

**EL CONTRATO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN EN COLOMBIA, LA
CLAUSULA DE PERMANENCIA MÍNIMA Y LAS DISIMILES CARGAS QUE
TIENEN LAS PARTES FRENTE A UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO.**

Autor

EDISON CARVAJAL MARTÍNEZ

Director

Fabián López

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Bogotá D.C.



EL CONTRATO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN EN COLOMBIA,
ANTECEDENTES, REGULACIÓN Y PACTO DE LA CLÁUSULA DE PERMANENCIA
MÍNIMA

I. Resumen	4
II. Introducción	5
1. La televisión por suscripción en Colombia	7
1.1. La sociedad de la información.....	7
1.2. La sociedad del conocimiento	8
1.2.1. Servicio público de TIC y de televisión.....	10
1.2.1.1. La televisión como servicio público.....	12
2. Regulación contractual de la televisión por suscripción en Colombia	16
2.1. El contrato de adhesión	31
2.2. Las cláusulas penales pecuniarias y de permanencia mínima	33
2.2.1. Antecedentes.....	33
2.2.2. Las cláusulas de permanencia mínima en las tecnologías de la información y las comunicaciones.	35
2.3. Observaciones al proyecto de resolución “por la cual se establece el nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones” con relación al pacto de cláusulas de permanencia mínima.	40
2.4. Diferencias en la aplicación de cláusulas de permanencia mínima en el contrato de televisión por suscripción y en el contrato de prestación de servicios de telefonía celular.	44
3. Desequilibrio por las disímiles cargas de las partes frente a un evento de incumplimiento de las obligaciones.	50

3.1. Incumplimiento contractual.....	50
3.2. Abuso avalado por la regulación colombiana en materia de televisión por suscripción.	53
4. Conclusiones	56
Bibliografía	61

EL CONTRATO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN EN COLOMBIA, Y EL PACTO DE LA CLÁUSULA DE PERMANENCIA MÍNIMA

I. Resumen

Los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones en Colombia son negocios jurídicos regulados que, si bien se encuentran sometidos u obedecen a las reglas generales de la contratación, encuentran requisitos de existencia propios en las regulaciones de la Autoridad Nacional de Televisión y la Comisión de Regulación de Comunicaciones. No obstante lo anterior y a pesar de la abundante regulación legal, los derechos de los consumidores del servicio de televisión por suscripción no son garantizados bajo los mismos parámetros establecidos para otros servicios de telecomunicaciones, encontrando una normatividad permisiva que estimula el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los proveedores de servicios, mientras sanciona al usuario a través de cláusulas de permanencia mínima dentro de la celebración de este tipo de contratos, que no obedecen al principio de libertad legislativa sino a un eventual abuso del derecho, ignorando que es el usuario quien debería ser el objeto principal de protección legal.

Abstract

The telecommunications service contracts in Colombia are regulated legal businesses that even under submission and obedience of the general contracting rules find requirements for their existence in the regulations established by the National Television Authority and the Communications Regulations Commission. Despite the aforementioned and the plentiful legal regulation, the rights of the consumers of television per subscription are not guaranteed under the

same parameters established for other telecommunication services, since there are permissive norms that stimulate the breach of the contractual obligations of the service providers, while the user is sanctioned through minimal permanence clauses established in these type of contracts, which do not obey the legislative liberty principle but represents an eventual abuse of rights, ignoring the user who should be the principal object of legal protection.

II. Introducción

Las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) han sido el móvil para el cambio en la forma de percibir el mundo y la realidad, convirtiéndose en parte indispensable de la vida de los seres humanos. Sin embargo, es claro que la agresiva competencia y la amplia demanda (entre otros factores), han originado un ritmo cada vez más acelerado en los avances tecnológicos y las relaciones contractuales de este sector, obligando al regulador colombiano a apresurar su paso en la misión de evitar prácticas abusivas que puedan derivarse de la posición dominante que ostentan los operadores de los servicios TIC, garantizando a su vez los derechos de los consumidores plasmados en la constitución y la ley.

No obstante para el caso colombiano la regulación en materia TIC no es uniforme, ya que el regulador cuenta con un criterio diferente frente al servicio de televisión por suscripción considerado dentro del universo de las tecnologías de la información, encontrándonos paralelamente con múltiples regulaciones que diferencian los criterios que rigen la prestación de los servicios TIC, escenario que fomenta la desigualdad entre los derechos de unos y otros usuarios del mismo sector generando desequilibrio en las relaciones contractuales, que se

entiende “como la situación en la que ambas partes se encuentran obligadas de forma recíproca. Esta reciprocidad debe entenderse referida a los términos económicos del contrato” (Tamani, 2015, pág. 207).

En este orden de ideas el objetivo principal de esta investigación es lograr exponer el enfoque regulatorio que han tenido la Autoridad Nacional de Televisión y la Comisión de Regulación de Comunicaciones en el servicio público de televisión por suscripción, determinando específicamente si las cláusulas de permanencia mínima (que han sido prohibidas en la telefonía celular), que implican una penalidad exclusiva al usuario en caso de retiro o incumplimiento contractual, se consolidan como una cláusula abusiva amparada por la regulación colombiana.

Para la solución del problema investigativo hemos acudido a un enfoque de investigación jurídica, desde el análisis teórico, donde a través de un método documental se pretenden recoger fundamentos legales y reglamentarios, referentes al contrato de televisión por suscripción en Colombia y lo tocante al tema del órgano encargado de reglamentar las disposiciones de dicho servicio en materia de protección de los usuarios.

La investigación comprenderá a su vez un análisis comparativo mediante el cual se confrontará el régimen vigente en materia de televisión por suscripción, con las disposiciones doctrinales y jurisprudenciales referentes al abuso del derecho, teniendo en cuenta las diferencias entre la regulación del servicio de televisión por suscripción y la de la telefonía móvil.

Finalmente, el trabajo será de tipo cualitativo teniendo en cuenta que se toma el estado regulatorio en materia de televisión por suscripción que existe actualmente, mencionando su evolución y problemáticas, para finalmente concluir con una propuesta de modelo de regulación que garantice los derechos de los suscriptores.

