

PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN MODERNA Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Mariana Bernal-Fandiño*
Lorenzo Villegas-Carrasquilla**

RESUMEN

Este artículo es uno de los productos del proyecto de investigación “Interpretación y Aplicación del Derecho Privado”, adelantado por el Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Con el artículo se pretende analizar en una primera parte, la manera como a raíz de la llamada crisis de la teoría clásica del contrato y el surgimiento de modernas formas de contratación, como los contratos de adhesión, se facilitan las posibilidades de abuso de la parte contractual más fuerte. De este análisis surge la necesidad de revisar los diferentes tipos de soluciones que se han propuesto y la forma en que el ordenamiento colombiano las ha adoptado. En una segunda parte se estudia el nuevo régimen de protección a usuarios en telecomunicaciones, como una reglamentación especial que surge de la necesidad de eliminar la asimetría existente entre los operadores de telecomunicaciones y los usuarios. Aunque la protección cubre diversos aspectos, gran parte de la normatividad ahí contenida se refiere a la relación contractual

*Fecha de recepción: Septiembre 9 de 2008
Fecha de aceptación: Octubre 3 de 2008*

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, máster en derecho comercial y máster en derecho internacional privado de la Universidad de París II. Candidata al doctorado en derecho de la Universidad de París II. Actualmente es profesora investigadora del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes, máster en derecho constitucional y máster en derecho público de la economía de la Universidad de París II. Candidato a doctor en derecho de la Universidad de París II. Profesor de derecho de la Universidad Pontificia Javeriana, Universidad Externado de Colombia, Universidad de los Andes, Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente es experto comisionado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de Colombia. El presente texto es de responsabilidad entera y única del autor y no compromete en nada a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones-CRT.

para la prestación del servicio, a falta de una reglamentación general en Colombia sobre contratos de adhesión.

Palabras clave: contratos de adhesión, cláusulas abusivas, protección a usuarios de telecomunicaciones.

PROBLEMS OF MODERN CONTRACTUAL FORMS AND USER'S PROTECTION REGIME IN TELECOMMUNICATIONS

ABSTRACT

This article is the result of the research project "Interpretation and Application of Private Law" that has been carried out by the Study Group on private law in Pontificia Universidad Javeriana. This article analyses firstly the way the changes around the traditional contract theory and the development of new contractual forms such as contracts of adhesion that can cause abuse of rights against the adherent. Hence the need to look through the solutions that have been adopted in Colombia and elsewhere. In a second part, we revise the user's protection regime in telecommunications, as a special regulation created to eliminate the breach between the operators and the users. Even though the regulation protects many aspects, most of it refers to contractual relationships, due to the lack of a general regulation of contracts of adhesion in Colombia.

Key words: *contracts of adhesion, abusive clauses, user's protection regime in telecommunications.*

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido sobre la crisis de la teoría clásica del contrato, fundamentada en las bases que sentó el código civil francés, que acogió el pensamiento liberal e individualista de la época y que influyó en diferentes ordenamientos como el nuestro. La libertad y la igualdad de las partes, pilares fundamentales de esta teoría, puede decirse que subsisten en el ámbito jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico, y al existir desigualdad económica se generan fácilmente abusos en la contratación.

En efecto, la revolución industrial inglesa y la revolución francesa, entre otras situaciones, desencadenaron movimientos sociales que en el campo del derecho de los contratos incidieron en una libertad contractual más formal que real. Esa libertad contractual formal va acompañada de una igualdad también formal que como consecuencia de la realidad socio-económica evidencia cada vez más la diferencia entre las partes que intervienen en el contrato. Así, ya las partes no se encuentran en pie de igualdad para negociar como era la concepción en la época

de la redacción de nuestro código, sino que surge el fenómeno de la parte débil en los contratos.

El creciente capitalismo ha originado un cambio en las estructuras económicas y sociales, que se refleja en el fenómeno de la producción en masa o en serie de los bienes y servicios. Este tráfico en masa se ve estimulado por la multiplicación del número de consumidores en los grandes centros urbanos y por los medios masivos de comunicación que extienden a lugares apartados la necesidad del consumo. La circulación de este tipo de bienes y servicios producidos en serie no es posible ubicarla en la forma tradicional de negociación, por lo que se presentan importantes cambios en la forma de contratación contemporánea¹.

En el derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe una negociación para determinar el contenido del contrato, a diferencia con lo que ocurre en las formas modernas de contratación masificadas, donde los sujetos son anónimos y no existe negociación de contenidos, considerándose limitada o para algunos hasta anulada la libertad de contratar².

SALEILLES en su obra «*La déclaration de volonté*», publicada en 1901, observó que los contratos de trabajo, de seguro y de transporte no descansaban en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del código se había sustituido por lo que denominó por primera vez contratos de adhesión. Para SALEILLES constituían actos unilaterales a través de los cuales un contratante dicta su ley no solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada; no los considera contratos, pues se presenta el predominio exclusivo de una voluntad sobre la otra³.

