Resolución 1732 de 2007.

2.6.1.1 Resolución 1732 de 2007

En lo atinente al clausulado contractual, esta resolución expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, dispone en su artículo 10, una serie de condiciones como las siguientes:

- a) Partes
- b) Servicios Contratados
- c) Precio y Forma de Pago
- d) Plazo máximo y condiciones para el inicio de la provisión del servicio
- e) Obligaciones del suscriptor y/o usuario
- f) Obligaciones del operador
- g) Derechos de los suscriptores y/o usuarios en relación con el servicio contratado.
- h) Derechos del operador en relación con el servicio contratado
- i) Condiciones para el cambio de plan, cuando a ello haya lugar.
- j) Causales y condiciones para la suspensión y procedimiento a seguir.
- k) Causales y condiciones para la terminación y procedimiento a seguir.
- l) Causales de incumplimiento del suscriptor y/o usuario
- m) Causales de incumplimiento de cada una de las partes
- n) Trámite de peticiones, quejas y recursos.
- o) Condiciones para la cesión del contrato.
- p) Condiciones para el traslado del servicio a otro domicilio cuando este aplique.

2.6.1.2 Proyecto de Ley 82 de 2008 : Estatuto del Consumidor

Este proyecto de ley, es la propuesta más reciente hecha ante el Congreso para defender los Derechos de los Consumidores, pero hasta ahora, nada se ha dicho al respecto sobre su discusión o aprobación.

Entre tanto, le estudiamos confiando en que más temprano que tarde, su aprobación será una realidad, pues eso representaría un avance mayúsculo en la materia que este trabajo estudia.

El Proyecto está basado en 7 principios bastante rescatables:

- 1- La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud, seguridad y medio ambiente.
- 2- El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas.
- 3- La educación del consumidor
- 4- La libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten
- 5- Estas directrices son aplicables tanto a los bienes y servicios producidos en el país como a los importados.
- 6- Los procedimientos y reglamentos para la protección del consumidor no deben convertirse en barreras injustificadas para el comercio
- 7- Protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Continúa diciendo que su objeto se centra en las relaciones de consumo y la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los

sectores de la economía cuando exista regulación particular en la materia, quedando exentas de su aplicación, los servicios prestados mediante el ejercicio de profesiones liberales.

Si bien en el artículo 3 se hace una enunciación rescatable de derechos y deberes, vale decir que es demasiado desequilibrado pues mientras se enuncian 12 derechos que le corresponden, son únicamente 3 deberes los exigibles. Un artículo como este deja mucho qué pensar sobre la meta de alcanzar el punto de equilibrio en las relaciones de consumo. De todas formas no hay que desconocer que es este un gran avance en la materia.

Frente al tema de las cláusulas abusivas, como se mencionó más arriba en el acápite de su concepto, el proyecto si las define, y además de ello, hace una enunciación exhaustiva¹⁰² de cláusulas abusivas teniéndolas por ineficaces de pleno derecho en caso de ser detectada alguna de ellas, haciendo la salvedad de que aquellas que se presenten y no estén “señaladas” serán anulables.

2.6.2 Jurisprudencia

Siguiendo la corriente quizá de algunos juristas que piensan que las definiciones hay que dejarlas a la jurisprudencia y no a la norma, las Cortes han procedido a definirlas, a delimitar su concepto, el cual puede ser cambiante y alterar en cierta forma la esencia de las cláusulas enunciadas “exhaustivamente”. De todas formas es labor del jurista colombiano hacer la adecuación en pro de la salvaguarda del contrato y de los derechos del consumidor.

En los trabajos de pregrado de los estudiantes de derecho inquietos por estudiar el tema de las cláusulas abusivas, suele encontrarse uno con un trabajo centrado en el

¹⁰² Se hace poco comprensible por qué el legislador colombiano busca siempre limitar los eventos que pueden ser declarados como abusivos. De todas formas, no serán enunciadas pues no son útiles como norma ni como doctrina, serían únicamente un referente que para el caso no es procedente.

sector financiero, con unas listas largas de jurisprudencia de la Corte Constitucional y una más bien breve de la Corte Suprema de Justicia. Sobre la primera, encontramos enunciadas unas cuantas sentencias de Tutela que se pronuncian sobre derechos fundamentales –como es de saberse- frente a la actividad bancaria. La mayoría sobre contratos de mutuo y el UPAC y la UVR¹⁰³.

Algunas de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, más importantes son las siguientes:

- Sentencia de Enero 30 de 2001: Se pronuncia la Corte sobre las condiciones generales del contrato de seguro diciendo:

"Son aquellas disposiciones –de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de

controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora sin dejar espacio para una regla general para su negociación individual".

- Sentencia de 5670 de 2001, en un caso en que una aseguradora es llamada en garantía y ésta en su contrato, contenía una cláusula que obligaba a tramitar un proceso judicial con el fin de probar un derecho que, según la ley, se puede acreditar por vías extrajudiciales.

En la especie, la Corte estableció 3 parámetros para calificar una cláusula como abusiva:

- 1- Que su negociación no haya sido individual
- 2- Que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial
- 3- Que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones de las partes.

¹⁰³ Esto se encuentra en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-468/2003, T-1091/2005, T-626/2005 y T-204/2004.

Agrega el Alto Tribunal, que ha de buscarse en todo momento la continuación del contrato, con miras a proteger al usuario o consumidor, eliminando únicamente la cláusula abusiva impuesta por la aseguradora en virtud de su posición dominante.

2.7 Interpretación de Cláusulas Predispuestas.

*"The Rules must apply equally to both sides"*¹⁰⁴ (Las Reglas deben ser aplicadas equitativamente a ambas partes), esta debe ser la guía de la interpretación de los contratos de consumo, lo que traducen en la supresión del desequilibrio fáctico y contractual existente entre empresarios y consumidores, pues como dice CACORDAIRE, citado por Juan J. BENÍTEZ: *"Entre el fuerte y el débil, la libertad esclaviza y la ley libera"*.

La interpretación contractual, se concibe como la actividad que busca determinar el significado y el sentido jurídicamente relevante de una declaración negocial, ilustrando el valor jurídico de las palabras con que se ha expresado la voluntad de las partes.

Es por ello, que en presencia de cláusulas ambiguas, pesan sobre el intérprete los siguientes deberes:

- Deber negativo de no limitarse al sentido literal de las palabras
- Deber positivo de indagar cuál ha sido la común intención de las partes¹⁰⁵

Se dice también que ante este tipo de cláusulas es necesario proceder con una interpretación objetiva con la regla contra proferentem, es decir, contra el predisponente. Esta regla de interpretación es subsidiaria a la interpretación subjetiva y se convierte en la regla dominante pues no es razonable dedicarse a buscar la común intención de los contratantes, cuando falta la participación del consumidor en la

¹⁰⁴ BENÍTEZ CAORCI, Juan J. *"La Interpretación en los Contratos con Cláusulas Predispuestas"*. Ed. TEMIS. Bogotá. 2003. Pág. 21.

¹⁰⁵ BENÍTEZ CAORCI, Juan J. Op. Cit. Pág. 30.

redacción del contrato. Distinta a la regla de interpretación a favor del consumidor, pues no es viable que la interpretación a favor del consumidor representa una desventaja para el profesional o viceversa.

También encontramos la Interpretación Circunstanciada, la cual se hace tomando en consideración las eventualidades concretas del caso. Con esta regla, se hace un análisis y una comparación entre la finalidad del contrato y su relación con las circunstancias del consumidor, y la relación que hay entre las cláusulas mismas tomadas no como individuales sino como un todo.

Las cláusulas ilegibles, serán inaplicables y mucho menos interpretadas pues adolecen de un vicio material que imposibilita la recta comprensión parcial de la lex contractus.

Se concluye entonces que las reglas de interpretación contractual, para el caso bajo estudio son claras, contra-proferentem, pro consumidor, circunstanciada y la común intención de las partes.

Cerramos entonces el capítulo, con una regla de los Principios de UNIDROIT, sobre interpretación contractual, donde se dice que

“El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”, y agrega que “si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición de las partes, colocadas en las mismas circunstancias”¹⁰⁶. Lo cual demanda una interpretación objetiva en el rol del tercer espectador como lo denomina Adam SMITH¹⁰⁷

¹⁰⁶ Artículo 4.1 Principios UNIDROIT (

¹⁰⁷ SMITH, Adam. Op. Cit. Pág. 68.

3 TELEFONÍA MÓVIL CELULAR

La Telefonía Móvil Celular, es un servicio no domiciliario que en los últimos años ha logrado trascender de tal manera en la esfera social y económica de la vida de los colombianos, logrando reemplazar la tradicional telefonía fija, como lo demuestran las cifras de ingresos percibidos por el sector de telefonía local y telefonía móvil, pues mientras el primero pasó de percibir \$2473 durante el primer semestre de 2008 a \$1653 durante el primer semestre de 2009; la Telefonía Móvil Celular pasó de \$4172 a \$4213, cuya diferencia con relación al primero es evidente¹⁰⁸. (*Cifras en miles de millones de pesos*).

Este, es un servicio a cargo de la nación, el cual es prestado indirectamente a través de concesiones dadas, en principio, a empresas estatales, y es en principio, pues contrario a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 37 de 1993, estas concesiones se han dado a empresas de orden privado, como COMUNICACIÓN CELULAR S.A. del empresario mexicano Carlos SLIM, TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A del grupo empresarial español Telefónica, y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a cargo de Millicom, una empresa Luxemburgués.

Agrega la misma norma, que por tratarse de un servicio de ámbito y cubrimiento nacional, no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales, únicamente del Estado.

La Corte Constitucional ha dicho en la sentencia C-1268 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández, en torno a la TMC, lo siguiente:

*'Tanto la telefonía móvil celular como los servicios de comunicación personal son servicios públicos de telecomunicaciones, **no domiciliarios**, que como tales están sujetos a las regulaciones del*

¹⁰⁸ "Informe Sectorial" En: Estadísticas Móviles [en línea] Disponible en http://colombiadigital.net/images/stories/Informe_sectorial_13.PDF. Citado el 2 de Diciembre de 2010.

artículo 365 de la Constitución, según el cual los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. (..) (negrilla adicionada)".

Se ha vuelto tan importante la Telefonía Móvil Celular en Colombia que el número de llamadas no sólo de celular a celular han incrementado sino también de estas al exterior a través de las redes de la TMC. Los operadores, reconociendo la necesidad de la mejora en la prestación del servicio, ponen disposición del público antenas con capacidad para atender un tráfico mayor, como sucede en los estadios o en los parques, razón por la cual en los eventos tipo "flashmob" el servicio de TMC puede llegar a presentar fallas.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ha bloqueado 1550 dominios de internet, entre estos los relacionados con pornografía infantil, por disposición del Decreto 1524 de 2002.

Para el primer trimestre de 2007, había un total de 28.043.827 de abonados a la Telefonía Móvil Celular en Colombia¹⁰⁹, repartidos de la siguiente manera:

COMCEL: 18'254.767, equivalente a un 65,1% del mercado

MOVISTAR: 7'545.204, equivalente a un 26,9%

TIGO: 2'243.856, equivalente a un 8%.

Por otro lado tenemos que para el segundo trimestre de 2009, la cifra de usuarios abonados en los 3 operadores en Colombia son las siguientes:

COMCEL: 27,10 millones

MOVISTAR: 9,03 millones

TIGO: 4,15 millones.

¹⁰⁹ "Colombia 2009 cerró con 42.025.520 abonados móviles con líneas activas" En: Estadísticas Móviles [en línea] Disponible en <http://estadisticasmoviles.blogspot.com>.

Según informes de la Superintendencia de Industria y Comercio presentados por ASOCE¹¹⁰L, al 31 de Diciembre de 2009, Colombia cerró con un total de 42'025.520 usuarios de TMC, de tal forma que las empresas cerraron así:

COMCEL: 28'870.586 usuarios

MOVISTAR: 8'810.870 usuarios y;

TIGO: 4'190.369 usuarios.

Los informes más recientes, fueron dados por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el segundo trimestre de 2010 y se presentó la siguiente información:

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL: 28'496.932 usuarios

TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. – MOVISTAR: 9'537.552 usuarios

COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP- TIGO: 4'419.875.

Para un total de 42'463.359 de usuarios activos de TMC en Colombia. Lo que refleja la importancia de este sector de telecomunicaciones y su influencia en los consumidores colombianos.

Lo anterior refleja la inmensa cantidad de contratos que con el objeto de obtener la prestación de este servicio se han celebrado en nuestro país lo que refleja que la falla que pueda presentarse en algún contrato de estos, tendrá repercusiones nacionales, en los contratos de los demás usuarios.

3.1 Contrato de TMC

Para definir lo que es el contrato de Telefonía Móvil Celular (En adelante TMC), es necesario definir lo que este servicio es, y para ello es necesario acudir a la Ley 37 de 1993, en su artículo 1 que dice:

¹¹⁰ "Colombia 2009 cerró con 42.025.520 abonados móviles con líneas activas" En: Estadísticas Móviles [en línea] Disponible en <http://estadisticasmoviles.blogspot.com/> Citado el 2 de Diciembre de 2010.

"Servicio Público de Telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de TMC, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal".

Este contrato es de difícil conceptualización, pues es un negocio que trae consigo diferentes modalidades de contratación integradas en uno solo¹¹¹ pues allí no solamente encontramos un contrato por servicio de adquisición de una línea de radiocomunicaciones móviles celular (TMC) dependiendo de la disponibilidad de uso, sino también la adquisición de los aparatos en propiedad, en locación, en leasing o en comodato.

Se observa entonces que este contrato es especial y es diferente. Es un contrato moderno

3.1.1 Estructura y Naturaleza Jurídica:

Participa de las características de la locación o prestación de servicios, que pueden hallarse asociados o no respecto de la aparatología, a locación de cosa, comodato, compraventa de cosa mueble o leasing.

El profesor GHERSI agrega lo siguiente:

"Cuando existe un disímil poder de negociación, el contrato se integra por medio de la estructura de negociación por adhesión", como es el caso de los contratos de Telefonía Móvil Celular.

¹¹¹ GHERSI, Carlos A. *"Contratos Civiles y Comerciales. Empresas. Negocios. Consumidores. Parte General Tomo II"* Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1999. Pág. 408.

El contrato de TMC es bastante particular, pues la oferta consiste en poner a la otra parte un formulario por llenar con los datos personales del usuario, el cual, de entrada, pone de manifiesto la situación económica del interesado, para evaluar su capacidad para cumplir con las obligaciones patrimoniales que puedan surgir. Este formulario, trae una serie de condiciones predispuestas en su costado anterior.

Dicho formulario, trae una suerte de petición por ser aceptada por el usuario (en el caso de los planes post-pago), donde la "oferente" se reserva el derecho de admisión y por tanto, se invierte la relación negocial, pues el usuario pasa a ser el ofertante, limitado a las condiciones del aceptante quien resulta siendo la empresa de TMC, cuya labor se extiende al perfeccionamiento del contrato¹¹².

OBJETO: El objeto del contrato es la Prestación efectiva del servicio de Telefonía Móvil Celular y la adquisición del aparato correspondiente.

CAUSA: La denominada "*causa civilis obligandi*"¹¹³, es de un lado, para el usuario, el acceso a la red de comunicaciones móviles, y del otro lado, para el prestador, la expectativa de lucro.

3.1.1.2 Partes:

Las partes de este contrato son el Operador de TMC y el Suscriptor y/o Usuario.

El Operador de TMC, es la persona que a través de una concesión estatal celebrada ante el Ministerio de Comunicaciones y Tecnología, presta el servicio de Telefonía Móvil Celular, conforme a lo dispuesto por la Ley 37 de 1993, siguiendo los lineamientos del Decreto 0741 de 1993.

¹¹² GHERSI, Carlos A. Op. Cit. Pág. 410.

¹¹³ Ibídem. Pág. 413.

El Suscriptor, es definido en el artículo 7º de la Resolución 1732 de 2007, como la persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones.

De otro lado, y para diferenciarles, la misma normatividad ha definido al Usuario de la siguiente manera:

Usuario: persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. Es el beneficiario de la relación. Luego tenemos 2 situaciones, en la primera, suscriptor y usuario son dos personas diferentes, y en la segunda el suscriptor y el usuario son la misma persona. De todas formas, siendo la primera hipótesis o la segunda, ambas calidades gozan de la protección consumerista en materia de TMC.