1. La televisión por suscripción en Colombia

1.1. La sociedad de la información

Cuando hablamos de servicios públicos de las TIC (universo dentro del cual se enmarca el servicio de televisión por suscripción), debemos hablar necesariamente de la sociedad de la información, partiendo de la concepción filosófica de esta nueva era, que ha sido definida por Michael Hardt y Antonio Negri (2002) como una nueva forma de soberanía que “junto con el mercado global y los circuitos globales de producción surgieron un nuevo orden global, una lógica y una estructura de dominio nuevas” (pág. 11).

De igual forma el nacimiento histórico de la llamada sociedad de la información es la consecuencia de la “revolución tecnológica” (Castells, 2006, pág. 27), revolución que gira en torno a las TIC y cuyas repercusiones afectan a la humanidad desde las dimensiones epistemológicas, sociales, políticas y económicas, tal y como lo plantea Manuel Castells (2006) cuando asevera que:

Una revolución tecnológica, centrada en torno a las tecnologías de la información, está modificando la base material de la sociedad a un ritmo acelerado. Las economías de todo el mundo se han hecho interdependientes a escala global, introduciendo una nueva forma de relación entre economía, Estado y sociedad en un sistema de geometría variable (pág. 27).

Tal dimensión epistemológica de la revolución tecnológica nos obliga a realizar un breve análisis de cómo se encuentran entrelazadas la sociedad de la información y la sociedad del conocimiento.

1.2. La sociedad del conocimiento

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura –Unesco– en informe del año 2005 expuso que “la historia y la antropología nos enseñan que desde la más remota antigüedad todas las sociedades han sido probablemente sociedades del conocimiento, cada una a su manera” (pág. 17), y es ese conocimiento en cada etapa histórica el que le ha dado el valor a cada pueblo o nación, aun así, como lo plantea Rincón Ríos (2015):

Pese a que en algunas de ellas ha sido objeto de restricciones y exclusión para pequeñas élites quienes disponían de él de manera secreta; en otras, en particular desde el siglo de las luces, se intentó la democratización del conocimiento a partir de la difusión de las ideas que gobernaban el espíritu de la época: universalidad, libertad e igualdad” (pág. 77).

Fue entonces la revolución tecnológica la que abrió las puertas para la transmisión dinámica, global, en masa y en tiempo real de la información, y es la información misma, como objeto de protección y fuente de poder económico, político y social, al ser accesible para las mayorías, que permitió el inicio, creación y persistencia de la Sociedad del Conocimiento.

La Unesco (2005), en el informe en cita, plantea que “poseemos ya los medios que permitan un acceso igual y universal al conocimiento, así como un auténtico aprovechamiento compartido de éste” (pág. 17), fenómeno que permite el crecimiento y desarrollo de las naciones y sociedades.

Según el Plan de Acción de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, esta es definida como una “sociedad en donde la información influye significativamente sobre los procesos de organización social, jugando un rol protagónico que pocos factores pueden desempeñar” (Guerra de la Espriella & Arango Oviedo, 2011, pág. 30).

Para el caso colombiano, Guerra de la Espriella y Arango Oviedo (2011) ponen de presente la intervención gubernamental en el desarrollo social y tecnológico del país con la consolidación del Plan de Gobierno en TIC 2006-2010, cuya visión se expresa en la continuidad; es decir, “se consideró que la Sociedad de la Información se consolidaría progresivamente, en la medida en que la implementación de TIC modificara y caracterizara el relacionamiento socioeconómico y político de los colombianos” (pág. 31).

En este orden de ideas, y entendiendo la relevancia que ocupan los servicios TIC en un mundo donde la prioridad se ha volcado hacia el conocimiento, es pertinente realizar un enfoque dirigido a uno de los servicios que integran este universo que se ha consolidado, no solo en la posibilidad más popular de acceder a la información nacional e internacional de forma inmediata, sino que se ha arraigado como una de las alternativas preferidas de entretenimiento para más de dos millones setecientos mil (2,7) suscriptores desde el año 2008 , pasando a más de cinco (5) millones en 2014 y proyectándose un crecimiento estimado de siete millones doscientos mil suscriptores para el 2018 (Revista Dinero, 2014). Efectivamente estas cifras coinciden con aquellas presentadas por la Autoridad Nacional de Televisión en Colombia, donde se registran a diciembre del año 2017 un total de cinco millones quinientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y tres (5.556.593) suscriptores de este servicio de televisión. (Autoridad Nacional de Televisión República de Colombia., 2018)

Así las cosas, y entendiendo que el servicio de televisión por suscripción ocupa un espacio trascendental en la sociedad colombiana, se hace relevante el estudio de su marco normativo y regulatorio con el fin de entender si los derechos de los usuarios de este servicio tan popular se encuentran vulnerados en algún sentido mediante la imposición de cláusulas de permanencia mínima.

1.2.1. Servicio público de TIC y de televisión.

Desde la década de los noventa, la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Unesco en informe 19c/93 (Unesco, 1976) citado en Márquez Escobar (2002, pág. 25)

caracteriza la importancia de la información como móvil social y su reconocimiento como derecho cuando menciona que:

Mientras la comunicación interpersonal fue la única forma de comunicación humana, el derecho de la libertad de opinión era el único derecho de la comunicación. Más adelante con la invención de la imprenta se añadió el derecho a la libertad de expresión. Y más tarde aun, a medida de (sic) que se desarrollaban los medios de comunicación, el derecho a buscar, recibir e impartir información pasó a ser la preocupación fundamental (Márquez Escobar, 2002, pág. 25).

Ahora, las TIC, tal y como lo plantean Guerra de la Espriella y Arango Oviedo (2011), “contribuyen a la consolidación de una visión de Estado y de largo plazo para un país firmemente comprometido con la realidad internacional de consolidación de la “Sociedad de la Información” (pág. 30).