Para la doctrina moderna, se trata de un contrato de contenido predispuesto e impuesto⁴, y si bien, mucho se discutió sobre la unilateralidad o bilateralidad de su naturaleza, en la actualidad prácticamente hay acuerdo sobre la voluntad manifiesta

1 ARRUBLA PAUCAR, JAIME. *Contratos mercantiles*, T. III, ed. Diké, sexta edición, 2006.

2 Consideramos interesante diferenciar dos clases de libertades que otorga la autonomía de la voluntad con respecto a los contratos, así, por una parte tenemos la libertad de contratar, entendida como el derecho o facultad para contratar o no. Por otra parte, tenemos la libertad contractual o de configuración interna, que se refiere a la posibilidad de las partes de decidir sobre la forma y el contenido del contrato. Sobre esta distinción ver MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina general del contrato*, 3ª edición, ed. Ejea, Buenos Aires, 1986.

3 SALEILLES, RAYMOND, *De la déclaration de volonté*. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Paris, LGDJ, 1929.

4 CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, Los contratos de adhesión: problemas y soluciones, *Revista de derecho civil* N° 3, noviembre de 1985, p. 9, citado por Diego Salazar. Asimetrías de información y análisis económico de los contratos por adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual, *Revista de derecho privado* N° 37, Universidad de los Andes, diciembre 2006.

de ambos contratantes en la medida en que se conserva por parte del adherente un mínimo de voluntad al aceptar las condiciones que se le presentan. Para TODD RAKOFF, el contrato de adhesión tiene como elementos constitutivos⁵:

1. Es un documento (forma impresa) que establece unas condiciones, el cual pretende ser un contrato;
2. el formulario ha sido redactado por o en beneficio de una de las partes;
3. la parte redactora del contrato lleva a cabo en forma rutinaria en otras transacciones el tipo de operación previsto en el documento;
4. el formulario se presenta al destinatario para que acepte las condiciones sin discutirlos, salvo ciertos elementos como el precio;
5. el documento es firmado por el adherente;
6. el adherente realiza pocos negocios de ese tipo;
7. la principal obligación del adherente es generalmente el pago de dinero.

El tráfico mercantil acelera el ritmo de la contratación. La organización empresarial debe racionalizar sus energías y sus gastos, y lo logra en gran medida a través del uso de un contrato preestablecido, mediante formularios, lo que conlleva tanto ventajas como desventajas. Así, por una parte se desarrollan los negocios con una mayor velocidad, se disminuyen los costos de transacción, se pueden regular cuestiones técnicas de manera uniforme, las condiciones se presentan con unidad y claridad, implica un trato igualitario para los contratantes, entre otros. Pero por otra parte, a su vez, se presenta una reducción al máximo o incluso en algunos casos la falta de posibilidad de negociar el contenido del contrato al dar el consentimiento, se presenta con mayor facilidad el abuso de la posición dominante, la posibilidad de limitar la responsabilidad, la incoherencia y oscuridad en las cláusulas. Consideramos entonces que sin pretender evitar la contratación masiva⁶ que resulta ventajosa para la economía, surge la necesidad de limitarla para evitar los abusos que se deriven de sus manifestaciones⁷.

En este orden de ideas, la respuesta que se ha generado en diversos ordenamientos ha sido la preocupación por la protección particular al consumidor, pues las relaciones comerciales que surgen del tráfico de bienes se convirtieron en relaciones de anonimato total. Adicionalmente, se crean en el consumidor una serie de necesidades

5 RAKOFF, TODD, Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de derecho privado* N° 37, Universidad de los Andes, diciembre 2006.

6 Es importante aclarar que, si bien la contratación masiva o contratación a través de condiciones uniformes y los contratos de adhesión generalmente se tratan como fenómenos similares, Juan Pablo Cárdenas realiza sus diferencias al afirmar que mientras en el contrato de adhesión se hace énfasis en la imposibilidad de discutir las condiciones, en la contratación masiva adicionalmente se hace referencia al hecho de que el contrato es aplicable a un número plural de personas. Ver CÁRDENAS, JUAN PABLO, *Justicia y abuso contractual, Los contratos en el derecho privado*. Ed Legis, Bogotá, 2007, p. 697.

7 QUESADA, ANTONIO JOSÉ. Concepto de contrato y figuras novedosas bajo su manto. *Noticias jurídicas*, junio 2001. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200106-4551019510121691.html>

artificiales, la fabricación en serie conlleva defectos que ponen en peligro la seguridad del usuario y los mecanismos de financiación se otorgan usualmente sin tener en cuenta la capacidad adquisitiva del usuario.

Esta situación del consumidor en la contratación moderna será analizada en primer lugar desde el punto de vista del ordenamiento colombiano de manera general (I) para después detenernos en el estudio de la protección al consumidor en materia de tecnologías de la información y telecomunicaciones (TIC), pues es un sector que por el dinamismo que lo caracteriza ha avanzado mucho en el tema, en particular con la reciente regulación sobre protección al usuario (II).

I. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN EN COLOMBIA

La protección al consumidor es uno de los temas del derecho que más ha evolucionado en los últimos años, y su finalidad es mantener la confianza de las personas en el mercado. Inicialmente con los cambios en las formas de contratación, nuestro ordenamiento se limitó a reprimir la competencia desleal, y solo recientemente se le dio relevancia a la protección al consumidor, con los decretos 3466 y 3467 de 1982, para la defensa del consumidor en la distribución de bienes y servicios. Esta normatividad se aplica a las relaciones de consumo en las cuales una parte es el consumidor final y la otra es el comerciante, exceptuándose así las prestaciones de servicios laborales y las de profesiones liberales⁸, entendiéndose por 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”*⁹.

La protección al consumidor se ha basado en la responsabilidad por productos defectuosos, las garantías, el deber de información, la publicidad y los contratos de adhesión. Para efectos de este artículo, nos concentraremos en la protección al consumidor en materia de contratos de adhesión, particularmente con respecto a la inclusión de cláusulas abusivas (A) para después analizar los efectos de tales cláusulas (B).

A. CONTRATO DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

El problema principal de los contratos de adhesión consiste en la posibilidad de incluir cláusulas que permitan el abuso de la parte débil del contrato, de ahí la importancia de analizar su tratamiento en Colombia.

8 GIRALDO, ALEJANDRO, *El estado de situación de la protección al consumidor en el ámbito nacional y comunitario: una propuesta de decisión 1982-2002*. Biblioteca digital andina, disponible en <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/CAN-PAS-0003.pdf>

9 Artículo 1° del Decreto 3466 de 1982.

Pese a las discusiones iniciales sobre la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, la jurisprudencia colombiana señaló que para que haya acto jurídico es suficiente que una de las partes se limite simplemente a aceptar las condiciones de la otra y que exista voluntad en la medida que se puede aceptar o rechazar la oferta¹⁰.

En la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, la legislación se expresa por primera vez sobre los contratos de adhesión con unas consecuencias jurídicas importantes. Si bien en Colombia no existe una regulación integral sobre cláusulas abusivas, esta ley adopta un sistema de lista de cláusulas prohibidas, de manera indicativa y no taxativa, y adicionalmente se consideran abusivas “*cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo*”. Este tratamiento es similar al de la directiva 93/13 expedida en 1993 por la Comunidad Económica Europea para proteger al consumidor, la cual establece un catálogo de cláusulas consideradas abusivas, además de una cláusula general de buena fe que impida afectar el equilibrio contractual: “*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*”.

La directiva mencionada también controla las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad, pero solamente se aplica a las estipulaciones de los contratos con consumidores que no se hayan negociado individualmente. Sobre este punto, en Colombia la jurisprudencia ha sido muy tradicional, al considerar que las cláusulas que exoneran de responsabilidad de manera general no producen efecto cuando se trata de exonerar por daños causados por dolo o culpa grave¹¹.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el equilibrio contractual en los contratos conmutativos se basa en la equivalencia de las prestaciones de las partes. Luego, una ventaja excesiva o un desequilibrio significativo estarían negando la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, la Corte Suprema analizó la viabilidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad de una compañía de *leasing* por vicios ocultos y en general por defectos técnicos, precisando que al tratarse de un contrato de *leasing* financiero no se trataba de una cláusula abusiva, ya que el destinatario de la misma no se encontraba en una situación de desventaja o desproporción injustificada, puesto que se le han transferido los derechos para reclamar ante el proveedor del bien, que él mismo analizó y escogió, siendo la compañía de *leasing* una intermediaria en su adquisición¹².

10 Corte Suprema de Justicia, sentencias del 15 de diciembre de 1970 (G.J.T. 136, pp. 183 y ss.) y del 29 de agosto de 1980, citado por CÁRDENAS, JUAN PABLO, op. cit., pp. 715.

11 Interpretación que se basa en los artículos 63 y 1522 de nuestro Código Civil.

12 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de diciembre del 2002, magistrado ponente CARLOS IGNACIO

Vemos entonces que nuestra jurisprudencia frente a la interpretación de los contratos de adhesión ha optado por una visión clásica de la protección de los consumidores, sujetándolos al derecho común. La Corte Suprema, en sentencia del 29 de agosto de 1980, reconoce la importancia de diferenciar los contratos negociados de los de adhesión, pero no indica soluciones a la problemática de la nueva forma de contratar¹³: “...*el contrato de adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquel una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptarlo o rechazar sin posibilidades de hacer contrapropuestas*”.

Más adelante la Corte, en sentencia de 19 de octubre 1994 del magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Scholss, aceptó la posibilidad de reclamar perjuicios por ejercicio abusivo del poder dominante en materia contractual. La Corte Constitucional a su vez refiriéndose a contratos de medicina prepagada, hace respetar las reglas de juego pactadas, al tener en cuenta las expectativas que tenían los usuarios¹⁴.

Adicionalmente, la Corte Suprema recientemente ha determinado que son

*“características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente–: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–, y c) que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”*¹⁵.

B. EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Nuestro ordenamiento, siguiendo la evolución del derecho continental europeo, intentó controlar inicialmente las cláusulas abusivas mediante las normas del derecho común de los contratos, recurso que resultó insuficiente por diversas razones. Por una parte, se controlaba en el mejor de los casos la aplicación de la cláusula, en vez de evitarse su inclusión. Por otra parte, se presentaban situaciones en las cuales no se podrían sancionar las cláusulas a través de la ausencia o vicios del consentimiento, cuya consagración legal es manifiesta. En efecto, existen contratos en los que se incluye una cláusula que es existente, válida y eficaz en el sentido que no contraría normas que tipifiquen la situación, pero que al desconocer los intereses de una de las partes resulta inaceptable por el desequilibrio manifiesto que representa. Por esta razón se han acogido alternativas distintas, como la aparición

JARAMILLO.

13 Citado por ARRUBLA, JAIME, op. cit., pp. 108.

14 Corte Constitucional, sentencia T-307 de 1997, citada por CÁRDENAS, JUAN PABLO, op. cit., p. 717.

15 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de febrero del 2001, magistrado ponente CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

de leyes especiales que se ocuparan del fenómeno de las condiciones generales y el control de las cláusulas abusivas, o como algunos autores han sugerido, la interpretación de las cláusulas a la luz del principio del no abuso del derecho¹⁶. Sobre esta última posibilidad, el doctor SERGIO MUÑOZ LAVERDE¹⁷ explica cómo la introducción de este tipo de cláusulas vulnera la norma imperativa consagrada en el artículo 95 de la Constitución Política que impone, como deber de la persona y del ciudadano, “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”, cuya consecuencia, de acuerdo con nuestro ordenamiento, no es otra que la nulidad absoluta prevista en el ordinal 1º del artículo 899 del Código de Comercio, que dispone que será nulo absolutamente el negocio, “[*c*]uando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Sin embargo, es preciso analizar la dificultad de pretender que con un listado o incluso una regla general se pueda determinar si una cláusula es o no abusiva, cuando dependiendo del contexto del negocio en particular, la cláusula tendría o no esta calidad. El ejemplo anteriormente citado, sobre la sentencia de la Corte Suprema, en cuanto a la viabilidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad de una compañía de *leasing* por vicios ocultos y en general por defectos técnicos, demuestra cómo en un listado podría estar esa cláusula como prohibida –como en efecto ocurre en otros ordenamientos–, y sin embargo, en el caso en concreto no representa un abuso.

Así las cosas, podemos observar que se han consagrado unos límites para el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, mediante figuras como la ineficacia de pleno derecho (caso de la Ley 142 de servicios públicos domiciliarios), la inexistencia (como en las “cláusulas sorpresivas” en las que se puede aducir la falta de consentimiento), la nulidad absoluta (en los casos de exoneración total de responsabilidad analizados anteriormente, pues la condonación del dolo futuro no vale), la nulidad relativa, (si la inclusión de la cláusula se originó en vicios del consentimiento), entre otras.

II. LA PROTECCIÓN A LOS USUARIOS EN TELECOMUNICACIONES¹⁸

En agosto del 2007, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- expidió el nuevo régimen de protección a los usuarios de los servicios de

16 CÁRDENAS, JUAN PABLO. *Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad*. Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI, Universidad Javeriana-Diké. En curso de publicación.

17 MUÑOZ LAVERDE, SERGIO. *La nulidad absoluta de las cláusulas abusivas en el derecho privado en Colombia*. En curso de publicación.

18 Es importante aclarar que regulatoriamente existe una diferencia entre el usuario y el suscriptor del servicio. Usuario es cualquier persona que se beneficia con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. Suscriptor es la persona que ha celebrado un contrato de prestación de servicios públicos. El régimen se

telecomunicaciones mediante la resolución CRT 1732 del 2007, que se desprende de la Ley 142 de 1994, la Ley 555 del 2000 y la Decisión 438 de la Comunidad Andina. La justificación regulatoria principal es la de eliminar la asimetría existente entre los operadores de telecomunicaciones y los usuarios, principalmente en lo que se refiere a las asimetrías de información. En esa medida, el régimen se aplica a las “relaciones surgidas en virtud del ofrecimiento y prestación de los servicios de telecomunicaciones”¹⁹ entre los usuarios y los operadores de telecomunicaciones, es decir, al contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones. Este es un acuerdo de voluntades, realizado entre un operador de telecomunicaciones y un suscriptor, que tiene por objeto el suministro de uno o varios servicios públicos de telecomunicaciones y que, por sus características, es en general un contrato de adhesión, cuyas cláusulas han sido definidas de manera unilateral por el operador oferente del servicio. De acuerdo con la Ley 142 de 1994, cuando se refiere a servicios públicos domiciliarios, el contrato se denomina de condiciones uniformes.

Sin embargo, es importante analizar brevemente el ámbito de aplicación del régimen y sobre cuáles contratos recae la protección regulatoria. A pesar de que existe una presunción regulatoria con respecto a que los usuarios se encuentran en un estado de inferioridad en relación con los operadores, el parágrafo del artículo 1º de dicha resolución, modificada por la resolución CRT 1764 del 2007, advierte que el régimen no se aplica a las relaciones en las cuales las características de la red y la totalidad de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas han sido negociadas y pactadas de mutuo acuerdo entre el usuario y el operador²⁰. Es decir, el usuario protegido es aquel que se debe acoger a las condiciones contractuales ofrecidas por el operador y, en ese sentido, la CRT delimita el campo de acción del operador en dicha relación contractual. Lo anterior se desprende de la misma redacción de la resolución que establece obligaciones ciertas en cabeza del operador, conductas deseables, más que derechos abstractos para el usuario.