3.1.2 Características

Este es un contrato que presenta las siguientes características¹¹⁴:

- **Bilateral**: Es efectuado entre dos partes, en ocasiones tres si hay una aseguradora de por medio.
- **Consensual**: Esto se pondría en duda si reconocemos que es un contrato por adhesión, donde como se expuso más arriba no es la consensualidad o el consentimiento lo que lleva a la ejecución y perfeccionamiento del contrato sino la necesidad. Consensual en tanto que las partes se ponen de acuerdo, una para adherir a las condiciones y acceder al servicio y la otra para prestarlo.
- **Oneroso**: El servicio no es prestado gratuitamente, pues para obtenerlo hay que cancelar una mensualidad a la empresa que presta el servicio.

¹¹⁴ GHERSI, Carlos. Op. Cit. Pág. 412.

- **No formal:** No es solemne. No hay ley que demande la celebración del contrato por escrito, pero la costumbre comercial ha llevado a que esto sea necesario. No es solemne pero requiere de su constancia por escrito.
- **Conmutativo:** trae ventajas y desventajas para ambas partes, las cuales son claras.
- **Tracto sucesivo:** Curiosamente, esto implicaría inicialmente que una vez prestado el servicio éste sea cancelado, pero las facturas indican lo contrario, se cancela el servicio para que éste pueda ser prestado.
- **De Adhesión:** Como ya se expuso, la empresa, dada su superioridad tecnológica, organizativa y económica tiene gran poder de imposición.

3.2 Normatividad Colombiana

La norma rectora de este servicio en Colombia, teniendo en cuenta sus características técnicas y comerciales, es la Ley 37 de 1993, en la cual se define el servicio de TMC tal y como se expuso más arriba. Desprende de ella el Decreto 0741 de 1993, "Por el cual se reglamenta la Telefonía Móvil Celular", definiendo allí el servicio de la misma forma en que lo hace el artículo primero de la norma base, y agrega otras definiciones como la del artículo 9 que dice:

"Artículo 9: Definición de operador para efectos de la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular: Se entiende por operador para efectos de la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, la persona jurídica, pública o privada que sea responsable de la gestión del servicio de TMC en virtud de la concesión otorgada conforme a la ley 37 de 1993, las normas que la complementen o modifiquen el presente reglamento".

El Decreto 1900 de 1990, clasifica este servicio como un teleservicio, pues a la luz del artículo 28, los teleservicios son *"aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad*

completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil-celular, la telegrafía y el télex".

Entre las Resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sobre sale la RES. 1040 de 2004, a través de la cual se modifica el título VII de la RES. CRT. 087 de 1997 de la CRT en la que se estipulan los Derechos y Deberes de los usuarios de Telecomunicaciones, así como algunos particulares relacionados con los contratos.

La Resolución 1732 de 2007, es la encargada de establecer los derechos y deberes de las partes así como algunas limitantes a los contratos y condiciones bajo las cuales estos se deben celebrar y redactar.

4. ESTUDIO DEL CASO EN BUCARAMANGA: 2009 – 2010

"En el ayer que me tocó, la gente era ingenua, creía que una mercadería era buena porque así lo afirmaba y lo repetía su propio fabricante".

-Jorge Luis BORGES¹¹⁵

Quizá en la situación ilustrada por BORGES sea viable incluir al consumidor colombiano, bien sea por ingenuidad, ignorancia, falta de educación, impericia, imprudencia, pereza, confianza o afán. Lo preocupante es que sea el comerciante quien saque ventaja de ello.

Sin querer llegar a los terrenos de los sociólogos, es notorio que la sociedad colombiana se caracteriza por ser un conglomerado confiado, que lee poco pero que espera mucho. Estamos en una era en la que todos queremos hacer valer nuestros derechos pero que olvidamos muy a menudo los deberes que nos corresponden. Es por ello que nos vemos frecuentemente envueltos en conflictos simples pero gravosos.

Con este panorama, es de esperarse que al momento de celebrar un contrato el consumidor colombiano no suela tomarse la molestia de revisar algo de las condiciones que le han impuesto, ya sea por falta de tiempo o porque simplemente confía en la empresa. Esto no es problema. El inconveniente es que pregunta poco acerca del servicio que desea adquirir, o quizá pregunta lo financieramente necesario.

Ante unos clausulados tan extensos, con unos caracteres que agotan la vista muy rápidamente, es difícil pretender que incluso el consumidor más astuto, más listo y más rápido logre leerlos antes de firmar el formulario que los contiene, y por más deseo que tenga, es poco probable que destine parte de su tiempo libre a leer la serie de contratos que haya celebrado en el mes o en la semana.

¹¹⁵ ALONSO, Luis Enrique. Op. Cit. Pag. 1.

Por esta razón, el legislador, en tanto que representante del pueblo, se ha apropiado de la labor de regular a través de la norma, la actividad del profesional de pre-redacción y establecimiento de condiciones generales o cláusulas particulares en determinados sectores comerciales.

Es por ello, que encontramos que a partir de un solo modelo de contrato, una empresa puede celebrar miles de ellos año tras año, ahorrar costos y evitar situaciones que le resulten desfavorables. Y es justamente por ese deseo de maximizar sus beneficios y disminuir los eventos perjudiciales, que surgió el debate de la posible existencia de cláusulas abusivas en los contratos de consumo, en el caso en concreto, el sector de la prestación del servicio de TMC, Telefonía Móvil Celular.

Como ya se expuso en el capítulo anterior, en Colombia son 3 las empresas encargadas de prestar este servicio no domiciliario: Comunicación Celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A. E.S.P.

A continuación, y con el fin de analizar jurídicamente a la luz de los derechos de los consumidores, sin desconocer sus deberes, se presentará el estudio hecho sobre los contratos que a diario celebran cientos de colombianos para obtener un servicio de TMC en planes post-pago.

Para ello, es necesario como primera medida, revisar cuál es el estado de la normatividad colombiana en la materia.

4.1 Normatividad colombiana de protección a los usuarios de TMC.

Como norma base del servicio de TMC en nuestro país, encontramos la Ley 37 de 1993 *"Por la cual se regula la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones"*.

En ella se define lo que es el servicio de TMC, expuesto en el capítulo 4 y se estipula que si bien es un servicio no domiciliario a cargo de la nación, esta lo podrá prestar indirectamente a través de concesiones, que en nuestro caso fueron concedidas a una empresa dirigida por el grupo económico más grande de Latinoamérica en el sector de las telecomunicaciones, y a dos de los grupos más fuertes actualmente en la materia a nivel mundial como lo son Telefónica y Millicom. Estos últimos de origen europeo y sujetos a las Directivas Europeas en materia de Derechos del Consumidor en sus países de origen.

La razón por la cual el trabajo se centra en los contratos celebrados con los operadores que funcionan a través de las marcas COMCEL, TIGO y MOVISTAR, radica en la masividad de su servicio y la característica técnica del mismo, es decir, actualmente en Colombia encontramos 4 operadores de Telefonía Celular que ofrecen planes post-pago¹¹⁶, donde el 4to operador es AVANTEL, quien si bien presta el servicio de TC, lo hace en modalidad satelital y centrando su mercado en corporaciones y conglomerados jurídicos, lo cual se aleja del propósito de este trabajo.

Para su reglamentación, el ejecutivo expidió el Decreto 0741 de 1993 *"Por el cual se reglamenta la Telefonía Móvil Celular"*. En esta norma, además de retroalimentar, por así llamarlo, la definición de TMC, en su artículo 9 se define quién es operador para efectos de la prestación de este servicio, de la siguiente manera:

"Se entiende por operador para efectos de la prestación del servicio de TMC, la persona jurídica, pública o privada que sea responsable de la gestión del servicio de TMC en virtud de la concesión otorgada conforme a la Ley 37 de 1993, las normas que la complementen o modifiquen y el presente reglamento".

Igualmente, el consumidor de este servicio, cuenta con su propio reglamento, redactado a través de la Resolución 1732 de 2007, en la cual, además de las enunciadas, se

¹¹⁶ UFF es una marca de reciente data que presta el servicio de Telefonía Móvil Celular únicamente en prepago y es operado técnicamente por Comunicación Celular S.A.

establecen una serie de cláusulas prohibidas, las cuales se describen de la siguiente manera:

Artículo 12: *Cláusulas Prohibidas*: En los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones no pueden incluirse cláusulas que:

12.1 Excluyan o limiten la responsabilidad que corresponde a los operadores para la prestación del servicio de acuerdo con el título habilitante, el régimen jurídico aplicable al servicio y, en especial, el régimen de protección de los derechos de los suscriptores y/o usuarios de los servicios de Telecomunicaciones.

12.2 Den a los operadores la facultad de terminar unilateralmente el contrato, por razones distintas al incumplimiento de las obligaciones del suscriptor, el caso fortuito, la fuerza mayor y las demás que establezca la ley.

12.3 impongan al suscriptor una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato o la ley le conceden.

12.4 confieran al operador plazos que excedan los previstos en la ley y en la regulación para el cumplimiento de alguna de sus obligaciones.

12.5 presuman cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, salvo que:

a) se dé al suscriptor o usuario un plazo mínimo de treinta (30) días calendario para manifestarse en forma explícita, contados a partir del recibo de la comunicación mediante la que se hace el ofrecimiento, y

b) en el mismo escrito, el operador haga saber al suscriptor o usuario las consecuencias que se derivarán de su silencio, una vez venza el plazo otorgado.

12.6 Limiten el derecho del suscriptor a solicitar la terminación del contrato, o indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento total o grave del operador.

12.7 permitan al operador, en el evento de terminación unilateral y anticipada del contrato por parte del suscriptor, exigir de este una compensación no establecida previamente en el contrato.

12.8 obliguen al suscriptor a dar preaviso superior al establecido por la regulación para la terminación del contrato.

12.9 Limiten los derechos y deberes derivados del régimen de protección de los derechos de los usuarios y/o suscriptores de servicios de telecomunicaciones, del contrato y de la ley.

Nuevamente surge la duda, ¿su enunciación es para un control ex ante o ex post? Dado el asunto que se analiza, y en vista de que una de las obligaciones del se deduce que es para un control ex ante pues no establece en forma inmediata su sanción y se complementa con lo dispuesto por el artículo 11 de la mentada resolución:

"Artículo 11. Registro del contrato de prestación del servicio. Los operadores de servicios de telecomunicaciones deben registrar en la CRT los formatos de los contratos de prestación de servicios que adopten, a través de los medios establecidos para el reporte de dicha información."

4.2 Formas de Contratación y clausulado en la prestación del servicio de TMC por las Empresas COMUNICACIÓN CELULAR S.A., TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

Los contratos analizados, se celebraron bajo la forma de contrato de prestación de servicios de TMC en plan post-pago con cláusula de permanencia mínima, para persona natural, durante el segundo semestre de 2009, con los operadores Comunicación Celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A.E.S.P.

Se trata de contratos de adhesión, pues el suscriptor no tiene derecho a discutir alguna cláusula del contrato y si desea beneficiarse con la prestación del servicio, no tiene más opciones que acceder y firmar, asentar mas no consentir. Es un contrato predispuesto, pues las cláusulas, por tratarse de un contrato de adhesión, vienen prerredactadas por parte del operador. Estos contratos, según informaron las principales agencias de los operadores en cuestión ubicadas en la ciudad de Bucaramanga, no fueron modificados durante los años 2008, 2009 y 2010 y su clausulado es el mismo para todos los contratos que se celebren bajo las características mencionadas en el territorio nacional, por tanto, los contratos que se celebran en Bucaramanga, contienen las mismas cláusulas del contrato tipo usado en las demás regiones de Colombia.

A continuación se presentan los cuadros que son resultado del análisis y el cotejo que se efectuó entre la norma reglamentaria del servicio de Telefonía Móvil Celular, el Manual del Usuario de Telecomunicaciones y la Resolución 1732 de 2007 y los contratos de prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular para persona natural, con cláusula de permanencia mínima de las empresas Comunicación Celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A.E.S.P.

En el cuadro se relaciona la cláusula o la condición normativa para el contrato, se presenta si cumple o no cumple con dicha condicionante y en qué cláusula se evidencia el cumplimiento, en la forma en que la cláusula viene enumerada en cada uno de los contratos.

4.2.1 CONDICIONES NORMATIVAS - RESOLUCIÓN CRT 087 DE 1997, HASTA LA RESOLUCIÓN CRT 1040 DE 2004 – MANUAL DEL USUARIO DE TELECOMUNICACIONES

CONDICIONES NORMATIVAS Resolución CRT 087 de 1997 (Actualizada Hasta la Resolución CRT 1040 del 9 de julio de 2004)	COMCEL			MOVISTAR			tigo		
	SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA
Descripción del Área de Cubrimiento		X			X			X	
Causales de terminación del contrato por cada una de las partes	✓		Octava	✓		Sexta	✓		Once
Causales de suspensión del servicio	✓		Novena	✓		Sexta	✓		Diez
Sobre costos por roaming si aplica	✓		Cuarta	✓		Primera	✓		Seis
Servicios que no generan costo para el suscriptor		X			X		✓		Siete
Demás condiciones relativas a la prestación del servicio	✓		Tercera y Trigésimo Quinta	✓		Tercera	✓		Diez

4.2.1.1 Análisis de las Condiciones Normativas del cuadro 4.2.1

Las Condiciones Normativas del cuadro 5.2.1 se estudian con relación a los contratos de Telefonía Móvil Celular en planes post-pago para persona natural celebrados durante el periodo 2009-2010 en Bucaramanga.

- Descripción del Área de Cubrimiento: Con relación a esta condición, se observa que ninguno de los tres operadores hace una descripción exacta del área dentro de la cual se encontrarán funcionando. La compañía que funciona bajo la marca TIGO, al presentar el objeto del contrato en el numeral 2, hace mención de los números de los contratos de concesión bajo los cuales se encuentra legalmente actuando. Menciona que la prestación de los servicios PCS, cubre las tres zonas de concesión en los contratos identificados. Sin embargo, esto no llena el requisito pues la norma claramente dice: "DESCRIPCIÓN", mas no "INFERENCIA DE" lo cual es abiertamente opuesto a lo redactado por el operador. Incluso, si con esto ellos pretendiesen llenar este requisito, sería imposible, pues se parte del hecho que el suscriptor y el usuario no conocen el contenido de los contratos de concesión como para identificar las zonas dentro de las cuales le será prestado el servicio.

Comunicación Celular S.A. y Telefónica Móviles Colombia S.A. tampoco hacen mención (y mucho menos inferencia) de las zonas de cubrimiento de la prestación del servicio, lo cual refleja de entrada un incumplimiento que afecta en gran medida al consumidor, pues fácilmente se puede dar la situación en la que el usuario se encuentra en una zona determinada en la que casualmente su operador no tiene cubrimiento, y confiando lo contrario, él se equipa de su teléfono móvil a la espera de poderse comunicar en tal área, para luego llevarse la no grata sorpresa de que el plan por el cual está pagando un valor fijo mensual no puede ser usado en su totalidad porque dicha zona no es de cubrimiento por parte de su operador.

- Causales de terminación del contrato por cada una de las partes: Este requisito al igual que las causales de suspensión del servicio y la mención de la causación de los sobre costos por servicio de roaming, se encuentran claramente redactados en el contrato. No obstante, estas condiciones contractuales pueden ser redactadas en forma más clara y fácilmente visible por parte del suscriptor y del usuario para un claro entendimiento y para evitarle dificultades al momento de hacer la lectura del clausulado.
- Servicios que no generan costo para el suscriptor: Ni COMCEL ni MOVISTAR presentan en sus condiciones contractuales aquellos servicios que por su uso no generan costo alguno para el suscriptor, únicamente se observan aquellos que generan recarga mas no los gratuitos. Su importancia radica en que la misma norma menciona que deben haber números (como el famoso *611 o los 018000 o el 123) que no causen un aumento en el pago del valor fijo mensual por concepto del servicio prestado.

Por su parte, y contrario a lo anterior, Colombia Móvil S.A.E.S.P. en su numeral 7 denominado "Obligaciones de Colombia Móvil" redacta expresamente en el punto (v) las llamadas gratuitas para los suscriptores como lo son los números de emergencia y las consecuencias por hacer su uso para situaciones falsas.