En tal sentido, desde esta nueva perspectiva, en palabras de Guerra de la Espriella y Arango Oviedo:

Los proveedores¹ adquieren de facto una responsabilidad social, ya que sus estrategias de dinamización del portafolio de productos y servicios, así como el despliegue de infraestructura, generan externalidades positivas que deben ser evaluadas y cuantificadas a la hora de tomar decisiones de política pública (2011, pág. 31).

¹ Se entienden prestadores de servicios de televisión por suscripción.

Y en el marco de la protección a los usuarios con relación a los acelerados avances tecnológicos se hace indispensable el estudio de sus derechos en el ámbito contractual y las medidas de protección a los mismos, más aún cuando, tal y como lo reporta Montes Alvarino (2017):

Al 2015 se reporta por la Comisión de Regulación de Comunicaciones 43,7% quejas por facturación y 32,1% por calidad, pero para la OCDE las principales problemáticas en materia de protección de los usuarios se encuentran, en el siguiente orden: principio de información, medios de atención al usuario, mecanismos de control de consumo y empaquetamiento de servicios. (pág. 173)

1.2.1.1. *La televisión como servicio público.*

Desde el análisis de los preceptos de la Constitución Política Colombiana y tomando como punto de partida el Título VIII, capítulo 5, denominado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, la carta política de 1991, en sus artículos 365, 366 y 367, consagra en primera instancia la relación directa de los servicios públicos con la finalidad social del Estado colombiano, y la obligación del mismo Estado de garantizar la eficiencia en su prestación (artículo 365 constitucional), define posteriormente una caracterización de aquellos servicios públicos esenciales para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas (artículo 366 constitucional), y finaliza cuando esgrime que las competencias y responsabilidades relacionadas con la prestación de estos servicios se fijarán en la ley.

Ahora, encontrándonos con aquella caracterización de los servicios públicos donde han sido catalogados como esenciales y no esenciales, con relación al primer concepto para el caso colombiano, debemos aclarar que en virtud del artículo 56 constitucional, la esencialidad de los servicios públicos debe ser definida de forma expresa por el legislador, y que además en criterio de la honorable Corte Constitucional Colombiana, debe obedecer a los siguientes criterios indicativos:

La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para esta representa su interrupción por la huelga. Tampoco aquella puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.

El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-450, 1995).

Específicamente para nuestra legislación se consideran como servicios públicos esenciales:

Servicio público esencial a la banca central (Ley 31/92); la seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones (Ley 100/93); los servicios públicos domiciliarios (Ley 142/94); la administración de justicia (Ley 270/96); el servicio que presta el Instituto Nacional Penitenciario –INPEC– (Decreto 407/94); la prevención y control de incendio (Ley 322/96); las actividades de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales –Dian– (Ley 633/00); la explotación del petróleo y educación (desarrollo jurisprudencial) y también a la reglamentación del transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional, de conformidad con la Ley 105 de 1993, y con las normas que la modifiquen o sustituyan (Ley 336 de 1996). (Ministerio de la Protección Social. República de Colombia, 2011)

En la reglamentación nacional contamos con que los servicios de telecomunicaciones, regulados a través de la Ley 1341 de 2009, entre otras, efectivamente se encuentran catalogados como servicios públicos. Así lo manifiesta Montes Alvarino (2017) al aseverar que con esta ley se exalta el artículo 365 constitucional, gracias a aquello promulgado en su artículo 4 donde se “reconoce por parte del Estado la protección de los derechos de los usuarios en el marco de políticas públicas basadas en la promoción, acceso, uso y apropiación de las TIC” (pág. 178), definiéndolos como “servicios públicos inherentes a la función social del estado regulador”.(pág. 178).

Adicionalmente las TIC como servicio público, como lo establecen Vargas Salazar & Lara Ospina (2015):

Se presentan como un instrumento cuyo acceso, uso y apropiación permiten superar las limitaciones básicas de cualquier ente organizado, como las deficiencias en la prestación de servicios públicos y sociales, “tramitología”, desarticulación entre las instituciones públicas, la descentralización dentro de los organismos territoriales e interregionales, esta última por la diversidad geográfica y los problemas para instalar la infraestructura necesaria (pág. 53).

En ese orden de ideas, en virtud del artículo 365 constitucional, de la Ley 182 de 1995 y de la Ley 1341 de 2009, el servicio de televisión es un servicio público, pero no existe pronunciamiento alguno emanado del legislador que le otorgue la categoría de esencial.

En el marco del derecho comparado, desde la teoría española, tenemos que frente a la esencialidad de los servicios públicos Torres Martínez (2014) esgrime dos concepciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional Español en sentencia 26/1981. La primera, según la cual son “actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios públicos esenciales entraría el carácter necesario de la prestación y conexión con atenciones vitales” (pág. 62). Mientras que la segunda concepción los cataloga desde su naturaleza, así:

Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses

satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (pág. 62).

Específicamente el servicio de televisión por suscripción desarrollado en esta investigación se constituye como servicio público no esencial, toda vez que “a pesar de satisfacer necesidades de interés general, la falta de prestación no pone en peligro la existencia del Estado, y en alguna medida son secundarios de los esenciales, por así denominarlos” (Pineda Morán, 2007, pág. 35).

Sin embargo, a pesar de carecer de la característica de esencialidad, la prestación de los servicios de TIC, dentro del que se encuentra el de televisión por suscripción, debe ser coherente con los preceptos constitucionales y legales que le han otorgado la categoría de servicio público, tal y como lo esgrimen Velásquez Jácome y Moreno Durán (2015). Así las cosas, el acceso a los servicios por parte de los usuarios debe ser “dentro del amparo al acceso y servicio universal, en igualdad de condiciones como en su momento lo estableció la regulación para los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC) con la diferencia que estos se tratan de servicios públicos domiciliarios” (pág. 143).

2. Regulación contractual de la televisión por suscripción en Colombia

La regulación contractual en materia de televisión por suscripción en Colombia tiene origen en las disposiciones consagradas en la Ley 182 de 1995 “**por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo (...)**”, entre otras. En su artículo

primero la define técnicamente como un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público general o a una parte de él. (Las negrillas son nuestras).