Si bien es un texto extenso, completo, que trata diferentes aspectos de la protección al usuario, gran parte de la normatividad ahí contenida se refiere a la relación contractual para la prestación de servicios públicos, tanto en el momento precontractual, como en la celebración, ejecución, terminación e incluso después de haber terminado el contrato. Para los efectos del presente documento, nos enfocaremos en los puntos centrales de la relación contractual regulada.

aplica a ambas categorías, aunque algunas normas se dirigen exclusivamente a los suscriptores. Sin embargo, para efectos del presente artículo, trataremos de manera indistinta al usuario y al suscriptor, y en general nos referiremos a la categoría más amplia de usuario.

19 Artículo 1º de la Resolución CRT 1732 del 2007.

20 Parágrafo del artículo 1º de la Resolución CRT 1732 del 2007, modificada por la Resolución CRT 1764 del 2007.

A. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA RELACIÓN ENTRE EL OPERADOR Y EL USUARIO

Son tres los principios que rigen la relación entre el operador y el usuario. El principio de favorabilidad, que tiene su origen en el derecho supranacional andino, dispone que “*toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y cláusulas contractuales dentro de la relación entre el operador*”²¹ y el usuario será decidida a favor de este último, de manera que prevalezcan sus derechos. Así, este principio impone un marco de interpretación y ejecución del contrato pro usuario que debe predominar en todo momento, imponiéndose como criterio tanto para el operador como para las autoridades que puedan revisar esa relación, como los jueces o las superintendencias de servicios públicos o industria y comercio. El principio de libertad de elección prevé que le corresponde al usuario de manera exclusiva elegir el operador y los servicios que desea. En esa medida, se prohíben los acuerdos de exclusividad y las conductas tendientes a determinar la elección del usuario, por parte de los operadores u otros con poder sobre el usuario²². El tercer principio es el del suministro del servicio, el cual dispone que los operadores deben prestar los servicios de forma continua y eficiente, atendiendo los principios de igualdad, no discriminación y de libre competencia²³. Este, entonces, simplemente plasma el hecho de que las telecomunicaciones son un servicio público con ciertas características fundamentales en su prestación.

B. OBLIGACIONES PRECONTRACTUALES

En cuanto a las obligaciones precontractuales, además de las previstas en las leyes, la resolución establece un deber general de información. Así, el operador, antes de la celebración del contrato, debe suministrar a los potenciales usuarios información clara y veraz, suficiente y precisa acerca del servicio ofrecido²⁴. La regulación indica, por lo tanto, que los operadores deben, como mínimo:

- entregar copia escrita²⁵ del contrato, donde se indiquen claramente las condiciones que rigen el uso y suministro del servicio y el valor a pagar;
- informar sobre los riesgos relativos a la seguridad de la red y del servicio;
- mantener disponible información gratuita sobre: el régimen de protección al usuario, dirección de oficinas de PQR²⁶ y atención al usuario, procedimiento de

21 Artículo 2°.

22 Artículo 4°.

23 Artículo 3°.

24 Aunque es importante aclarar que este deber de información también existe en todo momento durante la ejecución del contrato, artículo 8°.

25 La regulación permite que cuando se exija información o documentos por escrito, se puedan utilizar medios diferentes al impreso, siempre y cuando se permita la lectura. Esto tiene una excepción: cuando la regulación exija que debe estar impreso, salvo autorización del usuario en contrario. Párrafo del artículo 8°.

26 Peticiones, quejas y recursos.

las PQR, alternativas de contratación, tarifas vigentes de todos los planes vigentes, modelos de todos los contratos correspondientes a los servicios y planes ofrecidos, entre otros.

C. FORMA Y CONTENIDO DEL CONTRATO

En los artículos 9 y 10 de la resolución mencionada, la CRT establece tanto la forma como el contenido del contrato. En esa medida, la regulación define que el contrato debe estar elaborado en letra no inferior a tres milímetros y debe contener las siguientes condiciones, entre otras: (i) partes; (ii) servicios contratados; (iii) precio y forma de pago, tarifas y la forma como serán modificadas; (iv) obligaciones de las partes; (v) derechos de las partes; (vi) condiciones para el cambio del plan; (vii) condiciones y procedimientos de suspensión y terminación del contrato; (viii) causales de incumplimiento de las partes; (ix) trámites de PQR y las autoridades de vigilancia y control; y (x) condiciones para la cesión del contrato y traslado de domicilio, de ser técnicamente posible.

Para un lector desprevenido puede parecer exagerada la intromisión regulatoria dentro de la relación contractual, a tal punto de definir incluso la letra del contrato y su contenido mínimo. Sin embargo, desde la perspectiva regulatoria, dicha intervención tiene una lógica importante: el contrato debe ser la principal defensa del usuario y en la medida que este conozca todas sus condiciones, obligaciones y derechos al inicio de la relación contractual, elimina de cierta forma la desigualdad existente que surge de la naturaleza misma del contrato de adhesión, entre quien ofrece el contrato y quien lo suscribe.