- Demás Condiciones relativas a la prestación del servicio: Este referente normativo es cumplido a cabalidad por los 3 operadores, pues sus descripciones técnicas referentes al servicio por prestar (redes, tipo de telefonía, etc.) se encuentran estipuladas en los respectivos contratos.

4.2.2 CONDICIONES NORMATIVAS - RESOLUCIÓN 1732 DE 2007 – CONDICIONES EN LA REDACCIÓN DEL CLAUSULADO

CONDICIONES NORMATIVAS										
Resolución 1732 de 2007		SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA
Art. 8: 8.1 (...) Indicar las condiciones económicas, técnicas, jurídicas y comerciales que rigen el suministro y uso del servicio		✓		Décima y Décimo Sexta	✓		Segunda y Cuarta	✓		Dos y Cuatro
Plazo Max y condiciones para el inicio de la provisión del servicio		✓		Segunda	✓		Décima Novena	✓		Introducción del contrato
Obligaciones del suscriptor y/o usuario		✓		Décima Primera	✓		Quinta	✓		Seis
Obligaciones de Operador		✓		Segunda	✓		Quinta	✓		Siete
Derechos de los suscriptores y/o usuarios en relación con el servicio contratado		✓		Segunda, Quinta, Sexta y Séptima.	✓		Quinta	✓		Cuatro
Derechos del Operador en relación con el servicio contratado		✓		Tercera, Sexta, Octava, Novena, Décimo Segunda, Vigésima octava.	✓		Quinta	✓		Cinco
Condiciones para el cambio de plan		✓		Décima Sexta		X		✓		Nueve
Causales y Condiciones para la suspensión y procedimiento por		✓		Novena	✓		Sexta	✓		Diez

seguir										
Causales y Condiciones para la terminación y procedimiento por seguir	✓		Octava	✓		Sexta	✓		Ocho	
Causales de incumplimiento del suscriptor y/o usuario	✓		Octava	✓		Sexta	✓		Once	
Causales de incumplimiento del operador	✓		Segunda	✓		Quinta	✓		Tres	
Consecuencias del incumplimiento de cada una de las partes	✓		Segunda, Octava	✓		Sexta, Quinta	✓		Once, Tres	
Tramite de peticiones, quejas y recursos.	✓		Vigésima Tercera	✓		Séptima	✓		Quince	
Condiciones para la cesión del contrato	✓		Décima Cuarta	✓		Décima Cuarta	✓		Doce	
Art.16: Condiciones para el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima, valores por pagar por la terminación anticipada y prorrogas automáticas. Aceptación escrita del suscriptor extendida en documento aparte. <i>No puede ser superior a un año el monto de los valores por pagar por terminación anticipada no podrá ser mayor al saldo de la financiación o subsidio del cargo por reconexión de equipos</i>	✓		Cláusula de Permanencia Mínima	✓		Cláusula de Permanencia Mínima	✓		Cláusula de Permanencia Mínima	
Art. 17: Redacción clara y expresa de cláusulas de permanencia mínima, el operador de be incluir en un anexo independiente del	✓		Cláusula de Permanencia Mínima	✓		Cláusula de Permanencia Mínima	✓		Cláusula de Permanencia Mínima	

contrato, con una letra de tamaño no inferior a 5mm y en un color diferente al del contrato las siguiente estipulación cuando a ello haya lugar:

El presente contrato incluye cláusulas de permanencia mínima de ____ meses, prórroga automática y/o valores a pagar por terminación anticipada. Una vez hayan sido aceptadas expresamente por el suscriptor, lo vinculan de acuerdo con las condiciones previstas en el presente contrato”.

Art. 44: En las condiciones del contrato de prestación de servicios se debe definir el período de facturación, el cual, en ningún caso puede ser superior a dos (2) meses.	✓		Décimo Primera	✓		Objeto		X	
---	---	--	----------------	---	--	--------	--	---	--

4.2.2.1. Análisis de las Condiciones Normativas de la Resolución 1732 de 2007 - Condiciones en la Redacción del Clausulado.

Dentro del artículo 8, encontramos el numeral 8.1 de la Resolución 1732 de 2007 en la que se ordena lo siguiente:

"Indicar las condiciones económicas, técnicas, jurídicas y comerciales que rigen el suministro y uso del servicio".

En las jurídicas, encontramos desarrolladas las siguientes que la norma exige:

- Plazo Máximo y condiciones para el inicio de la provisión del servicio: Los contratos revisados efectivamente tienen estipulado al inicio del contrato (TIGO y COMCEL) y al final de él (MOVISTAR) el término dentro del cual comienza la prestación del servicio y las consecuencias en caso de que habiendo sido aceptada la solicitud del usuario y habiendo cancelado la suma debida, la provisión del servicio no haya sido iniciado correctamente y bajo los parámetros del contrato, los cuales siguiendo lo estipulado por la norma, no superan los 15 días calendario.
- Obligaciones del Suscriptor y/o Usuario: Si bien esta condición normativa se cumple por los 3 operadores aquí estudiados, vale la pena resaltar el trabajo realizado por Colombia Móvil S.A.E.S.P el cual destina un numeral de su contrato a la descripción y enumeración detallada de las obligaciones del suscriptor y/o Usuario, contrario a lo hecho por Telefónica Móviles Colombia S.A., quien mezcla los Derechos y las Obligaciones de las partes en un mismo numeral lo que dificulta la lectura del suscriptor y la consiguiente distinción entre obligaciones y derechos tanto de él como del operador. Por su parte, Comunicación Celular S.A. tiene las obligaciones del suscriptor distribuidas en numerales separados, lo que confunde al suscriptor y/o usuario al tratar de distinguir cuales son las imposiciones del operador, cuales sus obligaciones en función del servicio y

cuales las cargas del operador que en algún momento se podrían ver como obligación del usuario; por ende, es confusa la labor de COMCEL en este aspecto.

Entonces, encontramos que vulnera los Derechos de los Consumidores la redacción del clausulado en esta forma, pues es difícil que el suscriptor identifique sus derechos cuando estos se encuentran redactados sutilmente en cláusulas que revisten cuestiones técnicas del servicio o en aquellas de carácter meramente comercial; la falta de organización en este aspecto (y como se verá más adelante en la estipulación de las cargas de las partes) genera confusión y entorpece la garantía de los derechos de los consumidores.

- Obligaciones de operador: En este punto sucede lo mismo que se describió en el ítem anterior. En el caso de COMCEL, valga decir que en la cláusula SEGUNDA, si bien se mencionan de entrada las obligaciones que surgen para la compañía, continúa su redacción con un párrafo que viene a establecer una obligación a cargo del suscriptor, luego se encuentra confusa la estipulación de una cláusula que al momento de leerla no se tiene claro si se refiere a las cargas del operador o aquellas del usuario particularmente.
- Derechos de los suscriptores y/o Usuarios y del Operador en relación con el servicio contratado: Sobre este aspecto, valga decir que el contrato de MOVISTAR resulta confuso y pesado para la lectura del suscriptor, pues mezcla en el numeral Quinto las Obligaciones y los Derechos de las partes. Si bien estas obligaciones y estos derechos se encuentran definidos en forma separada dentro del mismo numeral, esto no deja de hacer tediosa su lectura y estudio, pues si la norma insiste en estudiar cada una de estas condiciones en forma separada, es porque para el suscriptor y/o usuario resulta mejor su lectura de manera independiente. Por lo tanto, resulta vulnerador de los Derechos de los Usuarios,

la no identificación por separado de los Derechos que tiene el suscriptor y las obligaciones que sobre este pesan así como los derechos que recaen en cabeza de la compañía y sus respectivas obligaciones.

En lo atinente a los Derechos de las partes, COMCEL realiza la misma operación que con la redacción de las obligaciones de las partes, incluyéndolas en varias cláusulas en la extensión del contrato, particularmente en aquellas dirigidas a las condiciones técnicas de prestación del servicio.

La claridad e independencia de los puntos mencionados es muy importante, pues al pactar relaciones contractuales que involucren a un consumidor, es necesario dejar establecidos claramente los derechos y los deberes que a cada parte pertenecen para mantener en equilibrio la ecuación contractual de dicha relación, pues al alterarla se abren puertas al abuso por parte de la compañía y a la confusión del suscriptor, que se traduce en desconocimiento de las herramientas a su favor, lo que sería igual a no establecer derechos a favor del usuario y obligaciones a cargo del proveedor y dejarlo enteramente al arbitrio de la compañía, caso en el cual concluiríamos que es mejor no redactar cláusulas y dejar las facultades del suscriptor a la discreción del operador. ¿Acaso no es suficiente el derecho auto-conferido de pre-redacción de condiciones contractuales?

TIGO es el más organizado de los 3 pues tiene estipulados en numerales independientes los derechos y las obligaciones tanto del operador como del suscriptor y/o usuario, permitiendo una lectura clara, pausada y comprensible.

La forma de la redacción de las condiciones contractuales es importante en el consumidor pues de ella depende la actitud y la disposición del suscriptor al buscar las herramientas que brinden una garantía de sus derechos. Es necesario facilitar al suscriptor el conocimiento de sus derechos, de sus obligaciones y de aquellos del operador, sin dar lugar a la duda, para que posteriormente cuando se presenten

comportamientos radicales o poco ocasionales en el operador, el suscriptor pueda calificarlos objetivamente según lo inicialmente pactado y sepa cómo actuar ante tal situación.

- Condiciones para el cambio de plan: Tanto COMCEL como TIGO, estipulan en una cláusula aparte (más organizado TIGO que COMCEL, pues éste último lo mezcla en la cláusula de los Planes de Servicio) las condiciones para el cambio de plan sin problema o dificultad alguna. Sin embargo, MOVISTAR no tiene un numeral en el que clara y expresamente se hable del cambio de plan; hace mención de la modificación del plan tarifario y la forma en que procedería por parte del operador, es decir, se hace mención de alguna modificación de carácter económico al plan que se encuentre en vigencia en ese momento y su procedimiento mas no de la situación en que el suscriptor desee cambiar el plan que ha suscrito y mucho menos de alguna condición que infiera esto.

Por tanto, Telefónica Móviles Colombia S.A. no ofrece dicha posibilidad a los suscriptores y/o usuarios, coartando su derecho a efectuarlo, lo que si bien no se constituye en una cláusula abusiva pues no se encuentra redactada, si redundante en una práctica abusiva pues se trata de una omisión frente a un derecho que se debe conceder por norma al suscriptor.

- Causales y condiciones para la suspensión y terminación del plan: Los operadores Comunicación Celular S.A. y Colombia Móvil S.A.E.S.P tienen en cláusulas aparte las condiciones bajo las cuales es procedente la suspensión y terminación del servicio por parte del operador y del suscriptor y/o usuario. Son claras y no presentan algún inconveniente. Por su parte, Telefónica Móviles Colombia S.A. aún cuando los tiene presente en el contrato, no lo hace en forma separada y particular que permita una clara interpretación de las condiciones bajo las cuales estas figuras proceden.

- Causales y consecuencias del incumplimiento de cada una de las partes: En el cuadro 5.2.2.2 se observa que al hablar de esta condición normativa, se encuentra que el requisito ha sido cumplido a cabalidad. Pues bien, haciendo una lectura detallada y minuciosa, se tendrá como resultado que si hay causales y subsecuentes consecuencias del incumplimiento de las obligaciones tanto del operador como del suscriptor. No obstante, cuando la norma le establece este requisito como condición normativa, se deduce que su estipulación debe ser clara, explícita e independiente, es decir, cada operador en su contrato debe exponer una cláusula denominada: Causales y consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del operador y de la misma forma con aquellas del suscriptor mas no dejarlas extendidas en todo el contrato.

Ello, con el fin de facilitar al usuario y/o suscriptor la lectura y comprensión del contrato, pues es más que suficiente el hecho de que sea el mismo operador quien pre-redacte el contrato, quien establezca con anterioridad cláusulas de adhesión que no pueden ser discutidas por el suscriptor y que gozan de un alto nivel de tecnicidad no sólo en el aspecto de la prestación del servicio sino también en el jurídico, para que el operador redacte todas sus condiciones en forma confusa y hasta dispersa, distrayendo la atención del suscriptor a los criterios que a la compañía interesan.

- Trámite de Peticiones, quejas y recursos: Sobre este asunto no hay discusión ni observación alguna, pues es bastante clara cada una de las cláusulas redactadas al respecto. Aunque, no se niega que en este punto los operadores, en el contrato, deberían hacer una remisión a la página web, que es el lugar donde se consigue mayor información sobre el trámite de peticiones, quejas y recursos particularmente en lo concerniente a las entidades que ejercen control y vigilancia sobre la prestación de este servicio, y en consecuencia, ante las cuales proceden dichos recursos.

- Condiciones para la cesión del contrato: El literal p del artículo 10 de la Resolución 1732 de 2007 dispone que se debe incluir en el contrato las condiciones para la cesión, y más adelante, agrega en su artículo 71 aquellas condiciones bajo las cuales es procedente esta figura pero por parte del operador, es decir, la norma no concibe dentro de sus supuestos normativos la cesión del contrato por parte del suscriptor. Esto es abusivo desde la misma normatividad.

Según lo anterior, podría concluirse que, si esto lo estipula la Resolución 1732 de 2007, máxima normatividad en lo atinente al contenido contractual del servicio de Telecomunicaciones, lo mínimo es que los operadores de Telefonía Móvil Celular en Colombia se muevan en función de lo dispuesto en los artículos 10 y 71.

El estudio detallado de los contratos nos permite dar una respuesta doble: si y no. Si, pues MOVISTAR y TIGO, únicamente plantean la cesión de sus contratos por parte del operador, caso en el cual, el suscriptor debe informar al operador con antelación y presentar la persona a la cual se le cede el contrato y atenerse a la discreción del operador quien decidirá si acepta o no la cesión. Una práctica abusiva que sin duda alguna desconoce el derecho del suscriptor a que si llegado el caso el operador debe ceder el contrato a otra compañía, él también tiene derecho a elegir y aceptar o no la cesión.

No, pues COMCEL efectivamente plantea dentro de su clausulado, la posibilidad no sólo de que el suscriptor ceda el contrato bajo la discreción del operador, sino también aquella en que llegado el caso el operador se vea bajo la necesidad de ceder el contrato, el suscriptor será informado de dicha operación. Sin embargo, a veces ir más lejos de lo que la norma prescribe, puede resultar un poco espinoso o de tanto cuidado que a veces se pasa por alto.

En su cláusula Décima Cuarta, denominada cesión del contrato, se establece una serie de Parágrafos, en uno de los cuales, el Tercero se estipula lo siguiente:

"El suscriptor reconoce y acepta que COMCEL podrá ceder el presente Contrato a otro operador de Telefonía Móvil Celular debidamente habilitado y para tales efectos, simplemente deberá informar de tal cesión a EL SUSCRIPTOR por cualquier medio idóneo para ello". (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Nótese entonces el desequilibrio de la cláusula. Recordemos que en el capítulo 2 se presentó un ítem en el cual se mencionaban las características de las cláusulas abusivas, de las cuales encontramos un par de ellas encajando muy cómodamente en este párrafo.

1. Analizar el balance de poder de negociación, pues hay una parte que concentra uno de los polos de negociación del que carece el otro.

En el contrato examinado, se tiene que por tratarse de contratos pre-redactados uniformemente y por estar en presencia de contratos de adhesión en el que el suscriptor no tiene forma de discutir alguna condición contractual, hay una parte que está concentrando el poder de negociación. Esto es evidente no sólo en la forma general del contrato sino en el párrafo mismo pues no pareciese suficiente con que las condiciones hayan sido establecidas unilateralmente por el operador sino que además de ello, le dice al suscriptor que en caso de hacer algún movimiento que le afecte a él, lo único que podrá hacer es recibir la información que de dicha operación se le haga. Realmente coarta el actuar del suscriptor, de lo que se deduce que la única salida posible de este es aceptar o retirarse (esto si se cumplen las condiciones del operador).

Volvemos a la situación inicial, cuando el suscriptor va a firmar el contrato tiene dos opciones, asentar-aceptar o rechazar y no recibir servicio. Válido teniendo en cuenta que COMCEL no puede sentarse a discutir cláusula por cláusula y acomodarla según le

parezca a cada usuario, es totalmente válido, pero hasta qué punto la economía de la contratación masiva puede extenderse a las facultades que deben otorgarse al suscriptor. ¿Dónde quedan entonces las obligaciones del Operador mencionadas en otros numerales o los derechos del suscriptor de otras cláusulas?