Es pertinente aclarar que cuando la ley manifiesta que la televisión se ofrece al público en general, se refiere específicamente a la televisión abierta, definida en el literal ‘a’ del artículo 20 de la mencionada ley, como aquella en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de que, de conformidad con las regulaciones que al respecto expida la Comisión Nacional de Televisión, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios.

Este tipo de televisión no tiene relevancia en la presente investigación, considerando que dicho servicio no tiene su origen en la celebración de un contrato, sino que es el resultado de la recepción libre de una señal pública mediante antenas domésticas, pues su contenido no se encuentra encriptado y es de libre acceso para el público.

Por otra parte, cuando la ley 182 de 1995 en su artículo primero se refiere a que mediante el servicio de televisión también puede ofrecerse programación dirigida solo a una parte del público general, entonces nos referimos a la televisión por suscripción, definida en el literal ‘b’ del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, como aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción.

En este orden de ideas, los usuarios del servicio de televisión se conocen como suscriptores, pues para acceder a la señal encriptada que proveen los licenciantes de contenidos de televisión, deben pagar un valor mensual a los operadores de televisión, quienes descifran la señal para el disfrute del servicio, situación que implica la celebración de un contrato, que en todos los casos es de adhesión. Definido este último como aquel contrato “en el cual una de las partes –por regla general la más poderosa económicamente– presenta a la otra el contenido prescriptivo del acuerdo, en términos que la otra únicamente pueda aceptarlos o rechazarlos” (De La Maza Gazmuri, 2003, pág. 169)

No obstante, para la época en la que se expide la Ley 182 de 1995, las condiciones referidas al contenido de los contratos de televisión por suscripción, se encontraban completamente a criterio de los operadores, quienes aprovechando su posición dominante, el desconocimiento y la confusión de los suscriptores frente a la aplicación de las condiciones establecidas en el Decreto 3466 de 1982 (que para ese entonces regía como el estatuto de protección al consumidor), lograban imponer sus condiciones a las que se debían someter los suscriptores en aras de recibir el servicio.

En este sentido la falta de regulación apropiada e intervención oportuna de la Comisión Nacional de Televisión respecto de las condiciones, contenido y protección de los derechos de los suscriptores del servicio de televisión por suscripción, propició el ambiente ideal para la consolidación de abusos; no cuestionando con esto la herramienta del contrato de adhesión como medio para concretar los negocios de una forma más eficiente, sino los efectos obvios que trae la celebración de un contrato de adhesión en donde el sujeto que ostenta la posición dominante

además se encuentra facultado para imponer las condiciones contractuales sin ninguna intervención estatal. Respecto a este tema, Muñoz Laverde (2010) manifiesta que:

Aunque la posibilidad de predisponer unilateralmente los contenidos negociables no solamente no es en sí misma censurable, sino necesaria en la contratación moderna, lo cierto es que sí constituye un terreno proclive al abuso. En ese sentido cabe afirmar que el derecho a la autonomía de la voluntad privada, como cualquier otro derecho, puede ser objeto de ejercicio abusivo. (pág. 234).

Así las cosas, debido a las constantes quejas, reclamos y evidente confusión que se suscitó respecto a las condiciones surgidas en la relación contractual originada en el contrato de televisión por suscripción², la Comisión Nacional de Televisión, considerando su función de establecer los mecanismos para garantizar la eficiencia en la prestación del servicio y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, y obedeciendo a la facultad consagrada en el literal 'c' del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, en la que le corresponde a la comisión clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión y regular sus condiciones de operación y explotación, en particular lo relativo a la gestión y calidad del servicio y las obligaciones con los usuarios, procede entonces a la expedición del Acuerdo CNTV 011 de

² La parte considerativa del acuerdo CNTV 11 de 2006 hace referencia a las constantes quejas recibidas por la Comisión Nacional de Televisión, situación que requirió la contratación de encuestas realizadas a los operadores sobre peticiones, quejas y reclamos de los suscriptores, en donde se identificaron áreas que requerían de regulación prioritaria respecto a áreas tales como (i) Condiciones de la afiliación y la suscripción; (ii) Tarifas, facturación y cobro, y (iii) Atención al cliente.

2006, por medio del cual se desarrolla la protección y efectividad de los derechos de suscriptores y usuarios del servicio público de televisión por suscripción.

El citado acuerdo, dispone en su artículo primero que su pretensión se enfoca en desarrollar los principios y reglas que rigen las relaciones entre operadores y suscriptores con ocasión de la prestación del servicio, para la efectividad de los derechos y deberes de las partes; dándose el primer paso hacia una normatividad que permita regular los criterios marco dentro de los cuales podrá moverse el predisponente frente a las condiciones que plantea al adherente.

De igual forma, el Acuerdo CNTV 011 de 2006 identifica a las partes como operador y suscriptor, determinando que en todo momento prevalecerán los derechos de los suscriptores frente a la interpretación de cualquier cláusula y norma aplicable a la prestación del servicio, ordenando a su vez que todos los contratos suscritos previamente a la vigencia del acuerdo deben ser adaptados a las nuevas condiciones señaladas en el acuerdo.

Dentro de los temas formales, además de exigir una letra fácil de entender no menor de tres milímetros, también aclara en sus artículos 10 y 11 que, si el usuario ha decidido suscribir una cláusula de permanencia mínima, esta deberá constar en documento aparte, y solo se podrá pactar cuando exista una razón que la justifique.

Respecto a lo anterior, es importante aclarar que después de analizadas las condiciones estipuladas en los artículos 16 y 17 del Acuerdo CNTV 11 de 2006, relacionadas con las causales y efectos del incumplimiento contractual, no se estima conveniente la posibilidad de conceder a

la parte que ostenta la posición dominante en la relación contractual, la potestad unilateral de exigir una penalidad por incumplimiento del contrato, más aun cuando es esta parte la encargada de redactar el contenido de la permanencia mínima y del contrato mismo.