Bajo este esquema, las partes pueden acordar cláusulas adicionales a las anteriormente mencionadas. Sin embargo, la regulación también dispone un listado de cláusulas que se encuentran prohibidas y en ese sentido no pueden incluirse dentro del contrato²⁷. En general, se encuentran prohibidas las cláusulas que limitan la responsabilidad del operador con respecto a lo establecido en la ley, aquellas que permiten al operador terminar unilateralmente el contrato por razones distintas a las previstas en la regulación, las que prevén una renuncia anticipada de derechos por parte del usuario, las que presuman cualquier manifestación de voluntad en el usuario²⁸, limiten el derecho del usuario a terminar el contrato o a solicitar la indemnización o compensación debida.

²⁷ Artículo 12.

²⁸ Esta prohibición es esencial en la relación de usuario y operador, teniendo en cuenta las experiencias pasadas, en las cuales se daba por entendida la aceptación del usuario para aceptar un servicio cuando no se manifestaba en contrario de inmediato. Sin embargo, el artículo 12.5 permite que se presuma la voluntad del usuario cuando se den dos condiciones: a) se dé al usuario un plazo mínimo de treinta días calendario a partir del ofrecimiento para manifestarse en forma explícita y b) en el escrito de ofrecimiento el operador haga saber al usuario las consecuencias que se derivarán de su silencio, una vez surtan los treinta días.

Como desarrollo del principio de libre elección, el artículo 15 establece que los operadores deben ofrecer siempre una alternativa de suscripción que no implique una permanencia mínima del usuario en el contrato²⁹. En este sentido, le corresponde al usuario valorar y ponderar las opciones y decidir qué opción es la que más le conviene.

Del principio de suministro del servicio se desprenden varias consecuencias en la ejecución del contrato. Prevé el artículo 37 de la mencionada resolución que “el incumplimiento de las condiciones de continuidad a las que está sujeta la prestación de los servicios de telecomunicaciones, por causas imputables al operador, da derecho a los suscriptores o usuarios a la terminación inmediata del contrato, sin penalización alguna u obtener la compensación por el tiempo que el servicio no estuvo disponible, siempre que así lo soliciten”, conforme a lo dispuesto en la regulación. En este sentido, corresponde al usuario decidir si termina el contrato o recibe una compensación que puede ser en dinero o en tiempo³⁰. Esta importante garantía para el usuario, que le permite exigir un servicio público de calidad, proviene del derecho andino y se diferencia de la reparación contenida en el artículo 137 de la Ley 142 de 1994³¹.

De acuerdo con lo establecido en la regulación, los operadores de telecomunicaciones no pueden modificar, en forma unilateral, las condiciones pactadas en los contratos, ni pueden hacerlas retroactivas, además de que no pueden cobrar ni imponer servicios que no hayan sido aceptados por el usuario³².

D. SUSPENSIÓN, INTERRUPCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El régimen de protección al usuario también prevé diversas reglas sobre la suspensión, interrupción y terminación del contrato. La suspensión es una interrupción temporal del servicio³³ y puede darse de mutuo acuerdo, cuando

29 Regulatoriamente, la cláusula de permanencia mínima estar contenida en un documento aparte del contrato principal, en letra no inferior a cinco milímetros y en una hoja de color diferente de la del contrato principal y solo podrán ser pactadas cuando se ofrezcan planes que financien o subsidien equipos terminales, cargos de conexión o cuando se incluyan tarifas especiales. Solo se podrá pactar una vez al inicio del contrato y nunca puede ser superior a un año. La regulación va hasta tal punto de establecer la redacción de la cláusula de permanencia mínima. Igual estipulación se prevé cuando el contrato prevea preaviso para la no prórroga del contrato o terminación unilateral.

30 El artículo 37 hace referencia al anexo 1 de la resolución donde se establece una metodología para realizar la compensación.

31 Dicha reparación tiene otros efectos y se aplica para los servicios de telecomunicaciones que son domiciliarios. La compensación y la reparación no son excluyentes, conforme ha conceptualizado la CRT.

32 Artículo 13.

33 Es importante anotar que regulatoriamente existen también dos tipos de interrupción del servicio, cuyas condiciones están previstas en el artículo 38 y en el 68. Con respecto al primero, estas son interrupciones superiores a treinta

la causa de la suspensión sea imputable al usuario o cuando la causa de la suspensión no sea imputable al usuario. Cada uno de estos tipos de suspensión tiene consecuencias distintas. En primer lugar, la suspensión de mutuo acuerdo, reglada por el artículo 67 de la resolución, prevé que esta ocurre cuando el usuario solicita de manera sustentada al operador la suspensión temporal. Este podrá aceptarla cuando considere que no produce efectos en terceros. En cambio, la suspensión temporal del servicio por causas imputables al usuario, por ejemplo, el no pago oportuno de la factura conforme lo dispone la regulación³⁴, genera a favor del operador cobros que estén especificados en el contrato. Igualmente, el operador podrá cobrar el valor de la reconexión al usuario. Finalmente, cuando no sea imputable al usuario, no puede generar ningún cobro³⁵.