2. Estar en presencia de debilidad jurídica.

Estamos en presencia de debilidad jurídica, pues nos encontramos ante un suscriptor o un usuario que no cuenta con una norma que le proteja ante una situación tal. Estamos ante un usuario cuya única protección es la Resolución 1732 de 2007 que ni siquiera plantea esta hipótesis, que no concibe el derecho del usuario de pronunciarse en forma diferente a la aceptación o el rechazo ante la cesión del contrato del cual se está beneficiando y por el cual está pagando un cargo fijo mensual. Un usuario desprotegido que evidentemente es débil jurídicamente, no hay norma que brinde una protección taxativa ante esta situación y la única que hay no lo hace.

3. Ello importa un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor, y los deberes y cargas del profesional, en perjuicio del primero.

Hay desequilibrio en las cargas, pues al conceder la cesión, COMCEL estipula claramente que el suscriptor no puede ceder el contrato sin la autorización previa, expresa y escrita del operador quien se reserva el derecho de estudiar al cesionario. Además de ello el suscriptor debe estar a paz y salvo con el operador para poder realizar esta cesión y que si llegado el caso el suscriptor cede el contrato sin haber cumplido alguno de estos requisitos, el operador podrá dar por terminado el contrato automáticamente.

En cambio, si el operador va a ceder el contrato, el suscriptor no puede actuar y se debe limitar a recibir la comunicación del operador o (como se deduce) dar por terminado el contrato porque no se encuentra de acuerdo con alguna de las modificaciones que le hacen. ¿Cómo hablar de equilibrio entre las partes, razón máxima

del Derecho del Consumo, cuando al usuario se le estipula una serie de obligaciones que no encuentran contrapartida en el operador?

4. También es abusiva aquella cláusula que tenga por efecto dejar creer al consumidor que ésta le priva de algunos derechos.

Este es el caso en cuestión, pues el operador al estipular que en caso que se presente la cesión del prestador del servicio, el suscriptor únicamente recibirá la comunicación donde se le indique dicha situación privándole de manifestar su rechazo y demandar su consecuente indemnización o su voluntad de elegir otro operador distinto al designado por el cedente.

La cláusula en estudio, hace creer a quien la lee, que el operador es quien goza del derecho de decidir arbitrariamente a quién puede ceder el contrato el suscriptor en caso de que éste lo necesite, y a quién cede el contrato el mismo operador en caso de suceder. Luego en el entendido de esta cláusula, se trata de concentrar en el operador su derecho a decidir si acepta o no al nuevo suscriptor (en caso en que sea éste quien ceda) y el derecho del suscriptor de decidir si acepta o no al nuevo operador.

No es posible pues, hablar de equilibrio en esta cláusula cuando el suscriptor no tiene el derecho de seleccionar el operador con el cual desea continuar, o de demandar las razones por las cuales procede la cesión, si está de acuerdo o no y en caso de no estar de acuerdo, pedir una indemnización por terminación anticipada del contrato en contra de la voluntad del usuario (a quien por cierto, en caso de terminación anticipada en la estipulación de cláusula de permanencia mínima, si se le condena a pagar una suma para indemnizar al operador sin importar las razones que hayan llevado al usuario a la toma de tal decisión).

Como corolario de lo anterior, tenemos entonces que esta cláusula que concentra el derecho del operador y el derecho del suscriptor en cabeza del primero sin brindar una contrapartida al aquel último y sin reconocer el derecho que por contera pertenece, es efectivamente abusiva.

- Condiciones para el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima, valores por pagar por la terminación anticipada y prorrogas automáticas. Aceptación escrita del suscriptor extendida en documento aparte. Redacción clara y expresa de cláusulas de permanencia mínima, el operador debe incluir en un anexo independiente del contrato, con una letra de tamaño no inferior a 5mm y en un color diferente al del contrato la mentada estipulación:

En este punto no hay discusión alguna, pues claramente (y es punto de cuidado para los operadores) se evidencia en el anexo del contrato la cláusula de permanencia mínima redactada en forma clara y con una letra de 5mm de alto con la cual no puede pasar por alto y en una hoja de color distinto al del contrato que le hace llamativa al suscriptor lo que da la certeza al operador de que es leída desde el momento mismo en que el contrato se firma, a lo que se anexa que esta hoja aparte, contentiva de esta cláusula, lleva la firma de aceptación del suscriptor.

- En las condiciones del contrato de prestación de servicios se debe definir el periodo de facturación, el cual, en ningún caso puede ser superior a dos (2) meses:

Tanto COMCEL como MOVISTAR, disponen en sus contratos este término que otorga la norma, es decir, estipulan que el periodo de facturación en ningún caso será superior a dos meses. Esto no representa problema alguno. Sin embargo, TIGO, en su numeral 7 al establecer las obligaciones del operador, menciona que entre ellas se encuentra el envío periódico de la factura del servicio, lo cual al no tener limitación alguna, hace pensar al suscriptor y/o usuario que la factura llega en periodos que se encuentran definidos a discreción del operador.

Frente a esto valga decir que la falta de claridad en la cláusula, contraviniendo lo expresado por la norma, hace que el usuario caiga en error y crea que el operador arbitrariamente dispone del periodo de envío de la factura y efectivamente puede

suceder que el operador no envíe la factura en el periodo de ley y pretenda escudarse en esta imprecisa cláusula.

4.2.3. CONDICIONES NORMATIVAS - RESOLUCIÓN 1732 DE 2007 – CONDICIONES EN LA FORMA DE REDACCIÓN DEL CONTRATO

CONDICIONES NORMATIVAS Resolución 1732 de 2007											
			SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA
Art.9 (...) Forma del contrato de Prestación de servicios: letra no inferior a 3 mm de tal manera que sea fácilmente legible por parte del suscriptor o usuario				X	La letra mayúscula del contrato es de 3 mm y la minúscula de 2 mm.		X	La letra mayúscula del contrato es de 3 mm y la minúscula de 2 mm		X	La letra del contrato es de 1 mm
Art.10: Contenido del contrato:											
	Identificación de las partes		✓		Formulario de Solicitud	✓		Formulario de Solicitud	✓		Formulario de Solicitud
	Servicios Contratados		✓		Formulario de Solicitud		X		✓		Formulario de Solicitud
	Precio y Forma de pago		✓		Formulario de Solicitud	✓		Formulario de Solicitud	✓		Formulario de Solicitud

4.2.3.1 Condiciones Normativas – Resolución 1732 de 2007 – Condiciones en la Forma de Redacción del Contrato

A continuación, se procederá a hacer el análisis del cuadro 5.2.2.1 de las Condiciones Normativas de la Resolución 1732 de 2007 relativa a las condiciones en la forma de redacción del contrato.

- Forma del contrato de prestación de servicios: letra no inferior a 3mm de tal manera que sea fácilmente legible por parte del suscriptor o usuario: Sobre este punto, se evidencia en los contratos estudiados, que la letra usada para la redacción de las cláusulas no cuenta con el tamaño demandado por la norma. COMCEL y MOVISTAR por su parte usan una letra del tamaño de 2mm en minúscula donde la mayúscula es la única con 3mm de alto. En el caso de TIGO, el tamaño de la letra es de 1mm en minúscula y de 2mm en mayúscula.

Ninguno de los tres operadores cumple a cabalidad con esta condición, lo que materialmente hace tediosa la lectura del contrato por parte del suscriptor y/o usuario y dificulta el proceso del suscriptor de leer todos los contratos que realidad constantemente (lo que en la realidad resulta casi imposible).

- Identificación de las partes: Estos son puntos meramente formales pero que no por ello son menos importantes, pues la identificación de los intervinientes del contrato lo personaliza y asegura los derechos a quien corresponde. Por este lado los 3 operadores cumplen a cabalidad con esta condición sin presentar problema alguno, además de ello cada uno se presenta con su denominación social: Comunicación celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A.E.S.P.
- Servicios Contratados: Este es un ítem que se encuentra claramente descrito en el formulario de solicitud del servicio que al respaldo contiene el clausulado contractual. Es claro que el tipo de servicio contratado se encuentra descrito en

el encabezado del contrato (pues no es lo mismo hablar del Servicio de General Packet Radio Service – GPRS – al servicio de Telefonía Móvil Celular en Plan post-pago pues mientras el primero radica en la prestación del servicio de Internet Móvil el segundo se enfoca a los planes de voz), es necesario la descripción del plan tarifario o comercial dentro del cual se presta el servicio de Telefonía Móvil Celular.

En este caso, MOVISTAR no hace descripción del plan comercial que adquiere el suscriptor en el formulario de solicitud, sino que por el contrario, deja espacios para ser llenados por el asesor comercial identificando cada respuesta con una serie de códigos que únicamente entiende la compañía y que claramente se escapan del entendimiento del suscriptor y quien además no está obligado a conocerlos. Luego vulnera los derechos del consumidor, la ausencia de una presentación clara por parte del operador de la clase de plan adquirido por el suscriptor, pues el formulario de solicitud que contiene las condiciones contractuales de la prestación del servicio debe ser claro y comprensible no solamente para el proveedor del mismo sino también para quien será beneficiario.

- Precio y Forma de pago: Este se encuentra debidamente diligenciado en el Formulario de Solicitud de servicio que va firmado por el suscriptor. Igualmente, el documento cuenta con el espacio para ello.

4.2.4. CONDICIONES NORMATIVAS - RESOLUCIÓN 1732 DE 2007 – CONDICIONES EXTENSIVAS AL CONTRATO DE LA PÁGINA WEB DEL OPERADOR

**CONDICIONES
NORMATIVAS**
Resolución 1732 de 2007



			SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA	SI	NO	CLÁUSULA
Art.8:8.4 (...) La información descrita en este numeral debe estar permanentemente publicada en y actualizada en la página de internet del operador					Estas condiciones que se hacen extensivas al contrato, se encuentran en la Web del Operador			Estas condiciones que se hacen extensivas al contrato, se encuentran en la Web del Operador			Estas condiciones que se hacen extensivas al contrato, se encuentran en la Web del Operador
Régimen de protección de los derechos de suscriptores y o usuarios			✓		www.comcel.com.co		X		✓		www.tigo.com.co
Dirección y teléfono de atención al usuario u oficinas de PQR			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co		X	
Número de la línea gratuita de atención al usuario			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓		www.tigo.com.co
Procedimiento y tramite de PQR			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓		www.tigo.com.co
Alternativas de suscripción del contrato			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓		www.tigo.com.co
Tarifas Vigentes			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓		www.tigo.com.co
Condiciones y Restricciones de las ofertas vigentes			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓		www.tigo.com.co
Modelos de todos y cada uno de los contratos correspondientes a			✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓		www.tigo.com.co

“Derechos del Consumidor en las Cláusulas contractuales del servicio de Telefonía Móvil en los planes post-pago para persona natural de las empresas Comunicación Celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A. E.S.P. celebrados en Bucaramanga, durante el periodo 2009 – 2010”

	los servicios y planes vigentes								
	Dirección, Teléfono, Correo electrónico y página de internet de la autoridad que ejerce control y vigilancia según el tipo de servicio ofrecido	✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓	www.tigo.com.co
	Nivel de Calidad ofrecido	✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓	www.tigo.com.co
	Indicadores de Atención al suscriptor y/o usuario	✓		www.comcel.com.co	✓		www.movistar.com.co	✓	www.tigo.com.co

4.2.4.1 Análisis de las Condiciones Normativas de la Resolución 1732 de 2007 – Condiciones extensivas al Contrato de la Página Web del Operador.

El artículo 8, en su numeral 8.4 dispone: *“La información descrita en este numeral debe estar permanentemente publicada en y actualizada en la página de internet del operador”*

Estas condiciones que se encuentran claramente descritas en el cuadro 5.2.2.2, se hallan en la página web de cada operador, bajo el vínculo de Protección al Usuario en COMCEL y TIGO y Condiciones Tarifarias en MOVISTAR. Sin embargo, Telefónica Móviles Colombia S.A. en su página web no tiene el Régimen de Protección de los derechos de suscriptores y/o usuarios, lo cual es una falencia que no puede ser pasada por alto pues teniendo en cuenta que dicho régimen no puede anexarse al contrato, debe mantenerse en un lugar público de fácil acceso para los usuarios, que además del establecimiento es el sitio web del operador.

Por su parte TIGO, a pesar de ofrecer la información de las líneas gratuitas, en la sección de quejas y recursos, no tiene la dirección y el teléfono de atención al usuario o la identificación de las oficinas de PQR, lo que representa también una falencia significativa, pues si la norma demanda cada uno de estos puntos, ha de ser tomado en forma taxativa y no meramente enunciativa.

4.2.5 CLÁUSULAS PROHIBIDAS - RESOLUCIÓN 1732 DE 2007

CLÁUSULAS PROHIBIDAS Resolución 1732 de 2007-Art 12.						
	SI TIENE	NO TIENE	SI TIENE	NO TIENE	SI TIENE	NO TIENE
12.1 <i>Excluyen o limiten la responsabilidad que corresponde a los operadores para la prestación del servicio de acuerdo con el título habilitante, el régimen jurídico aplicable al servicio y, en especial, el régimen de protección de los derechos de los suscriptores y/o usuarios de los servicios de telecomunicaciones.</i>		X		X		X
12.2 <i>Den a los operadores la facultad de terminar unilateralmente el contrato, por razones distintas al incumplimiento de las obligaciones del suscriptor, el caso fortuito, la fuerza mayor y las demás que establezca la ley.</i>		X		X		X
12.3 <i>Impongan al suscriptor una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato o la ley le conceden.</i>		X		X		X
12.4 <i>Confieran al operador plazos que excedan los previstos en la ley y en la regulación para el cumplimiento</i>		X		X		X

de alguna de sus obligaciones.						
12.5 Presuman cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, salvo que: a). Se dé al suscriptor o usuario un plazo mínimo de treinta (30) días calendario para manifestarse en forma explícita, contados a partir del recibo de la comunicación mediante la que se hace el ofrecimiento, y b). En el mismo escrito, el operador haga saber al suscriptor o usuario las consecuencias que se derivarán de su silencio, una vez venza el plazo otorgado.		X		X		X
12.6 Limiten el derecho del suscriptor a solicitar la terminación del contrato, o indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento total o grave del operador.		X		X		X
12.7 Permitan al operador, en el evento de terminación unilateral y anticipada del contrato por parte del suscriptor, exigir de este una compensación no establecida previamente en el contrato.		X		X		X
12.8 Obliguen al suscriptor a dar preaviso superior al establecido por la regulación para la terminación del contrato.		X		X		X
12.9 Limiten los derechos y deberes derivados del régimen de protección de los derechos de los usuarios y/o		X		X		X

suscriptores de servicios de telecomunicaciones, del contrato y de la ley.						
--	--	--	--	--	--	--

4.2.5.1. Cláusulas Prohibidas de la Resolución 1732 de 2007.

Las cláusulas mencionadas en el cuadro 4.2.3 denominado Cláusulas Prohibidas, no son contenidas por los contratos estudiados de un plan post-pago en Telefonía Móvil Celular para persona natural. Luego los operadores analizados tienen en común el acatamiento de las restricciones de ley en busca de la garantía de los derechos de los suscriptores y/o usuarios.

Sin embargo, si bien Colombia Móvil S.A E.S.P. no estipula cláusulas con periodos mayores a los estipulados por la ley, si es ambiguo al definir el periodo máximo de envío de la factura al suscriptor por concepto del servicio prestado, toda vez que ésta cláusula se encuentra redactada en forma abierta pues dice:

"7. Obligaciones de Colombia Móvil. (iv) Enviar periódicamente, en los planes pospago, una factura por el valor de los Servicios a la dirección suministrada por el suscriptor"

No nos encontramos ante una cláusula que exceda el límite de tiempo establecido por la Resolución 1732 de 2007 cual es de 2 meses, pero si ante una que no limita este periodo dejando lugar a una disposición arbitraria por parte del operador en este aspecto, una omisión que puede salir un poco "costosa" al suscriptor.

Esta disposición de cláusulas prohibidas resulta siendo taxativa y no enunciativa pues de un lado la norma no lo aclara y de otro lado se entiende que en materia de prohibiciones la interpretación de la norma ha de ser restrictiva, lo que en situaciones como la del numeral iv de la cláusula 7ma del contrato de Colombia Móvil S.A.E.S.P. genera inquietudes como la planteada.