Lo dicho anteriormente adquiere claridad cuando entendemos que según el Acuerdo CNTV 011 de 2006, el incumplimiento del suscriptor que se consolida por el simple retardo en el pago de la mensualidad, conlleva la suspensión del servicio, al pago de la mora, la pérdida del derecho de afiliación y el pago de una penalidad constituida en la suscripción de la cláusula de permanencia mínima; mientras que el incumplimiento del operador, que tiene lugar en la ocurrencia de las fallas en la prestación del servicio (que según el mismo acuerdo debe prestarse de forma continua y eficiente), eventualmente significará el descuento del precio pagado por el servicio, proporcionalmente al tiempo de duración de la falla, siempre y cuando esta supere dieciséis horas continuas o discontinuas en un lapso de 24 horas. En otras palabras, el Acuerdo CNTV 011 de 2006 no solo le concedía la facultad al operador de prestar un servicio por solo ocho horas al día, sino que además le impide al suscriptor retirarse o terminar el contrato a menos que esté dispuesto a pagar la penalidad por no cumplir con una permanencia mínima.

En la escena expuesta, es claro el desequilibrio que debe soportar el suscriptor frente a las condiciones asimétricas que conllevan los efectos del incumplimiento del contrato de televisión por suscripción, lo cual genera el deber de realizar un análisis y estudio profundos frente a la sospecha que se erige respecto a si la cláusula de permanencia mínima se consolida como una cláusula abusiva, situación de la que se hablará más adelante, entendiendo que la cláusula abusiva es aquella:

Que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares (Rengifo García, 2004, pág. 197).

Hecha la claridad respecto a la cláusula de permanencia mínima que continuará siendo objeto de análisis a lo largo del escrito, proseguimos describiendo la evolución regulatoria que ha tenido el contrato de televisión por suscripción en Colombia, remontándonos once años en el tiempo hasta la expedición de la Resolución CRC 5111 de 2017. Pero antes es pertinente referirnos a la Resolución CRC 3066 de 2011 que logró desarrollar los criterios definidos por la Ley 1341 de 2009 o Ley de TIC.

Para comprender lo manifestado en el párrafo anterior, es pertinente mencionar la expedición de la Ley 1341 de 2009, “por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.

No obstante, no se procederá al análisis profundo de la mencionada ley, pues a pesar de entenderse la televisión como una de las tecnologías de información y comunicaciones por permitir la difusión y transmisión de información digitalizada, dicho servicio fue relegado de la aplicación de la Ley 1341 de 2009 (Carvajal Martínez, Consulta Elevada a la Comisión de

Regulación de Comunicaciones, 2015)³ cuando estableció en el párrafo de su artículo primero que “el servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley.” (Que en la materia que nos ocupa haría referencia a la ley 182 de 1995 y al acuerdo CNTV 011 de 2006), mandato que nuevamente considera la aplicación de los principios en ella consagrados de manera residual en materia de televisión por suscripción (Carvajal Martínez, Consulta Elevada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015)⁴.

³ A modo de aclaración, fue necesario en el sentido expresado en la legislación anterior, elevar consulta ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones presentadas por el suscrito en el año 2015, solicitando entre otras definir si la televisión es considerada una tecnología de la información y las comunicaciones. Esta consulta de junio de 2015 fue trasladada a la Autoridad Nacional de Televisión, entidad que se pronunció en los siguientes términos: (...) Ahora bien, si bien la ANTV hace parte del sector TIC, por disposición expresa de la Ley 1341 de 2009, el servicio público de televisión se encuentra excluido del marco general del sector TIC y es regulada de acuerdo con su régimen especial consignado en la Ley 182 de 1995, Ley 335 de 1996, Ley 680 de 2011 y Ley 1507 de 2012”.

⁴ Al respecto de la consulta elevada, la Comisión de Regulación de Comunicaciones se pronunció frente a las funciones a su cargo en los siguientes términos: en virtud de la extensión de las competencias previstas en la Ley 1341 de 2009 antes enunciada, esta comisión ejerce en relación con los servicios de televisión las competencias de regulación previstas principalmente en el artículo 22 de la citada ley, tales como:

1. Promoción y prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas de la competencia (núm. 2);
2. La posibilidad de expedir regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia;
3. Regulación de aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas,
4. El régimen de acceso y uso de redes (núm.3); y;
5. Resolver las controversias que se susciten entre proveedores en el marco de sus competencias (núm. 9).

En este orden de ideas, la alusión de la resolución CRC 3066 de 2011 en el análisis propuesto cobra sentido, entendiendo que dicho acto administrativo goza de relevante importancia dentro de la sociedad de la información en desarrollo de la Ley de TIC, y constituyó un gran avance para definir los criterios contractuales que cobijaban los negocios celebrados para la prestación de servicios de telecomunicaciones entre usuarios y proveedores al desarrollar los criterios de la Ley 1341 de 2009, no obstante que el artículo primero del acto administrativo excluyó la regulación del servicio de televisión por suscripción, el cual continuó sometido a las disposiciones del Acuerdo CNTV 11 de 2006.

Así las cosas y pese a que tal y como lo define Matías Camargo (2015) “la televisión constituye claramente una tecnología de la información y las comunicaciones”, para la época continuaba siendo regulada por el Acuerdo CNTV 011 de 2006 debido a que “la Constitución Política de 1991 le otorgó a la Comisión Nacional de Televisión la autonomía para dirigir y ejecutar la política pública en materia de televisión en concordancia con lo estipulado en la Constitución y la ley” (Guerra de la Espriella & Arango Oviedo, 2011, pág. 12).

Al respecto, el artículo 11 de la Ley 1507 de 2012 dispuso que la ANTV ejercerá las funciones que el literal ‘b’ del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 asignaba a la Comisión Nacional de Televisión en materia de control y vigilancia para “adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión”. Asimismo el artículo 14 de la citada Ley 1507, en materia de otorgamiento de concesiones, estableció que la Antv ejercerá las funciones que confería la Ley 182 a la Comisión Nacional de Televisión respecto de la función de reglamentación "del otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación de! servicio, (...) así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos”.