La otra modalidad de interrupción es la contenida en el artículo 68 de la resolución, que dispone que el usuario puede solicitar al operador la interrupción del servicio en cualquier momento, con la simple manifestación de su voluntad sin que el operador “*pueda oponerse por motivo alguno, solicitarle explicaciones de su decisión, ni exigir documentos innecesarios*”, o al vencimiento del plazo contractual cuando no medie prórroga.

Finalmente, dispone la regulación que el usuario tiene derecho a terminar el contrato en cualquier momento, siempre que pague las obligaciones contractuales pendientes. Incluso, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la resolución en comento, si el contrato está sujeto a cláusula de permanencia mínima, el usuario puede terminarlo antes de finalizado el tiempo contenido en el acuerdo como permanencia mínima, pero deberá pagar las sumas asociadas a la terminación anticipada que le hayan sido previamente informadas, que deben corresponder en principio a los montos debidos por la financiación del terminal o del cargo de conexión, entre otros. En ese sentido, se encuentra prohibido que se pacten o se cobren sanciones o multas por la terminación anticipada del contrato, existan o no cláusulas de permanencia mínima.

CONCLUSIONES

A falta de una normatividad integral en Colombia sobre el tratamiento de los contratos de adhesión y, en particular, sobre la inclusión de cláusulas abusivas en los mismos, han surgido una serie de leyes especiales y manifestaciones jurisprudenciales que dan luces para lograr una mayor equidad contractual. Un ejemplo importante que ilustra este tipo de reglamentaciones especiales se encuentra en el nuevo régimen de protección a los usuarios que expidió recientemente la CRT,

minutos programadas y realizadas por el operador con la autorización de la CRT, con el fin de realizar pruebas y mantenimiento de la red para mejorar la calidad del servicio. El segundo será tratado posteriormente.

34 Artículo 45.

35 Artículo 66.

en el cual se refleja la preocupación por la asimetría de las partes en lo que la Ley 142 denomina los contratos sujetos a condiciones uniformes.

Surge entonces la inquietud sobre si el ideal para limitar los abusos que pueden presentarse a través de las modernas formas de contratación consiste en una reglamentación general para los contratos de adhesión, o si, dadas las particularidades de cada sector como el financiero, el asegurador, los servicios públicos, entre otros, resulta más conveniente la elaboración de normas especiales que se adapten a las diferentes necesidades de unos y otros.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. *Contratos especiales en el siglo XXI*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME. *Contratos mercantiles*, T. III, ed. Diké, sexta edición, 2006.
- AYNES, LAURENT, *Vers une déontologie du contrat?*
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassatio
- BARRIO, FERNANDO. ¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión. *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, septiembre del 2006, Vol. 1, N° 2, pp. 123-136.
- BEALES, HOWARD, ET AL. The efficient regulation of consumer information. *Journal of Law and Economics*. Universidad de Chicago. Vol. XXIV (diciembre de 1981). p. 492.
- BOOTH, PHILIP. Processes and institutions: new perspectives on policymaking and regulatory authorities. En: *OFCOM. Communication, the next decade*. Ofcom, Noviembre del 2006. pp. 275-284.
- BOURGEOIS, LEÓN, *La solidarité*, Presses Universitaires du Septentrion, 1998.
- BRIOT DE LA CROCHAIS, MARTIN, *L'abus dans les contrats* http://blogs.univ-paris5.fr/briot/files/82/495/0_thabus+dissert+2006_ok.pdf
- CARBONNIER, JEAN, *Droit civil, Les obligations*, 22ème éd., P.U.F. N° 114.
- CÁRDENAS, JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual. Los contratos en el derecho privado*. Ed Legis, Bogotá, 2007, p. 697.
- CÁRDENAS, JUAN PABLO. *Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Universidad Javeriana-Diké. En curso de publicación.
- CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, Los contratos de adhesión: problemas y soluciones, *Revista de Derecho Civil*. N° 3, noviembre de 1985.
- CORTÉS, JOSEFINA. *Cambio regulatorio y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima*. Berkley Program in Law and Economics, Annual Papers, Universidad de California, 2008.
- COURDIER-CUISINIER, ANNE-SYLVIE, *Le solidarisme contractuel*, Litec - Editions du Juris Classeur, 2006.

- DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL, *Las políticas de telecomunicaciones en Iberoamérica*, noviembre 2006, Ed. Asier, p. 179.
- DE LEÓN, OMAR, *Análisis crítico del sector de las telecomunicaciones: recomendaciones para el desarrollo de un nuevo modelo regulatorio para Iberoamérica*, Ed AHCIET, 2006, p. 6.
- RENE, DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, T. 5, 1925, N° 1237.
- DU MARAIS, BERTRAND. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Science Po et Dalloz. 2004.
- DUGUIT, LÉON, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Ed. F. Beltrán, Madrid 1920.
- FAIRBAIRN, CAROLYN. "Serving the public good in the digital age: implications for UK media regulation". En: *OFCOM. Communication, the next decade*. Ofcom, Noviembre del 2006. p. 78.
- FERRI, LUIGI, La autonomía privada, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969.
- FLUME, WERNER, *El negocio jurídico*, T. II. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 160.
- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, traducción Francisco de Paula Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1992.
- GARZANITI, LAURENT. *Telecommunications, broadcasting and the internet*. Thompson, Sweet and Maxwell, 2nd Edition, 2003.
- GAVIRIA, CARLOS, *Temas de introducción al derecho*, Señal Editora, 1994.
- GHESTIN, JACQUES, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris: LGDJ, 1993.
- GIRALDO, ALEJANDRO, *El estado de situación de la protección al consumidor en el ámbito nacional y comunitario: una propuesta de decisión 1982-2002*. Biblioteca digital andina, disponible en <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/CAN-PAS-0003.pdf>
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*. T. I. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.
- JAMIN, CHRISTOPHE Y MAZEAUD, DENIS, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ed. Economica, 1999.
- LARENZ, KARL *Derecho justo*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- KORDOKIN, RUSSELL, Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual, *Revista de derecho privado* N° 37, Universidad de los Andes, diciembre 2006.
- LAGET-ANNAMAYER, AURORE. *La regulation des services publics en réseaux*. Bruselas: Bruylant-LGDJ, 2002. pp. 32 y ss.
- LAGUADO GIRALDO, CARLOS ANDRÉS. Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas Javeriana*, Facultad de Ciencias Jurídicas N° 104.
- LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL. *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel Economía, 1999.
- LOIR ROMAIN, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Ecole doctorale N° 74, Lille 2, 2002.
- MAYO, ED Y CULLUM, PHILIP. The consumer agenda on regulation, En: *OFCOM. Communication, the next decade*. Ofcom, noviembre del 2006. pp. 87 y ss.

- MAZEAUD, DENIS, *Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel"* LPA, 7 de mayo 2004, N° 92.
- MAZEAUD, DENIS, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? En L'avenir du droit*, mélanges en hommage à Francois Terré, Paris: Dalloz, PUF, Editions du juriste-classeur, 1999.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, 3ª edición, ed. Ejea, Buenos Aires, 1986.
- MESTRE, JACQUES, *L'évolution du contrat en droit privé français*, Editorial PUF 1986.
- MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, *La nulidad absoluta de las cláusulas abusivas en el derecho privado en Colombia*. En curso de publicación.
- NOVOA BOLÍVAR, LORENA CATALINA. Comercio electrónico: protección a los consumidores en Colombia. *Revista Emercatoria*, Vol. 1, N° 1, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- OFCOM. *Strategic review of telecommunications*, mayo-junio del 2004, MORI.
- OFCOM. *Broadband migrations: Enabling consumer choice*. 17 de agosto del 2006. <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/migration>
- OFCOM. *Next generation network: developing the regulatory framework*. 7 de marzo del 2006. <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/nxgmfc/statement/>
- OGUS, ANTHONY, *Regulation, economics and law*. An Elgar Reference Collection, 1999.
- PIZARRO WILSON, CARLOS, La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), julio-diciembre del 2004.
- POSNER, RICHARD, *Economic analysis of law*. Aspen Law and Business, 5th Edition, 1998.
- POSNER, RICHARD, *The law and economics of contract interpretation*, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper N° 229, noviembre 2004.
- QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, *Concepto de contrato y figuras novedosas bajo su manto*, Artículos doctrinales: derecho civil. Noticias jurídicas, 2001. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200106-4551019510121691.html>
- RAKOFF, TODD. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de derecho privado* N° 37, Universidad de los Andes, diciembre 2006.
- REDING, VIVIANE, *Communications, the Next Decade*, ensayos publicados, En: *OFCOM. Communication, the next decade*. Ofcom, noviembre del 2006.
- RENIZ CABALLERO, DORIS, *Avances en Colombia de las TIC hacia la convergencia* http://www.aidic.org/noticias/sintesis_avances_colombia.doc.
- ROZAS, PATRICIO, *Competencia y conflictos regulatorios en la industria de telecomunicaciones en América Latina*, Foro Internacional sobre Regulación en Telecomunicaciones: elementos clave de la regulación en convergencia, Bogotá, marzo 2007.
- SALAZAR, DIEGO, Asimetrías de información y análisis económico de los contratos por adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual, *Revista de derecho privado* N° 37, Universidad de los Andes, diciembre 2006.
- SALEILLES, RAYMOND, *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Paris, LGDJ, 1929.

- SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. T. II. Segunda Edición. Universidad de los Andes, Legis. Bogotá, 2003.
- STEVENS-STROHMANN, ROSALIND. Consumer protection and quality of service (QoS), including network neutrality and Cyber-Security issues. En: *ITU, 7th Global Symposium for Regulators*. Dubai, 5-7 de febrero del 2007. p. 3.
- TAMBINI, DAMIAN. What citizens need to know. Digital exclusion, information inequality and rights. En: *OFCOM. Communication, the next decade*. Ofcom, noviembre del 2006. pp. 112-124.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2002/22/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, 7 de marzo del 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), Anexo III, DOCE, L108/72.