Finalmente, vale aclarar con relación a la disposición normativa de cláusulas prohibidas que, aun cuando estas cláusulas no son permitidas, no se pueden confundir con las cláusulas abusivas, pues si bien las prohibidas pueden resultar abusivas, las abusivas pueden no estar prohibidas. Las prohibidas atañen al criterio del legislador. Las

abusivas atañen al desequilibrio que se pueda presentar en las condiciones del contrato.

6. CONCLUSIONES

- Al examinar los contratos a la luz de la teoría clásica del contrato en la que el consentimiento es uno de sus elementos principales, se observa que en la contratación del servicio de Telefonía Móvil Celular (TMC), este elemento se encuentra ausente y viene a ser reemplazado por el asentimiento donde al suscriptor y/o usuario no le queda más opción que firmar el contrato, aceptar y adherir al clausulado pre-redactado por el operador, el consentimiento se suprime y no hay mutuo acuerdo de voluntades, simplemente una necesidad que adhiere a la voluntad de otro. Esto se traduce en la celebración de contratos predispuestos de adhesión, como respuesta a la masificación del servicio de TMC.
- En el estudio de la formalidad del instrumento jurídico, y del proceso precontractual, se observa que las cláusulas del contrato de TMC se encuentran transcritas al dorso del Formulario de solicitud del servicio, lo que hace particular el sistema de contratación de la Telefonía Móvil Celular, toda vez que es el operador quien a través de la publicidad hace la oferta inicial, la cual es aceptada por el suscriptor al acercarse a sus oficinas, pero quien posteriormente presenta otra oferta por medio de un formulario redactado por el operador, entidad que al final de cuentas decidirá si presta o no el servicio a quien se "oferta".
- En la realización del trabajo de campo en las oficinas de los operadores estudiados, y al hablar con los asesores comerciales encargados de la celebración y concertación de los contratos, manifestaron que el modelo de contrato usado en Bucaramanga es el mismo que se maneja a nivel nacional sin dar lugar a la regionalización contractual, por tanto, los contratos que se celebran en Bucaramanga y el clausulado bajo el cual se sujeta el usuario bumangués, es el mismo al que se adhieren los colombianos en cualquier lugar del territorio

- nacional. Igualmente, manifestaron y se evidenció, que el contrato tipo usado en el año 2009 fue el mismo del año 2010.
- Al examinar la normatividad que regula el contenido de los contratos de los operadores del servicio de TMC, en la especie, COMCEL, TIGO y MOVISTAR se vislumbra la existencia de tres partes en la provisión del servicio, Operador, Suscriptor y Usuario (quien se beneficia de la prestación del mismo), a pesar de que en la redacción del instrumento jurídico, se identifican únicamente las dos primeras, operador y suscriptor. Sin embargo y conforme a la Resolución 1732 de 2007, esto no es obstáculo para que el usuario demande la garantía de los derechos que inicialmente se encuentran en cabeza del suscriptor.
- Al examinar la información que se brinda al usuario a través del contenido de los contratos, se observó que ninguno de los tres operadores, Comunicación Celular S.A., Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A.E.S.P. brindan en forma detallada y precisa la característica de la zona geográfica dentro de la cual prestan el servicio a nivel nacional, es decir, no hay descripción del área de cubrimiento de la provisión del servicio de TMC, lo que vulnera el derecho de información que pertenece tanto al suscriptor como al usuario.
- En el cotejo realizado entre cada contrato y la norma que regula el clausulado de los instrumentos jurídicos celebrados entre usuarios persona natural y los operadores, se observa que a pesar de que las 3 compañías son diferentes, sus contratos se asemejan en el cumplimiento estricto de la mayor parte de las reglas establecidas diferenciándose únicamente en las omisiones que operadores como MOVISTAR o TIGO evidencian o en las adiciones de carácter técnico.
- Al analizar los instrumentos elaborados por TIGO y MOVISTAR, se evidencia su origen europeo, pues su redacción clara, sencilla y organizada es reflejo del

sistema jurídico garantista de los derechos del consumidor al que se encuentran sujetos en sus países de origen.

- Frente al análisis de los contratos de los operadores analizados, y con relación a la redacción de las cláusulas, las cuales deben ser claras y comprensibles para el suscriptor y/o usuario, se observa que COMCEL es un contratante principalmente técnico en cuanto a las condiciones tecnológicas de la prestación del servicio lo que en el papel no es útil para el consumidor pues se parte de su profanidad y su ignorancia con relación a esta clase de condiciones.
- En lo atinente a las condiciones normativas, si bien se apega a lo establecido por la norma, no conserva un orden en la redacción de sus cláusulas lo que se refleja en la ausencia de una cláusula dedicada exclusivamente a hablar de los derechos del suscriptor o de aquellos del operador, distribuyéndolos en todo el clausulado, lo que complica su lectura y comprensión por parte del suscriptor y/o usuario, constituyéndose esto, en un acto vulnerador de los Derechos del Consumidor.
- Al examinar las características de las cláusulas de cada instrumento, el balance de las cargas y la concesión de facultades así como el equilibrio de la ecuación contractual, se encontró que el instrumento jurídico elaborado por COMCEL contiene una cláusula abusiva en su numeral Décimo Cuarto en lo atinente a la cesión, pues si bien concibe la procedencia de esta figura jurídica, lo hace en forma arbitraria y unilateral, concediéndose a sí mismo la doble facultad de seleccionar no sólo el nuevo suscriptor en caso de que la figura proceda por el lado del usuario, sino también la del nuevo operador en caso de que esta figura ocurra por su parte, es decir, en caso de que el suscriptor desee ceder el contrato, se somete a la decisión y aceptación arbitraria y discrecional de COMCEL sin embargo, en caso de que COMCEL se vea en la necesidad de ceder el contrato a otro operador, el suscriptor y/o usuario únicamente recibirá

información del suceso sin concederle la facultad de pronunciarse sobre el nuevo operador, hacer su elección o simplemente ofrecerle otras opciones diferentes a la aceptación-rechazo.

- En la lectura del contenido del contrato elaborado por MOVISTAR, la marca del operador del grupo español Telefónica, se observa que la redacción es sencilla y procura no estipular más de lo dispuesto por la Resolución 1732 de 2007, tratando de poner en pie de equilibrio al suscriptor y al operador. Sin embargo, su falta de tecnicidad no permite tener al suscriptor y/o usuario el bagaje suficiente en este aspecto. Igualmente, el no contar con el Régimen de Protección del Usuario en su página web también constituye en una falencia pues no provee al usuario de las herramientas necesarias para conocer sus derechos y sus obligaciones reglamentarias, así como las que por norma pertenecen al operador. Esto representa una vulneración a la garantía de los Derechos de los usuarios y consumidores.
- TIGO, al igual que MOVISTAR, presenta un clausulado sencillo, con las condiciones de ley, pero con un tamaño de letra que dificulta su lectura y la hace tediosa para el usuario, lo que le resta beneficios a éste aún más cuando sabemos que esos contratos han sido predispuestos.
- Al no estipular en el contenido del contrato los servicios gratuitos de los que puede hacer uso el suscriptor y/o usuario, TIGO y COMCEL vulneran los derechos de los consumidores pues al no detallar los números que no generan un costo adicional le hace creer que si los usa, deberá pagar cargos adicionales en su factura y por lo tanto le inhibe de hacer uso de un servicio que por ley debe ser gratuito.

- La normatividad colombiana en materia de Derechos del Consumidor es muy básica y carece de precisión al momento de regular aspectos particulares como las cláusulas abusivas, pues aun cuando ofrece en diferentes normas un listado de cláusulas por evitar (prohibidas), esto puede resultar más complicado y menos garantista de los derechos de los consumidores toda vez que está cubriendo situaciones mínimas dejando un abismo de posibilidades en las cuales el comerciante puede moverse muy bien.
- Al definir en forma precisa y presentar una lista enunciativa de cláusulas abusivas, se facilita la realización de un control ex – ante del contenido de los contratos de consumo por parte de las entidades de control y vigilancia encargadas de ello, y se asegura una protección preventiva de los Derechos de los Consumidores, rompiendo con los esquemas de ambigüedad de la norma y el carácter absolutista que esto otorga a los comerciantes.
- Finalmente, y ante lo evidenciado en el estudio del caso, se concluye que es necesario que el legislador colombiano, inicie la labor de definir lo que son las cláusulas abusivas en forma general pero precisa, es decir, que no haya lugar a duda de su concepto y que en consecuencia, proceda a hacer las precisiones y especificaciones necesarias según la materia de aplicación para cubrir la mayor cantidad de servicios que se prestan en el territorio nacional. Ello, se logra a través de la mención enunciativa más no exhaustiva ni restrictiva de una lista de posibles cláusulas abusivas por identificar en los contratos de consumo, lo que permite a través de la interpretación extensiva y analógica, el estudio fácil y certero del balance entre cargas y facultades otorgadas en cada contrato entre comerciante y consumidor.

6. BIBLIOGRAFIA

- [1] SMITH, Adam. *"The Theory of Moral Sentiments"*. Ed. Dover. New York 2006.
- [2] GHERSI, Carlos Alberto. *"Contratos Civiles y Comerciales. Partes General y Especial. Empresas. Negocios. Consumidores"*. Editorial ASTREA. 4ta Edición. Buenos Aires 1998.
- [3] ALONSO, Luis Enrique. *"La Era del Consumo"*. Siglo XXI De España Editores S.A. Madrid 2005.
- [4] RENTERÍA AROCENA, Alfonso. *"La Seguridad Jurídica Contractual, Medio de Protección del Consumidor"*. XXI Congreso Internacional del Notariado Latino. Berlín 1995.
- [5] ALTERINI, Atilio Anibal. *"Contratos: Civiles, Comerciales, De Consumo"*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1999.
- [6] FITZGERALD & KEWLEY, G. *This Law of ours*. Prentice Hall: Sydney 1978.
- [7] YEAGO, William & Others. *THE ENGLISH OF LAW: ENGLAND AND WALES*. Éditions Belin. Paris.
- [8] BOHORQUEZ, Antonio. *"De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano"*. Volumen 2. Pág. 1. Ed. TEMIS. Bogotá 2003.
- [9] LASSARTE, Carlos. *"Manual Sobre Protección de Consumidores y Usuarios"*. Ed. Dykinson. Madrid: 2003.
- [10] TAMAYO JARAMILLO, Javier y CARO CARO, Manuel. *"Proyecto de Ley: Código de Defensa del Consumidor"* (2007 Medellín). XXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO COMERCIAL: *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. Medellín 2007.
- [11] REYES LOPEZ, María José. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Editorial Tirant Lo Blanch. España 2005.
- [12] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea]. Disponible en <http://www.rae.es> Citado el 25 de Noviembre de 2010.
- [13] WEINGARTEN, Celia.. *Derecho del Consumidor*. Ed. Universidad S.R.L. Buenos Aires. 2007.
- [14] BAÑOL B, Alejandro *"Intervención del Estado y Normas de Protección al Consumidor"*. Editorial Lealón. Medellín. 1991.
- [15] D. FENOUILLET. *"Premières remarques sur le projet de loi en faveur des consommateurs"*. Revista Especializada Recueil Dalloz. Paris. 2006. Citado el 3 de Abril de 2008.
- [16] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación 072 de Mayo 3 de 2005.
- [17] LÓPEZ CAMARGO, Javier. *"Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en América Latina"*. En Foros U Externado [en línea]. Disponible en <http://www.foros.uexternado.edu.co> Citado el 2 de diciembre de 2010.

- [18] TORO HARDY, Alfredo. "La Era de las Aldeas: La Pequeña Aldea vs. La Aldea Global". Bogotá: Villegas Editores. 2002.
- [19] STIGLITZ, Rubén. "Contratos de Consumo y Cláusulas Abusivas". Foros de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998.
- [20] LAGARDE, Xavier. "Qu'est-ce qu'une clause abusive?" En la Revista Especializada Recueil Dalloz. Paris 2008.
- [21] BENÍTEZ CAORCI, Juan J. "La Interpretación en los Contratos con Cláusulas Predispuestas". Ed. TEMIS. Bogotá. 2003.
- [22] GHERSI, Carlos A. "Contratos Civiles y Comerciales. Empresas. Negocios. Consumidores. Parte General Tomo II" Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1999.

ANEXOS

Diario Oficial 40.710

Ley 37 de 1993¹

(enero 6)

Por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1º *Definición del servicio de telefonía móvil celular.* La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.

Artículo 2º *Redes de telefonía móvil celular.* Las redes de telefonía móvil celular son las redes de telecomunicaciones, que interconectadas entre ellas o a través de la red telefónica pública conmutada, permiten un cubrimiento nacional, destinadas principalmente a la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular en las cuales el espectro radioeléctrico asignado se divide en canales discretos, los cuales a su vez son asignados en grupos de células geográficas para cubrir un área. Los canales discretos son susceptibles

¹ Reglamentada por decretos: 1857 de 2002, 25 de 2002; 990 de 1998, 554 de 1998; 2609 de 1993, 2608 de 1993, 2607 de 1993, 2606 de 1993, 2061 de 1993, 741 de 1993, 453 de 1993.

de ser reutilizados en diferentes células dentro del área de cubrimiento.

Artículo 3°. *Prestación del servicio.* El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Los contratos administrativos de concesión se adjudicarán previo el trámite de la licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos, términos y demás disposiciones previstas en el Decreto-ley 222 de 1983 o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

En todo caso, para la licitación, concesión y operación del servicio se deberán observar los principios de igualdad y de acceso democrático. El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública.

En ningún caso se podrá dar aplicación al ordinal 16 del artículo 43 del citado Decreto. Estos contratos sólo podrán celebrarse con sociedades constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, especializadas según su objeto social en la prestación del servicio de telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular.

Corresponde al Ministerio de Comunicaciones, en cumplimiento de los objetivos y funciones previstas en el Decreto-ley 1901 de 1990, adelantar los procesos de contratación a que se refiere este artículo y velar por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

Por ser la telefonía móvil celular un servicio de ámbito y cubrimiento nacional, no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales.

Parágrafo 1°. Las sociedades privadas o mixtas de que trata este artículo deberán estar constituidas como sociedades anónimas. Las

sociedades privadas que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo de cinco años, contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad.

Para los efectos de la presente ley se entiende por sociedad anónima abierta aquella en que ninguna persona natural o jurídica sea titular, por sí o por interpuesta persona, de más del 30% de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en las bolsas de valores. La Superintendencia Nacional de valores vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en este parágrafo.²

Parágrafo 2° El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión, con una antelación de cinco días hábiles. La audiencia será presidida por el presidente del organismo competente para adjudicar, durante la audiencia podrán intervenir, a solicitud de cualquiera de los miembros del organismo competente para adjudicar, los servidores públicos que hicieron los estudios y evaluaciones de las propuestas.

Los proponentes podrán intervenir por derecho propio, con el ánimo de pedir aclaraciones sobre los informes en que se sustente el acto de adjudicación.

Podrán intervenir los asistentes al acto que tengan interés directo con el servicio o que puedan ser afectados con la prestación del mismo. En caso de que se presenten personas con el mismo interés, el presi-

² Ley 422 de 1998. **Artículo 5°.** El parágrafo primero del artículo 3° de la Ley 37 de 1993 quedará así. Las sociedades privadas y mixtas de que trata este artículo, deben ser sociedades anónimas. Las sociedades privadas deben inscribir sus acciones en las bolsas de valores nacionales y extranjeras.

La Superintendencia Nacional de Valores vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en este parágrafo.

dente de la audiencia pública conformará grupos para que designen su respectivo vocero, a fin de agilizar las intervenciones y el desarrollo del acto.

Parágrafo 3° El Ministerio de Comunicaciones informará al público sobre las ofertas, por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, una vez cerrada la recepción de las propuestas estas y antes de efectuarse la audiencia pública. Para tal efecto elaborará un cuadro comparativo de las propuestas presentadas.

Parágrafo 4° El Ministerio de Comunicaciones deberá informar al público por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, el resultado de la licitación pública, dentro de los diez días hábiles siguientes a la adjudicación. La información deberá contener una explicación de las razones tenidas en cuenta para adjudicar.

Artículo 4° De conformidad con la Constitución y la Ley, el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a) El servicio se prestará en todo el territorio nacional, tanto en zonas urbanas como rurales, aún en las de difícil acceso, de conformidad con los planes de expansión del servicio y de las redes.