En este orden de ideas, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, entendiendo la obligación de adecuar el marco regulatorio de protección de usuarios de los mercados de telecomunicaciones en un ambiente de convergencia según los postulados del artículo 18 del Decreto 2870 de 2007, logró unificar los criterios que rigen los contratos de adhesión de los servicios prestados en desarrollo de la llamada sociedad de la información, entendiendo que los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado, siendo su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política Colombiana. En este sentido y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 por medio de la cual se definieron los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones –TIC–, se creó la Agencia Nacional del Espectro y se dictaron otras disposiciones, en concordancia con el artículo 36 de la decisión 462 de 1999 (bajo la que se establecieron derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones) y en desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución, le correspondió a la comisión intervenir en el sector de las TIC para lograr unificar los criterios contractuales que permitieran la protección de los usuarios, a lo cual dio cumplimiento mediante lo consagrado en el artículo 13 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en el que enumeró los elementos que obligatoriamente deben contener todos los contratos de telecomunicaciones.

Sin embargo, como se mencionó, dichos criterios no aplicaron para los contratos de televisión por suscripción, aun cuando el artículo primero de la Ley 182 de 1995 lo clasifica como un servicio de telecomunicaciones, esto debido a que mediante los artículos 76 y 77 de la

Constitución Política se concedieron facultades exclusivas en materia de televisión a la Comisión Nacional de Televisión, dejando a la Comisión de Regulación de Comunicaciones por fuera de la regulación concerniente a la materia.

Dicha circunstancia llevó a que los criterios contractuales unificados en materia de telecomunicaciones no aplicaran hasta tanto la Comisión Nacional de Televisión fuera extinguida, situación que se materializó con la expedición del acto legislativo 002 de 2011, por medio del cual el Congreso de la República deroga el artículo 76 constitucional y modifica el artículo 77, concediéndose la atribución de regular el tema de televisión mediante una ley, para lo cual se concede el término de seis meses.

En este ámbito, se expide la Ley 1507 de 2012, por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones. Mediante este precepto le son conferidas nuevas competencias a la Comisión de Regulación de Comunicaciones en materia de televisión por suscripción, las cuales surgen a raíz de la distribución de las funciones que tenía a su cargo la extinta Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión) recogidas en la Ley 182 de 1995, dentro de las cuales se destacan para la presente investigación, algunas de las contempladas en el artículo 12 de la Ley 1507 de 2012, asignadas como consecuencia de la extensión de las competencias conferidas a la comisión por la Ley 1341 de 2009, el cual consagra lo siguiente:

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) a que se refiere la Ley 1341 de 2009 ejercerá en relación con los servicios de televisión, además de las funciones que le atribuye dicha ley, las que asignaban a la Comisión Nacional de Televisión el parágrafo del artículo 18, el literal ‘a’ del artículo 20, y el literal ‘c’ del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 (...).

De acuerdo con el artículo anterior, en virtud de las funciones transferidas se destacan entre otras las siguientes competencias:

1. Clasificación de las distintas modalidades del servicio de televisión;
2. Regulación de las condiciones de operación y explotación del servicio público de televisión;
3. Gestión y calidad del servicio;
4. Obligaciones con los usuarios, y;
5. Establecimiento de prohibiciones para aquellas conductas en las que incurran las personas que atenten contra la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes.

Atendiendo a las nuevas facultades conferidas, y en virtud de sus competencias, la Comisión de Regulación de Comunicaciones inicia la reglamentación integral respecto de todos los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el de televisión por suscripción, mediante diversos actos administrativos entre los que se destaca por interés de la presente investigación la resolución CRC 4930 de 2016, por la cual se modifica la regulación relacionada con el

establecimiento de las cláusulas de permanencia mínima para servicios de comunicaciones fijas y de televisión por suscripción y se dictan otras disposiciones.

La intención principal de la comisión con la mencionada resolución se logra vislumbrar en el contenido de su artículo 4 en donde se expone una limitación en el pacto de la cláusula de permanencia mínima, exponiendo que solo podrá ser pactada en los contratos de telecomunicaciones (exceptuando el servicio de telefonía celular por prohibición expresa de la resolución 4444 de 2012) cuando se otorgue un descuento en el valor del cargo por conexión o la posibilidad de un pago diferido del mismo, impidiendo entonces que se puedan pactar estas cláusulas amarradas a promociones u ofertas realizadas al usuario relacionadas con el servicio, como solía hacerse anteriormente.

Finalmente, con la intención de unificar los criterios que rigen el contenido de los contratos de adhesión que suscriben los usuarios de servicios de telecomunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones ha expedido tres actos administrativos destacables: el primero de ellos se refiere a la Resolución CRC 5050 de 2016, por medio de la cual se compilan las resoluciones de carácter general vigentes expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones; la Resolución CRC 5111 de 2017, por la cual se establece el régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones (que deroga la resolución 3066 de 2011 y modifica la resolución 5050 de 2016), y por último la Resolución CRC 5151 de 2017, por la cual se establece el modelo de contrato único de prestación de servicios fijos de telefonía, internet y/o televisión por suscripción.

Respecto a lo anterior es importante resaltar que las tres disposiciones mencionadas han logrado que actualmente se consolide e integre la regulación aplicable al servicio de televisión por suscripción dentro del ámbito general de los servicios de telecomunicaciones en aspectos técnicos, económicos y jurídicos, pero lo más importante es que ha permitido que los consumidores pertenecientes a la sociedad de la información logren, por primera vez, tener un único contrato para la variedad de servicios que abarca el universo de las comunicaciones, lo cual fue posible solo mediante la implementación del modelo único de contrato de comunicaciones consagrado en la Resolución CRC 5151 de 2017 que regirá de manera obligatoria para todos los operadores a partir del 1 de enero de 2018.