Toda propuesta para que se asignen frecuencias para la operación de la telefonía celular, incluirá un plan de expansión de este servicio, en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas dentro de la respectiva área de la concesión; dichos planes deberán realizarse en un término no mayor a cinco años y serán factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva.

b) Las concesiones se otorgarán en dos redes, que compitan entre sí, en cada área de servicio, conforme a la distribución de frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones, a que se refiere el

artículo sexto (6°) de esta Ley. Una de estas redes, en cada una de las áreas señaladas, será operada por sociedades de economía mixta o por empresas estatales y la otra por las privadas.

En el caso de que se presente una sola sociedad a la licitación para la operación de una de estas redes, dentro de una área, el Ministerio de Comunicaciones podrá hacerle la adjudicación de la concesión, siempre y cuando ésta reúna las condiciones y requisitos exigidos por el pliego de condiciones.

En el evento de que para una de las redes no se presenten proponentes suficientes o proponente alguno, o de que presentándose no cumplan con las condiciones y requisitos exigidos, podrá adjudicarse la prestación del servicio a un proponente de la otra red, dentro de la misma área. Según el orden de calificación.

Parágrafo 1°. En las sociedades mixtas podrán participar directa o indirectamente, entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Las entidades descentralizadas del orden nacional que presten servicios de telecomunicaciones, quedan autorizadas por la presente Ley, para participar directa o indirectamente en estas sociedades.

Parágrafo 2°. No podrán enajenarse las acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular antes de tres años, contados desde la fecha de concesión del servicio. Tampoco podrá cederse dentro del mismo plazo dicho contrato.

c) Las entidades que presten este servicio público se abstendrán de ejercer prácticas monopolísticas o restrictivas en cualquier sentido de la competencia.

Artículo 5°. *Inversión extranjera en telecomunicaciones.* La inversión extranjera, en las materias reguladas por la presente Ley, valor agregado, servicio e infraestructura satelital, se registrará por la Ley 9ª

de 1991 y las normas que la modifiquen o complementen y no tendrán más limitaciones que las señaladas en esas disposiciones.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo los servicios telemáticos a que hace referencia el Decreto-ley 1900 de 1990 se asimilarán a los de valor agregado.

Artículo 6°. *Control y gestión del espectro radioeléctrico.* De conformidad con los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Nacional, corresponde al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se prestará dicho servicio.

La asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico se hará de tal forma que cubra tres áreas con sus correspondientes polos técnicos. Los cuales serán definidos por el Gobierno Nacional. Dichas áreas serán la Oriental, la Occidental y la Costa Atlántica. El área Oriental deberá asumir la prestación de la telefonía celular en los nuevos departamentos y asegurar el desarrollo de este servicio en estos territorios en un plazo no mayor de tres años.

La agrupación definitiva de las áreas, para efectos de la prestación del servicio se determinará en cada una de las redes de que trata el artículo 4°, literal b), teniendo en cuenta los estudios técnicos y económicos que se presenten en la respectiva licitación.

En todo caso. Para decidir la agrupación definitiva de estas áreas se tendrá en cuenta la participación de empresas que pertenezcan al área respectiva y el aprovechamiento de las economías de escala en beneficio del usuario final. Para tal efecto, el Gobierno Nacional señalará los polos técnicos correspondientes.

Artículo 7°. *Garantías de interconexión, de acceso y costo.* Los operadores de la telefonía móvil celular tendrán derecho de acceso a las redes telefónicas públicas conmutadas (RTPC) fijas, que se encuentran establecidas en el país, para efectos de la interconexión de los

elementos de sus propias redes y para el manejo de su tráfico. Esta interconexión se someterá al principio de acceso igual cargo igual, en virtud del cual los operadores de la red telefónica pública conmutada (RTPC) están obligados a prestar la interconexión en condiciones técnicas y económicas iguales a todo operador celular que lo solicite.

Los operadores de la red telefónica pública conmutada (RTPC), que sean socios en empresas prestatarias del servicio de telefonía móvil celular, no darán a estas empresas condiciones técnicas y económicas ventajosas, en relación con las que ofrezca a las demás empresas de telefonía móvil celular.

Parágrafo. La contravención a lo dispuesto en este artículo será sancionada por el Ministerio de Comunicaciones. Según el caso, el Ministerio podrá sancionar, tanto al operador de la red telefónica pública conmutada (RTPC) que haya ofrecido condiciones ventajosas, como al operador de la telefonía móvil celular que las haya aceptado.

Las sanciones consistirán en multas hasta por mil salarios mínimos legales mensuales, cada una, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelanten las partes.

Artículo 8°. *Puntos de interconexión.* La red móvil celular se interconectará a la red telefónica pública conmutada (RTPC) en los puntos en que las partes acuerden, siendo por cuenta del operador celular todos los equipos requeridos para la interconexión a la central de conmutación de la red telefónica pública conmutada (RTPC), tanto local, como de larga distancia y se ceñirán a los planes de señalización, numeración, tarificación y enrutamiento elaborados por el Gobierno Nacional.

Artículo 9°. *Otras formas asociativas en el sector de las telecomunicaciones.* Las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de

Comunicaciones y las entidades indirectas o de segundo grado pertenecientes al mismo, que presten servicios de telecomunicaciones, con excepción de Inravisión, quedan autorizadas para constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la ley de su creación o autorización y a sus respectivos estatutos.

Estas entidades se sujetarán a las reglas previstas en el Decreto-ley 130 de 1976 y a las disposiciones que lo adicionen o modifiquen.

Así mismo, las entidades descentralizadas de cualquier orden, encargadas de la prestación de servicios de telecomunicaciones con el fin de asegurar los objetivos señalados en la Constitución Nacional, la ley y los estatutos, podrán celebrar contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas.

Parágrafo. Establézcase un plazo de noventa (90) días para que el Ministerio de Comunicaciones resuelva las solicitudes o autorizaciones técnicas de que trata el Decreto-ley 1900 de 1990, para las entidades del orden departamental o municipal. Vencido este plazo se entenderá como aprobada la solicitud en los términos presentados por la entidad.

Artículo 10. A los procedimientos de contratación señalados en el artículo anterior, salvo lo dispuesto en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones del Derecho Privado y en los contratos se establecerán entre otras estipulaciones:

- a) Los mecanismos que permitan asegurar que la titularidad del servicio estará a cargo de la entidad pública contratante.
- b) Los bienes y los servicios específicos que el contratista particular pone a disposición para la ejecución del objeto del contrato y que constituye la infraestructura de propiedad exclusiva del mismo contratista.

c) La proporción en que las partes contratantes participarán en las utilidades o pérdidas que genere la gestión conjunta, así como la forma de liquidación de las mismas.

d) Las condiciones en que la entidad contratante puede adquirir, si a ello hubiere lugar, al término del contrato, los bienes que el contratista haya aportado para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Artículo 11. Las entidades públicas de cualquier orden encargadas de la prestación del servicio de telecomunicaciones podrán celebrar contratos de arrendamiento financiero (leasing) con opción de compra, los cuales se registrarán por las normas civiles y comerciales en cuanto a su formación y ejecución, pero deberán estar precedidas de licitación pública en los términos previstos en el Decreto 222 de

1983. Para tal efecto, el Gobierno Nacional reglamentará en sesenta (60) días la forma de convocatoria, con el fin de garantizar la pluralidad de proponentes y establecer parámetros para la adjudicación y contratación, sin perjuicio del estricto cumplimiento de los requisitos estatutarios propios de cada entidad.

Artículo 12. Las empresas adjudicatarias de las concesiones de esta Ley, dentro de los cuatro años siguientes a la adjudicación de la concesión, deberán acreditar el siguiente requisito, sin perjuicio de los demás que ordene las normas:

Que por lo menos un 10% de su capital deberá pertenecer al sector social solidario, que para los efectos de esta Ley se entiende integrado por las organizaciones sindicales, las fundaciones, corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, los fondos de empleados, los fondos mutuos, o las instituciones cooperativas.

El reglamento definirá un tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean las entidades del sector social solidario que incluirá entre otros los siguientes aspectos: Estas acciones podrán ser pagadas dentro de un plazo de tres años, contados a partir del mo-

mento de suscripción, y, serán excluidas de las obligaciones de inscripción en bolsa y de negociabilidad.

Si por cualquier circunstancia, las instituciones del sector social solidario no participaren en la formación del capital social de las entidades adjudicatarias, se le reservará, por parte de éstas, de acuerdo con el reglamento de la ley, el derecho de suscripción en el porcentaje legal, durante cuatro años a partir de la adjudicación de la concesión. Así cumplirá la adjudicataria o concesionaria con la obligación emanada de este artículo.

La suscripción de capital que efectúen las entidades del sector social solidario antes de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión, se hará de conformidad con el mismo valor nominal de las acciones que aparezca en la propuesta de licitación. Pero, cuando la suscripción fuere con posterioridad a aquel momento, se ajustará al valor del mercado, certificado por la bolsa de valores.

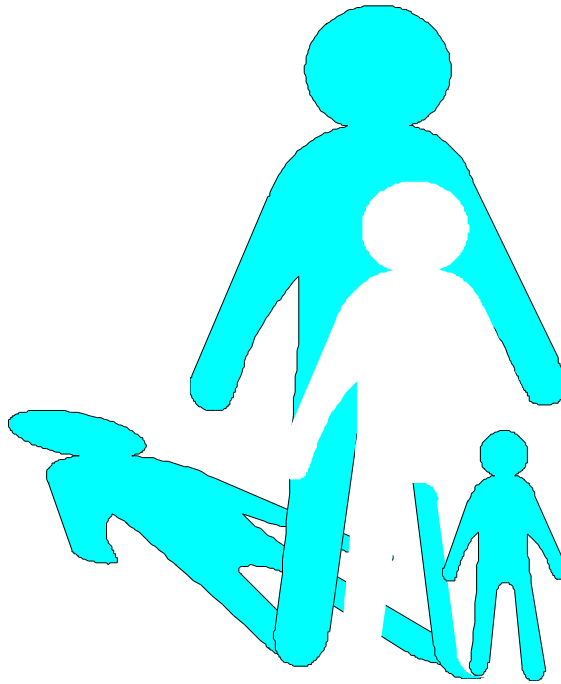
El Gobierno podrá crear estímulos financieros para facilitar los aportes de capital del sector social solidario.

Artículo 13 . Los contratos a riesgo compartido se establecerán también en sectores rurales y municipios de baja densidad telefónica para la ampliación de la infraestructura en telefonía pública conmutada básica local y/o telefonía móvil celular.

Artículo 14 . El término del contrato de asociación a riesgo compartido será hasta de diez años, al vencimiento del cual se revisará y podrá ser renovado por diez años más, siempre que el contratista no haya incurrido en sanciones durante su ejecución.

Artículo 15 . *Aplicación legislativa.* En lo no previsto en esta Ley, aplicarán a las redes y servicios de telefonía móvil celular, lo dispuesto en la Ley 72 de 1989 y el Decreto-ley 1900 de 1990

Artículo 16 . *Vigencia.* La presente Ley rige a partir de la fecha su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

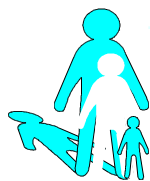


Telecomunicaciones Derechos de los usuarios

Resolución CRT 087 de 1997 (Actualizada hasta la
Resolución CRT 1040 del 9 de julio de 2004)



Comisión de Regulación de Telecomunicaciones - República de Colombia



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

La **Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT)** presenta el manual "**derechos de los usuarios de telecomunicaciones**" con el objetivo de responder a las necesidades de información sobre los derechos y deberes de los usuarios de estos servicios, especialmente los de telefonía local, rural, local extendida, larga distancia, móvil e Internet.

Dentro de los objetivos estratégicos de la CRT está el de desarrollar una política efectiva de protección al usuario, para lo cual es básica la difusión de información, de tal forma que el consumidor tenga suficientes elementos para la toma de sus decisiones, maximizar sus niveles de satisfacción y defender sus propios derechos.

El manual está dividido en 10 secciones así:

1. Autoridades de regulación, control, vigilancia y sanción del sector de telecomunicaciones.
2. Derechos y deberes de los usuarios y los operadores
3. El contrato de servicios de telecomunicaciones
4. Cláusulas de permanencia mínima
5. Servicio de Internet
6. Telefonía pública
7. Servicios prepago
8. Tarifas
9. Facturas
10. Peticiones, quejas y reclamos

Antes de entrar en materia, es importante aclarar que en Colombia las normas definen primordialmente dos tipos de servicios en los cuales nos basaremos en el desarrollo de este documento:

Los servicios domiciliarios : Estos son el servicio de telefonía local, telefonía rural, el de telefonía local extendida (departamental) y el servicio de telefonía de larga distancia (nacional e internacional).

Los servicios no domiciliarios: Son todos los demás, como el de telefonía móvil celular, el servicio móvil de PCS, el acceso a Internet, entre otros.

Esta aclaración es importante porque dependiendo de si los servicios son domiciliarios o no domiciliarios existen algunas diferencias sobre las reglas que rigen la relación de los operadores con sus usuarios.



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

1. AUTORIDADES DE REGULACIÓN, CONTROL, VIGILANCIA Y SANCIÓN DEL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES

En el sector de las telecomunicaciones en Colombia, existen varias autoridades encargadas de distintas funciones dentro de la organización del Estado. La **Comisión de Regulación de Telecomunicaciones** se encarga, como su nombre lo indica, de regular, y las **Superintendencias** se encargan de controlar, vigilar y sancionar a las empresas de telecomunicaciones para que cumplan con lo que la regulación ha definido en materia de protección a los usuarios.



¿Qué es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones?

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es el organismo estatal de carácter técnico encargado de establecer la regulación del mercado de las telecomunicaciones en Colombia, con el propósito de promover tanto el desarrollo del sector como la prestación eficiente de los servicios de telecomunicaciones a todos los usuarios, dentro de los lineamientos definidos por el Estado, a través de la promoción de la competencia, la inversión en el sector y su integración al ámbito internacional.

¿Qué es Regular?

Regular significa **expedir las normas** que dicen lo que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, sometidas a su regulación, pueden hacer y lo que no pueden hacer. En su función de regular, la CRT ha expedido normas de diversa índole, por ejemplo, el régimen de tarifas y el régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

¿Qué es la Superintendencia de Servicios Públicos?

Es la autoridad de control, inspección y vigilancia de las empresas prestadoras de servicios públicos **domiciliarios** de telecomunicaciones. Dentro de las labores de la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentran las siguientes:

- . Vigilar que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplan con la Ley 142 de 1.994, con sus normas reglamentarias y las que expida la CRT.
- . Vigilar que se cumplan los contratos de condiciones uniformes celebrados entre las empresas de servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones y los usuarios.
- . Verificar que los subsidios se destinen a las personas de menores ingresos.
- . Vigilar que las empresas de telecomunicaciones domiciliarias cumplan con los indicadores de gestión señalados por la CRT.
- . Vigilar que las obras, equipos y procedimientos cumplan con los requisitos técnicos señalados por el Ministerio de Comunicaciones.
- . Investigar las irregularidades que se presenten en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios,
- . Solicitar documentos y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus demás funciones.
- . Sancionar a las empresas prestadoras servicios públicos domiciliarios cuando no cumplan las normas a que están obligadas.

¿Qué es la Superintendencia de Industria y Comercio?

La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de control, inspección



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

y vigilancia de las normas de libre y leal competencia y encargada de proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores en los servicios domiciliarios de comunicaciones.

2. DERECHOS Y DEBERES DE LOS USUARIOS Y LOS OPERADORES

¿Cuáles son mis derechos como usuario?