En ese orden de ideas es evidente cómo en los últimos años (una vez conferidas las competencias) la Comisión de Regulación de Comunicaciones ha logrado no solo desarrollar sino también integrar dentro de los servicios de telecomunicaciones la regulación contractual del servicio de televisión por suscripción, mejorando en su camino los derechos de los consumidores del sector. No obstante lo anterior, aun cuando se cuente con un modelo único de contrato para todos los servicios de telecomunicaciones, es claro que la simplicidad del mismo (redactado de esta forma para ser más amigable con el consumidor) permite la evocación de solo doce cláusulas que hablan de aspectos en su mayoría formales respecto de la relación contractual, adhiriéndose entonces el suscriptor, ya no al clausulado del contrato, sino al contenido regulatorio que expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones a través de sus actos administrativos.

Así las cosas, respecto al tema materia de la presente investigación, es claro que la obligatoriedad de suscribir un contrato modelo no resuelve el problema planteado, pues es en el contenido regulatorio en donde encontramos el desequilibrio que deben afrontar los suscriptores respecto de los efectos del incumplimiento contractual. Y en este entendido, lamentablemente, la Comisión de Regulación de Comunicaciones aun en su ánimo unificador de las condiciones contractuales de todos los servicios de telecomunicaciones, refleja una posición inesperada al plasmar en el artículo 2.1.11.2 de la Resolución CRC 5111 de 2017 condiciones de compensación diferentes para los consumidores de televisión por suscripción frente a las dispuestas para suscriptores de los demás servicios de telecomunicaciones, manteniendo intactas las disposiciones plasmadas en el derogado acuerdo CNTV 011 de 2006, en donde después de todo el desarrollo regulatorio adelantado por el ente ahora competente, el consumidor de televisión por suscripción aún debe soportar fallas en el servicio superiores a las 16 horas diarias para lograr ser compensado, persistiendo igualmente la imposibilidad de terminar el servicio sin la vulneración que implica el pago de una penalidad por permanencia mínima.

Concretamente dentro de este estudio concentrado en la regulación de la televisión por suscripción en Colombia, dentro de su definición como TIC y la protección legislativa vigente para los usuarios, continuamos el análisis frente al posible incumplimiento de las obligaciones contractuales desde la definición y característica del modelo contractual utilizado para la prestación del servicio como lo es el contrato de adhesión.

2.1. El contrato de adhesión

El contrato de adhesión en términos generales fue nombrado por primera vez por Raymond Saleilles, en su obra *De la déclaration de la volonté* como cita López Santa María (2001), y definía este modelo contractual como:

Aquellos en los cuales hay predominio de una sola parte que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de ese compromiso creado sobre el mismo. (pág. 142) .

En los mismos términos para De La Maza Gazmuri (2003), el contrato de adhesión se compone de siete elementos que lo determinan en sí, los cuales son:

- 1) Que el documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato
- 2) Dicha forma ha sido redactada por o a nombre de una de las partes de la transacción.
- 3) Aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones.
- 4) La forma impresa es presentada al adherente con la prevención que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto– podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora.

5) Después de que las partes –en caso de que las haya– lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe rubricar la forma.

6) Comparada con la parte adherente, la parte redactora lleva a cabo un número reducido de estas transacciones.

7) La principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un pago es el pago de una suma de dinero (págs. 111-112).

Ahora bien, el contrato de adhesión es *per se* una herramienta útil en el mercado, pues da velocidad a la forma en que se realizan los negocios jurídicos, que por su naturaleza requieren la elaboración de un contrato, o que como en el caso de la televisión por suscripción, contienen regulaciones específicas.

En el derecho colombiano ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen el concepto de contrato de adhesión, aunque podemos encontrar una definición en el Estatuto del Consumidor, según el cual se trata de “aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”⁵.

Entendiendo entonces la definición anterior de contrato de adhesión, encontramos que los contratos de suscripción de televisión en Colombia son contratos de adhesión. Ellos son inmodificables por la voluntad de quien adquiere o desea adquirir el servicio, situación que implica, entre muchas cosas, la aceptación de la totalidad del clausulado, donde encontramos las

⁵ Ley 1480 de 2011, art. 5, núm. 4.

cláusulas de permanencia mínima, como representación de la figura de cláusula penal pecuniaria, atadas la una a la otra, bajo la cual los suscriptores deben amparar y cumplir el contrato celebrado por un tiempo determinado, so pena de verse en la obligación de pagar un determinado valor. Sobre dicha figura gira la discusión de si ella es o no una cláusula abusiva, entendiendo que en palabras de Posada Torres (2015):

Ante la desigualdad de los contratantes que entrañan los contratos de adhesión, el ordenamiento jurídico no toma una postura radical basada en su prohibición para proteger los derechos de los adherentes porque de hacerlo, frenaría la celeridad y la agilidad de las transacciones propias de nuestra época, generando un efecto negativo para el desarrollo económico del conglomerado social; de manera que opta más bien por permitirlos, pero sometiéndolos a una serie de controles dirigidos a evitar los abusos que podrían derivarse para los intereses de los adherentes y en beneficio exclusivo de los predisponentes⁶. (págs. 144-145).

2.2. Las cláusulas penales pecuniarias y de permanencia mínima

2.2.1. Antecedentes.

Para hablar de las cláusulas penales dentro de la legislación colombiana debemos empezar por definir la figura de la resolución de los contratos, contemplada “como el efecto de una condición

⁶ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, sentencia T-517 de 2006, cit.: "No será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (C.P., arts. 2 y 13)".

resolutoria que por ir envuelta en todo contrato bilateral se denomina tácita” (Corral Talciani, 2009, pág. 3).

Para Corral Talciani (2009), la resolución es un mecanismo legal por el cual se permite a una de las partes dejar sin efecto, por lo general retroactivamente, un contrato que produce obligaciones recíprocas ante el incumplimiento de una de ellas (págs. 3-4).