Usted tiene derecho a:

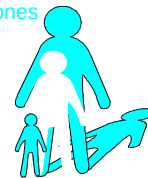
- A **elegir el operador** que más le convenga para la prestación del servicio
- A **firmar un contrato de prestación de servicios** . Este contrato debe ser claro y debe contener todas las condiciones para la prestación del servicio.
 - Una copia del contrato debe ser entregada al suscriptor o usuario al momento de la suscripción o cuando lo solicite.
 - Las cláusulas del contrato deben ser claras para el usuario.En el caso de la telefonía local, los operadores publican el contrato de servicios en el directorio telefónico y los operadores de servicios no domiciliarios deben entregarlo al momento en que se firma. En el caso de la telefonía de larga distancia y de teléfonos móviles en prepago, no existe un contrato físico porque el sólo uso del servicio ya implica un contrato "tácito" entre el operador y el usuario.
- Los contratos deben ser leídos cuidadosamente por los usuarios porque allí se indican todas las condiciones para la prestación del servicio, las causales de terminación del contrato, suspensión del servicio, sanciones, multas y en general los derechos y obligaciones de la empresa y del suscriptor.
- A **la instalación del Servicio** : El usuario tiene derecho a que la empresa le comience a prestar el servicio en los plazos establecidos en el contrato. Para el caso de la telefonía local, el inicio en la prestación del servicio debe ser antes de tres (3) meses desde que el usuario lo solicita y para los servicios no domiciliarios debe ser máximo en treinta (30) días calendario. Si vencidos estos plazos no le han comenzado a prestar el servicio, usted puede pedir que le devuelvan su dinero y la devolución del equipo comprado (si aplica) dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de devolución. También puede pactar un nuevo plazo con el operador.
- A **Recibir el servicio de forma continua y eficiente y con calidad**.
- A **la reconexión del servicio cuando ha pagado la factura** . Antes de que le suspendan el servicio, el operador debe informarle los motivos y las posibles sanciones a que haya lugar de acuerdo con el contrato. Una vez usted haya cancelado el valor de la factura, el operador deberá rehabilitar el servicio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Si el operador no cumple con ese término, usted tiene derecho a que le devuelvan lo que pagó por reconexión del servicio, abonando el valor en la factura siguiente.
- A **que le cobren lo que efectivamente consumió**.
- A **presentar peticiones, quejas, reclamos y recursos** ante el operador que le presta el servicio.
- A **recibir información sobre las tarifas** . Todos los operadores de telecomunicaciones deben tener un número gratuito de atención al cliente, donde le informen las tarifas, y recepcionen peticiones, quejas y reclamos sobre la facturación, atender cualquier solicitud y conocer el estado de sus peticiones, quejas y reclamos.



Comisión de Regulación de Telecomunicaciones - República de Colombia

Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

- A realizar llamadas a los números de emergencia en forma gratuita y aunque el servicio haya sido suspendido.
- Al **Multiacceso**. Es decir, que pueda marcar por cualquiera de los 3 operadores de larga distancia desde la línea fija o desde la línea móvil. Para el caso de la línea móvil, solo hay multiacceso para llamadas de larga distancia internacional, porque a través de su red cursan llamadas de larga distancia nacional.
- A **recibir un directorio telefónico gratuito** y a ser incluido o excluido en el directorio telefónico de páginas blancas de manera gratuita.
 - Deben incluir nombre, dirección y número telefónico de los usuarios. Si en su municipio hay más de un operador prestando servicios de telefonía local, el directorio debe incluir la información de los abonados de todos los operadores.
 - Deben tener toda la información sobre los números de emergencia, información, atención de reclamos, indicativos de larga distancia nacional e internacional, prefijos de los operadores de larga distancia, información sobre reclamos de otros servicios públicos y debe incluir el contrato de prestación del servicio telefónico (condiciones uniformes).
 - Los operadores que no entreguen un directorio telefónico impreso deberán ofrecerle el servicio de información por operadora sin ningún cobro adicional. (Por ejemplo en telefonía móvil).



¿Cuáles son mis deberes como usuario?

Como usuario usted debe:

- **Cumplir** con su parte del contrato de servicio. Respetar los términos y las condiciones pactadas.
- **Cuidar** las instalaciones internas y los equipos proporcionados por la empresa.
- **Controlar** el acceso que tienen otras personas a su teléfono.
- **Usar** el servicio de manera responsable.
- **Pagar** oportunamente el servicio utilizado.
- **Denunciar** fraudes o irregularidades en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
- **No** realizar uso fraudulento de los servicios de telecomunicaciones.

¿Cuáles son derechos de las empresas de telefonía?

Los operadores tienen derecho a:

- A **cobrar** intereses si usted se atrasa en el pago.
- A **suspender** el servicio si usted no ha cumplido con los términos pactados sobre el pago de la factura en el contrato.
- A **cobrar** al usuario por la reconexión del servicio.
- A **reportar** al usuario a una central de riesgos si éste no paga el servicio

¿Qué obligaciones tienen las empresas de telefonía?

Tienen obligación de:

- Garantizar la prestación del servicio de forma **continua y eficiente**.
- Suministrar los servicios con **calidad**.
- **Respetar** los derechos de los usuarios.
- Cumplir las normas que regulan el servicio siguiendo los principios de **igualdad, no discriminación y libre competencia**.



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

- Proporcionar **información clara** en todo momento sobre las condiciones de prestación del servicio.
- **Facturar** el servicio a tiempo.
- **Garantizar la inviolabilidad de las comunicaciones** . Las empresas de telefonía están obligadas a adoptar todas las medidas necesarias que garanticen, preserven y mantengan la confidencialidad de la comunicación de las personas que utilizan sus servicios.
- Disponer de oficinas de **atención a los usuarios** , en las cuales debe recibir, atender, tramitar y responder las peticiones, quejas, reclamos y recursos.
- Disponer de una línea de **atención gratuita** en la que resuelvan preguntas relacionadas con el servicio, atención de peticiones, quejas y reclamos
- Suministrar de forma gratuita a los usuarios las llamadas a **los números de urgencia** aun en el caso en que el servicio haya sido suspendido.
- **Cobrar las mismas tarifas** a los abonados del mismo estrato
- Informar al usuario el momento en que se empieza a cobrar la llamada cuando responde un sistema de correo de voz.
- Proporcionar información clara sobre las **promociones y ofertas** . Los operadores de telecomunicaciones deben informar a los usuarios la vigencia de las promociones y ofertas o si estas están sujetas a la disponibilidad de inventarios.
- Ofrecer a los usuarios un sistema de **identificador de llamadas** cuando sea técnicamente posible. Por ser un servicio suplementario los operadores podrán cobrar un valor por la identificación de llamadas.

Adicionalmente, los operadores y usuarios deberán cumplir con lo pactado en el contrato de prestación del servicio.

3. EL CONTRATO DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

¿Qué es la solidaridad en un contrato de telefonía fija?

Es la **responsabilidad** que tienen el **propietario** del inmueble, el **suscriptor** y el **usuario**, frente a las obligaciones y derechos del contrato de servicios públicos. Si se incumple la obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro de los términos previstos en el contrato, el cual no excederá de dos (2) períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple esta obligación de suspender el servicio dentro del término antes señalado, se romperá la solidaridad.

En el caso en que exista un contrato de arrendamiento, este hecho deberá informarse por escrito a la empresa y el arrendatario deberá constituir garantía a favor de la empresa, con el fin de que la solidaridad entre el arrendador y el arrendatario se rompa. De esta manera, ni el arrendatario ni el inmueble serán responsables por la falta de pago de los servicios que haya consumido el arrendatario.

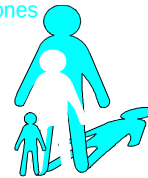
En todo caso, las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos pueden ser cobradas mediante un proceso ejecutivo, en donde la factura de servicios públicos expedida por la empresa y debidamente firmada por su Representante Legal será el documento que sirva de base para iniciar dicho proceso ante un juez de la República.

¿El arrendador debe responder por las deudas de los servicios de telefonía local y de larga distancia generadas por su arrendatario, cuando no ha dado autorización

Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

alguna para la instalación de nuevas líneas?

En virtud de la solidaridad, las deudas derivadas de la prestación del servicio público podrán ser cobradas por la empresa al propietario o al arrendatario, a elección de la empresa, cuando ninguno de los dos haya puesto en su conocimiento la existencia o terminación del contrato de arrendamiento y el arrendatario no haya constituido la garantía exigida por la empresa para asegurar el pago del servicio.



El arrendatario puede solicitar la instalación de nuevas líneas sin autorización del propietario del inmueble, para lo cual debe constituir garantía a favor de la empresa con el fin de garantizar el pago de sus obligaciones.

Si el arrendatario no paga oportunamente la factura, la empresa de servicios públicos puede suspender la prestación del servicio o acudir a la garantía constituida, para hacer efectivo el pago de los servicios consumidos por el arrendatario, respecto a la línea que solicitó.

¿Qué información deben contener los contratos de telefonía móvil?

En los contratos de servicio deberá informársele al suscriptor sobre las características del servicio, tales como:

- Área de cubrimiento.
- Causales de terminación del contrato por cada una de las partes.
- Causales de suspensión del servicio.
- Sobrecostos por roaming si aplica.
- Servicios que no generan costo para el suscriptor.
- Demás condiciones relativas a la prestación del servicio.
- Cláusulas de permanencia mínima.

¿Cuáles son las causas para terminar el contrato?

- Que las partes se pongan de acuerdo para que eso suceda.
- La existencia de condiciones técnicas que, a juicio de la empresa, hagan imposible la prestación del servicio.
- La demolición del inmueble en el cual se presta el servicio. (Para Telefonía local.
- Por sentencia judicial.
- Por decisión unilateral de la empresa, en los casos permitidos por la regulación.
- Por solicitud del suscriptor.
- Por decisión unilateral del suscriptor cuando se presente falla en la prestación del servicio

4. CLAUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA

¿Qué son las cláusulas de permanencia mínima?

En algunos casos, los operadores de telecomunicaciones están autorizados para incluir cláusulas especiales en los contratos, en las que se obliga al suscriptor a estar "amarrado" al operador por un tiempo mínimo. Estas estipulaciones se llaman **CLAUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA**. Los planes que incluyen permanencia mínima sólo se pueden ofrecer cuando se financia o subsidia el cargo de conexión, cuando se financia o subsidia un aparato (teléfono, módem, etc) o cuando se incluyan tarifas



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

especiales.

¿Cuáles son las reglas de las cláusulas de permanencia mínima?

Si el operador ofrece un plan que incluya cláusula de permanencia mínima debe cumplir los siguientes requisitos:

- . Las cláusulas de permanencia mínima, las multas o sanciones por terminación anticipada y las prórrogas automáticas deben mostrarse en un **documento aparte** al contrato, con una **letra de otro color** y fácilmente legible.
- . Deben **redactarse de manera clara** y expresa para que el suscriptor pueda entenderlas fácilmente.
- . Sólo se pacta por una vez al inicio del contrato.
- . **No** puede ser **superior** a un **(1) año**.
- . Sólo son aplicables si el suscriptor aceptó expresamente.
- . La multa o sanción por terminación anticipada no puede ser mayor al saldo del subsidio o financiación que originó la cláusula.
- . Cuando el operador ofrece un plan con cláusula de permanencia mínima, también debe ofrecer, al mismo tiempo, otra alternativa sin permanencia mínima para que el suscriptor pueda comparar las condiciones, sanciones y tarifas de las dos alternativas.

5. SERVICIO DE INTERNET

¿Qué se debe pagar al conectarse a Internet a través de la línea telefónica?

Si se accede a la red Internet a través del servicio telefónico, debe pagar por el **consumo de la llamada** y, adicionalmente, por el servicio de **acceso a Internet** a la empresa proveedora de este servicio.

¿Cómo es la conexión a Internet a través de la línea telefónica?

Hay tres formas de conectarse a Internet a través de la línea telefónica:

1. **Acceso a través de una cuenta** que se contrata con un Proveedor de Servicio de Internet (ISP). En este caso, el proveedor de Internet le cobrará al usuario un valor mensual por el servicio y éste cancelará, adicionalmente en su factura telefónica, las marcaciones de una llamada local. El número de teléfono que le proporcionará el ISP podrá ser un número **947 XXXXXX** con el cuál el usuario podrá recibir los beneficios de **tarifa plana** o **tarifa reducida** en su factura telefónica.
2. **Acceso por demanda**. En éste tipo de acceso el usuario paga un valor unificado por el servicio de Internet y la llamada local. Sólo se cobra por el tiempo real de navegación en minutos. Este acceso se hace a través de un número **01 948 XXXXXX** que lo proporciona el ISP.
3. **Acceso prepago**. En este caso se cancela por adelantado el tiempo de navegación. El proveedor del servicio proporcionará el número telefónico por el cuál el usuario podrá acceder al servicio. Con este tipo de conexión, se cancela una **tarifa de llamada local** al acceder al servicio. De la misma manera, también podrá beneficiarse de la **tarifa plana** o la **tarifa reducida** si la llamada se hace a número 01 947 XXXXXX.



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

¿Qué son la tarifa plana y la tarifa reducida ?

La **tarifa reducida** es aquella en la cual el operador de telefonía local cobra un valor inferior al de la llamada local por acceder al servicio de Internet. Los operadores de telefonía local ofrecen 2 tarifas diferentes **dependiendo de la hora** en la que se conecte a Internet, una tarifa para el día y una tarifa para la noche. Esta tarifa aplica tanto a estratos residenciales como a estratos no residenciales (comerciales e industriales)

La **tarifa plana** es aquella en la que el usuario se inscribe, dentro de los cinco días anteriores al cierre de su período de facturación, a un plan en el cual por una suma fija determinada, el operador ofrece **máximo 90 horas mensuales** de consumo por concepto de llamadas locales utilizadas para acceder a Internet. Esta tarifa aplica solamente a usuarios de estratos residenciales (1, 2, 3, 4, 5 y 6), y para beneficiarse de ésta tarifa es necesario solicitarla al operador.

Los operadores de telefonía local, quienes son los responsables de ofrecer y aplicar las tarifas, deben informar el valor de las tarifas en su página web o en la línea de atención al usuario. Para tener acceso a los beneficios de la tarifa plana y de la tarifa reducida, el proveedor de servicios de Internet (ISP) debe estar en el mismo municipio donde está el operador local, es decir, que la llamada debe ser local. Así mismo el ISP debe estar identificado con un número de la estructura **01 947 XXX XXXX**

¿A la tarifa plana y la tarifa reducida se les aplican subsidios y contribuciones?

Sí. Los estratos **2 y 3**, recibirán el porcentaje respectivo de **subsidios** y los estratos **5, 6 y no residenciales**, pagarán el porcentaje correspondiente de **contribución** tanto para la tarifa reducida, como para la tarifa plana.

A continuación encontrarán ejemplos de cómo aplicarían los subsidios y contribuciones para la tarifa reducida:

	Valor Máximo	Valor	Valor Mínimo		
Estratos	5, 6 y NR	4	3	2	1
8 AM a 8 PM	\$ 24	\$ 20	\$ 17	\$ 12	\$ 10
8 PM a 8 AM	\$ 12	\$ 10	\$ 8.5	\$ 6	\$ 5

Valores en pesos

¿Cómo se solicita la tarifa plana?

Enviando una solicitud al operador local, a más tardar cinco (5) días antes de la fecha de cierre de su periodo de facturación. Los usuarios pueden consultar una de sus facturas de telefonía local para establecer cuales son las fechas de corte de su facturación.





Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

6. TELEFONÍA PÚBLICA

¿Qué facilidades debe tener un teléfono público?

Los teléfonos públicos deben tener **acceso gratuito** a servicios de operadoras de información sobre números de usuarios, a números de **emergencias**, a números de **cobro revertido** y deben comunicar con las demás redes, es decir las de **larga distancia** y **las móviles** y contar con características técnicas que permitan a los discapacitados el acceso al servicio.

¿Qué información deben proporcionar los teléfonos públicos?

Los teléfonos públicos deberán proporcionar a los usuarios la siguiente información:

- **Tarifa** de la llamada
- Debe proporcionar **instrucciones** claras sobre la utilización del servicio
- Nombre y dirección de la **empresa** que presta el servicio
- Número gratis de atención y **servicio al cliente**

7. SERVICIOS EN PREPAGO

¿Qué información deben tener las tarjetas prepago?

Debe tener en forma destacada el **operador** responsable del servicio.

El operador debe ofrecer un **número gratuito** en el cuál los usuarios puedan obtener información sobre tarifas, promociones, utilización del servicio y presentar quejas y reclamos. Este número debe aparecer impreso en las tarjetas.

Unidad en la que tasan el servicio (**minutos o segundos**).

Tarifa del servicio.

Tiempo disponible . Esta información podrá suministrarse mediante el número de atención gratuito o de forma automática.

Tiempo de **vigencia** de la tarjeta a partir del primer uso. Esta fecha no puede ser menor a un (1) año.

¿Los usuarios de pueden conservar el número aunque no activen tarjetas?

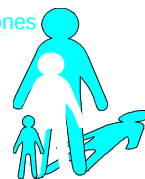
Los usuarios en modalidad de prepago tienen derecho a recibir llamadas y a conservar el número que les ha sido asignado, sin embargo, después de dos meses en que el usuario no genere llamadas, no active tarjetas prepago y no tenga saldos a su favor, el operador podrá disponer del número.



8. TARIFAS

¿Qué son subsidios y contribuciones?

En nuestro país la Ley de Servicios Públicos estableció que los usuarios de los estratos socio-económicos más altos deben pagar un **porcentaje adicional** sobre sus facturas que se denomina **contribución**, para que los usuarios de menores recursos tengan un **subsidio** en los servicios públicos. Para el caso de los servicios de telecomunicaciones, esto se aplica únicamente en el servicio de telefonía local.



¿Quién fija las tarifas?

Cada operador fija sus tarifas dependiendo de sus estructuras de costos. Para el caso del servicio de telefonía local, la **CRT establece cuál es el costo máximo** que puede recuperar una empresa que se encuentre regulada y le indica cómo debe la empresa calcular las tarifas.

En el caso de los demás servicios, como **larga distancia**, **celular**, **PCS** e **Internet**, etc, las tarifas son **calculadas libremente** por los operadores y la CRT no establece metodologías.

Este mecanismo regulatorio permite que las empresas establezcan las promociones, los planes especiales, los premios y los descuentos para que el consumidor colombiano goce de amplios beneficios.

¿Cómo se calculan las tarifas de telefonía local?

El mercado del servicio de telefonía local puede estar sujeto a dos regímenes regulatorios diferentes: el **vigilado** y el **regulado** (que se explica en este capítulo)

Para los operadores en **régimen regulado** la CRT estableció unos **topes máximos** o **costos máximos**, que reconocen una rentabilidad adecuada y unos criterios técnicos (vida útil de los sistemas, demanda del servicio y costos del servicio, entre los más importantes). Este proceso se llevó a cabo para el cálculo del servicio de una línea en estrato cuatro, durante un año.

Posteriormente, el operador reparte su costo en doce meses y esto es lo que se conoce como factura promedio mensual y aplica los porcentajes de subsidio y contribución a los distintos estratos.

Las tarifas del régimen regulado están afectadas, así mismo, por un **factor de calidad** definido por la CRT, teniendo en cuenta las normas mundiales que deben observar los operadores del servicio. Ese factor permite conocer el **nivel del servicio** que los operadores están prestando y le da al usuario la oportunidad de comparar la calidad del servicio con otros operadores.

Si recibo una llamada, ¿debo pagarla?

No, en Colombia se ha estipulado que **quien realiza la llamada es quien debe pagarla**, sea una llamada local, de larga distancia o móvil.

La única **excepción** son las **llamadas por cobrar**. En este caso, una operadora se pone en contacto con el receptor de la llamada quien tiene la opción de recibir o rechazar la llamada. En el caso de aceptarla será el receptor quien pague la llamada.



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

¿Cuáles son los números gratuitos?

Hay dos tipos de llamadas gratuitas, las llamadas a **números de emergencia** y las llamadas a líneas **01 800 XXXXXX**

· Números de emergencia

Los números de emergencia son aquellos destinados a salvaguardar la vida de los ciudadanos. Las llamadas a estos son gratuitas, es decir, no tienen costo para el usuario.

Los números de emergencia son:

Servicios	Número
Atención de desastres	111
Policía	112
Bomberos	119
Número Único Nacional de Emergencias	123
Secretaría de Salud - Ambulancia	125
Tránsito Departamental	126
Tránsito Municipal	127
Cruz Roja	132
Defensa Civil	144
Asistencia de Emergencias - Fuerzas Militares	146
Antisecuestro, Antiterrorismo, Antiextorsión	147, 165
CAI - Policía Nacional	156

- Los números **01 800 XXXXXX** son un servicio de **cobro revertido automático**, por definición, son números gratuitos utilizados por las empresas para que sus clientes no paguen por comunicarse con ella.

¿Qué son los números 01 90X's o de tarifa con prima?

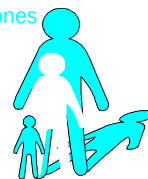
Los números **01 90X XXXXXX** son los que se utilizan para la prestación de servicios en los cuales se incluye el cobro de una tarifa con recargo. Por ejemplo **concursos**, **horóscopos**, **líneas calientes**, etc.



10. FACTURAS

¿Cómo deben ser las facturas?

- **Gratis y a domicilio** . Las empresas deben entregar las facturas sin costo para el usuario, en la dirección respectiva.
- **Oportunamente** . Deben entregarse por lo menos cinco (5) días antes de la fecha de pago oportuno
- **Detalladas**. Se debe informar claramente las unidades consumidas, el valor de la unidad de consumo, el valor pagado en la factura anterior, el tipo de servicio que se cobra. En las facturas del servicio de telefonía local se debe incluir también los valores de subsidio o contribución
- Cuando se trata de llamadas de larga distancia, de telefonía local extendida, de telefonía celular y PCS adicionalmente debe indicar la **fecha, hora y duración de la llamada** , el **número marcado** y el **valor total** de la llamada.
- Para las llamadas de larga distancia nacional e internacional se debe indicar el **destino** (ciudad y/o país) de la llamada
- Debe incluir los valores adeudados a la empresa y los **intereses de mora** , indicando cuál es la tasa de interés que se cobra.
- Se deben facturar aparte los servicios suplementarios, por ejemplo, contestador, llamada entre tres, despertador, etc.



¿Se puede recibir facturación detallada de telefonía local?

Los operadores pueden ofrecerla, pero sólo puede hacerse si para el operador es factible técnica y económicamente y previa solicitud del usuario. Si el operador puede ofrecerlo, **esto tendrá un costo adicional para el usuario** .

¿Debo pagar toda la factura?

Si. Se deben cancelar la totalidad de los valores facturados aunque sean incluidos varios tipos de servicios. Por ejemplo, en las facturas de telefonía local, también se facturan llamadas de larga distancia y llamadas a teléfonos móviles; cuando se realiza una conexión a Internet desde la línea telefónica, también se cobran estas llamadas en la factura. Por lo tanto se debe pagar la totalidad de los servicios facturados. Si existe un reclamo del usuario sobre las sumas facturadas, **debe pagar el valor de lo que está reclamando**, pero sólo si lo hace antes del vencimiento de la factura y si no tiene recargos por mora. Pero **sí debe pagar el resto** de los conceptos incluidos en la factura sobre los cuales no hay reclamo alguno.

¿Qué pasa si no se paga la factura?

Se aplicarán las sanciones que hayan sido pactadas en el contrato de servicio. **El servicio puede ser suspendido** , adicionalmente en la siguiente factura se cobrarán intereses de mora y después de un tiempo en que persiste el incumplimiento por parte del usuario, el operador puede reportarlo a una **central de riesgo** , como por ejemplo Datacrédito, y el historial de crédito del usuario puede verse perjudicado.

¿Cómo funciona el reporte a las centrales de riesgo?

Cuando exista la causa para que se reporte al usuario, el operador deberá informarle por lo menos con **10 días de anticipación** a que sea reportado. Cuando el usuario haya pagado, el operador debe sacarlo del reporte.



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

¿Qué se debe hacer cuando no llega la factura?

Si no recibió la factura a su debido tiempo, el usuario **debe pedírsela a la empresa** y reclamar un duplicado **para realizar el pago oportunamente** y evitar la suspensión del servicio.

¿Por qué algunas facturas presentan diferentes períodos de facturación?

Aunque en la factura se cobran los consumos del período inmediatamente anterior, también puede pasar que se cobren servicios prestados en períodos anteriores dejados de facturar por error u omisión de la empresa. En el caso de servicios domiciliarios, sólo se permite cobrar conceptos **de más de cinco (5) meses atrás**. Los servicios no domiciliarios se rigen de acuerdo a lo pactado en el contrato.

¿Cómo puedo controlar las llamadas no deseadas?

El control de consumo o bloqueo consiste en la posibilidad que tiene el usuario de restringir la marcación desde su teléfono a destinos de larga distancia (nacional o internacional) y móviles; esto es posible a través de un "**código secreto**", que le permite tener control sobre los consumos que se realizan en su residencia. Este bloqueo permite que sólo el suscriptor y las personas a las que éste les suministre la clave, puedan hacer llamadas de larga distancia y a teléfonos móviles desde un teléfono fijo.

Este servicio debe ser ofrecido por los operadores **de telefonía local y local extendida** que operen en el municipio, quienes están obligados a informar a sus usuarios, una vez al año, la forma de acceder y utilizar adecuadamente el código secreto y la ventaja que trae en cuanto a seguridad.

¿Tiene algún costo adicional para el usuario?

Aun cuando el servicio en sí mismo sí tiene un costo, el **operador debe suministrarlo** a sus usuarios **gratuitamente**, lo que significa que en la factura no puede aparecer un valor adicional y diferenciado por el servicio de control de consumo o bloqueo. El costo **lo incluyen** los operadores en el cálculo de **la tarifa del servicio local**.

10. PETICIONES, QUEJAS Y RECLAMOS

¿Qué son peticiones, quejas, reclamos y recursos?

Todo suscriptor o usuario tiene derecho a presentar **peticiones, quejas, reclamos y recursos** ante empresas prestadoras de servicios, con relación a la prestación del servicio o la ejecución del contrato.

Por su parte, las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios tienen la obligación de **implementar una oficina** de peticiones, quejas y reclamos, para recibir, atender, tramitar y responder las solicitudes que presenten los usuarios y los suscriptores reales o potenciales, en relación con el servicio que reciben.



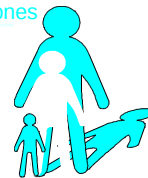
Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

Una **petición** es cualquier solicitud que el suscriptor o usuario le haga al prestador del servicio, relacionada con el servicio público que suministra.

Una **queja** puede presentarse por:

- La forma y condiciones en que se ha prestado el servicio.
- La actuación de algún funcionario de la empresa de servicios públicos.

Un **reclamo** es una solicitud con el objeto de que la empresa revise la facturación del servicio. Ésta no puede exigir que el usuario pague previamente la factura para así darle trámite a la reclamación, pues ésta es justamente sobre los valores facturados. El reclamo se debe presentar, máximo, con un día de antelación al vencimiento de la factura.



¿Qué procedimiento se sigue al presentar una petición, una queja o un reclamo?

- Toda petición, queja o reclamo debe dirigirse a la empresa en forma **verbal** o **escrita**, con una descripción clara y precisa de lo que se está solicitando.
- Al momento de recibir la solicitud, la empresa debe dar al usuario el número bajo el cual quedó radicada, para que de esta manera, éste pueda hacerle seguimiento.
- A partir de la presentación de la petición, queja o reclamo, la empresa cuenta con un término de **15 días hábiles para responder al usuario** ; puede tomarse un poco más de tiempo en caso de que las demoras hayan sido ocasionadas por el usuario que inició la actuación, o porque es necesario practicar algunas pruebas, en este caso debe informar al usuario.

La ley contempla que en caso de que la empresa no conteste la solicitud dentro del plazo ya mencionado, se produce el denominado **"término administrativo positivo"**, lo que significa que, al cumplirse el término se entenderá que la petición, queja o reclamo fue resuelto de forma favorable para el usuario.

Al darse este caso, la empresa debe reconocerlo a solicitud del usuario, dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del término. Si la empresa no hace el reconocimiento, el usuario puede acudir ante la Superintendencia mediante un oficio, para que ésta, a su vez, inicie las investigaciones correspondientes.

¿Cuándo se presenta un recurso?

El suscriptor o usuario presenta un recurso para que la empresa que le presta el servicio público domiciliario revise una decisión relacionada con la prestación del servicio o con la ejecución del contrato. No es necesario ir personalmente ni acudir a un abogado, y **debe presentarse dentro de los cinco (5) días siguientes** a la fecha en que el reclamante conoció la decisión.

Se puede presentar recurso de reposición ante una empresa, por los siguientes motivos:

- **Negativa a celebrar el contrato** de prestación del servicio.
- **Suspensión** de la prestación del servicio.
- **Terminación y corte** del servicio del servicio.
- Cuando se **decida desfavorablemente** un reclamo en relación con la facturación del servicio.



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

Al igual que para responder cualquier petición, la empresa cuenta con **quince (15) días hábiles**, contados a partir de la fecha en que se presenta el recurso, para responder y el plazo puede ser ampliado en el caso de necesitar pruebas.

El **recurso de apelación** procede en los casos que expresamente lo señale la ley. Las empresas tienen el deber de informar qué recurso procede en cada caso, cuál es el plazo para presentarlo y facilitar los formatos para que los usuarios los diligencien y los presenten.

El usuario, por su parte, al tiempo que presenta el recurso de reposición debe diligenciar un recurso de apelación ante el Gerente o Representante Legal de la empresa quien deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia respectiva. Esto significa que si la empresa decide el recurso de reposición de manera desfavorable para el usuario, automáticamente la solicitud se traslada a dicha Superintendencia para que analice los antecedentes y tome una decisión

¿Qué hacer si la empresa no resuelve el problema o si se niega a recibir la petición, queja o reclamo?

Las empresas de servicios públicos **no pueden negarse** a recibir quejas y reclamos. Si esto llegara a ocurrir, debe informarlo a la Superintendencia correspondiente.

Si su queja es sobre un servicio público domiciliario debe dirigirse a la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** y si es sobre un servicio no domiciliario deberá presentarla ante la **Superintendencia de Industria y Comercio**.

¿Ante quién se presentan las quejas si es un problema con el operador de telefonía local o de Larga distancia?

Si después de haber acudido ante el operador del servicio el problema persiste, usted puede quejarse ante la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**.

(Al final de este manual encontrará las direcciones y teléfonos donde podrá ponerse en contacto con ésta entidad)

¿Ante quién se presentan las quejas si es un problema con el proveedor de Internet (ISP)?

Si después de haber acudido ante el operador el problema persiste, se debe dirigir la queja ante la **Superintendencia de Industria y Comercio**.

(Al final de este manual encontrará las direcciones y teléfonos donde podrá ponerse en contacto con ésta entidad)

¿Ante quién se presentan las quejas si es un problema con el operador de telefonía móvil?

Si después de haber acudido ante el operador el problema persiste, puede dirigirse a la **Superintendencia de Industria y Comercio**.

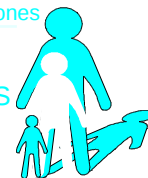
(Al final de este manual encontrará las direcciones y teléfonos donde podrá ponerse en contacto con ésta entidad)



Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

www.superservicios.gov.co



Dirección Territorial Centro

- Cundinamarca
- Boyacá
- Tolima
- Huila
- Casanare
- Meta
- Guaviare
- Guainía
- Bogotá
- Vaupés
- Vichada
- Amazonas
- Caquetá
- San Andrés y Providencia

Cra. 18 No. 84-35
Tel. (1) 691 3005 - 691 3014
Bogotá
sspd@superservicios.gov.co

Dirección Territorial Occidente

- Antioquia
- Chocó
- Risaralda
- Caldas
- Quindío

Av. 33 No. 74B - 253
Tel (4) 412 4477
Medellín

Dirección Territorial Norte

- La Guajira
 - Magdalena
 - Atlántico
 - Bolívar
 - Córdoba
 - Sucre
 - Cesar
- Cra 59 No. 75-134
Tel fax. (5) 368 1907
(5) 360 7272 - 73/74
Barranquilla

Dirección Territorial Oriente

- Santander
 - Norte de Santander
 - Arauca
- Cra. 34 No. 54-92
Tel. (7) 643 2781
(7) 643 3665
Bucaramanga
sspd@epb.multi.net.co

Dirección Territorial Suroccidente

- Valle del Cauca
- Cauca
- Putumayo

Calle 26 Norte No. 6Bis - 19
Tel. (2) 667 2741
(2) 635 0059
Cali
superint.serv@emcali.net.co

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

www.sic.gov.co

Cra 13 No. 27-00

Tel. (1) 523 1131

018000-910165 Bogotá

info@sic.gov.co



CRT

Comisión de Regulación
de Telecomunicaciones
República de Colombia

Atención al usuario

01-8000-99278

atencioncliente@crt.gov.co

Bogotá - Colombia

Carrera 11 No. 93-46 Piso 2

Tel: (1) 6355550

Fax: (1) 6355551

www.crt.gov.co

www.comusuarios.gov.co