Ahora, “en las modalidades contractuales que implican obligaciones de hacer, la resolución normalmente será imposible de aplicar retroactivamente” (Corral Talciani, 2009, pág. 4), razón por la cual nace la cláusula penal pecuniaria como garantía de resarcimiento de las obligaciones incumplidas por las partes dentro de una relación contractual, según lo explica Corral Talciani (2009) cuando dice:

Pese a la denominación tradicional y también a la práctica que suele insertar en el contrato en que se contrae la obligación principal, lo cierto es que la cláusula penal no es propiamente una mera cláusula contractual, sino, como ha reconocido la doctrina contemporánea, un propio contrato, cuya finalidad es establecer una prestación de cargo de quien incumpla la obligación principal. Normalmente, se reconocen tres funciones que justifican y dan relevancia a esta institución: la garantizadora (asegura el cumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y punitiva (contempla una pena privada que debe sufrir el deudor incumplidor). La cláusula penal es un contrato, aunque pueda pactarse simultáneamente en el mismo instrumento del contrato que genera la

obligación principal. Lo es por cuanto llena todos los requisitos para satisfacer esta categoría jurídica: es un acuerdo de voluntades que produce obligaciones (pág. 9).

En Colombia la cláusula penal en materia comercial se encuentra regulada en el artículo 867 del Código de Comercio, así:

Cláusula penal. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva, habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte (Artículo 867).

En este sentido es importante analizar si la cláusula de permanencia mínima en los servicios de televisión por suscripción es una cláusula penal.

2.2.2. Las cláusulas de permanencia mínima en las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La Ley 1480 de 2011 es aquella por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y cuyo objeto es regular, entre otros, “los derechos y las obligaciones surgidas entre los

productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente”.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley (Artículo 2).

Ahora bien, este estatuto, en cuanto a las cláusulas de permanencia mínima, se ha pronunciado a través del artículo 41, donde establece, entre otros, en cuanto a su pacto, que “solo podrá ser pactada de forma expresa cuando el consumidor obtenga una ventaja sustancial frente a las condiciones ordinarias del contrato”; en cuanto al tiempo de permanencia, que “se pactarán por una sola vez, al inicio del contrato. El período de permanencia mínima no podrá ser superior a un año, a excepción de lo previsto en los párrafos 1 y 2”, en cuanto a la posibilidad de no suscribirla, que:

“El proveedor que ofrezca a los potenciales consumidores una modalidad de contrato con cláusula de permanencia mínima debe también ofrecer una alternativa sin condiciones de permanencia mínima, para que el consumidor pueda comparar las condiciones y tarifas de cada una de ellas y decidir libremente”; (Ley 1480 Artículo 41, 2011)

Y en cuanto a la terminación del contrato:

“En caso de que el consumidor dé por terminado el contrato estando dentro del término de vigencia de la cláusula de permanencia mínima, solo está obligado a pagar el valor proporcional del subsidio otorgado por los periodos de facturación que le hagan falta para su vencimiento”. (Ley 1480 Artículo 41, 2011)

Es pertinente considerar que la Ley 1480 de 2011 en su artículo 2, como se citó previamente, determina su aplicación residual para aquellas materias que cuenten con regulación específica, tal y como es el caso de los servicios de tecnologías de información y comunicaciones, que como fue abordado previamente, integra el servicio de televisión por suscripción, razón por la cual se hace necesario esclarecer las competencias especiales de cada una de las entidades relacionadas con el servicio de televisión por suscripción.

En la prestación de servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones fue abordado el tema de las cláusulas de permanencia mínima por la Resolución 2028 de 2008 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en su artículo 2, retomada por la Resolución 3066 de 2011, posteriormente modificada por la Resolución 4930 de 2016 y finalmente recopilada por la Resolución CRC 5050 de 2016 que en su artículo 1.49 las define como:

Estipulación contractual que se pacta por una sola vez al inicio del contrato, en los casos expresamente admitidos por la regulación, por medio de la cual el usuario que celebra el contrato se obliga a no terminar anticipadamente su contrato, so pena de tener que pagar los valores que para tales efectos se hayan pactado en el contrato, los cuales en ningún caso se

constituirán en multas o sanciones. El periodo de permanencia mínima no podrá ser superior a un año y no podrá renovarse ni prorrogarse.

Es necesario precisar que dicha definición fue estrictamente dirigida para los contratos de servicios públicos en materia de telecomunicaciones, entendiendo que cuando habla de los “casos expresamente admitidos por la regulación” se refiere estrictamente a las condiciones planteadas en el artículo 2.1.3.7 de la Resolución CRC 5050 de 2016, en el cual se entiende que la cláusula de permanencia mínima solo estará autorizada cuando se otorguen descuentos en los valores asociados a los cargos por conexión o la posibilidad de un pago diferido de los mismos y en general actos propios de instalación, negándose entonces la posibilidad de pactarlas en los términos amplios del estatuto general del consumidor, en el cual se viabiliza su pacto como contraprestación a descuentos o promociones asociadas con el precio del servicio.

Vemos entonces que las cláusulas de permanencia mínima dentro de los contratos de televisión por suscripción se encuentran dirigidas a cumplir la función de las cláusulas penales desde su definición legal y doctrinal.

Habiendo hecho claridad en que para los servicios de televisión por suscripción la cláusula de permanencia mínima solo aplica para cubrir los costos incurridos por el operador en la conexión del servicio, pasamos al estudio de dicho pacto desde las tres aristas estudiadas previamente y desarrolladas por Coral Talciani, desde las cuales se puede interpretar y considerar la suscripción de este tipo de clausulado, teniendo en cuenta que, en primer lugar no podemos considerarla garantista, toda vez que no está encaminada a proteger el cumplimiento de las obligaciones

contractuales (prestación del servicio y pago por el servicio prestado). Si el suscriptor incumple el pago, el servicio se suspende y hay mora, encontramos que su regulación en Colombia está dirigida a garantizar la inversión del prestador en los costos de conexión, no las obligaciones contractuales, razón por la cual deben regularse estos costos a través del libre mercado y ser cobrados al usuario a prorrata mensual. Desde la segunda arista encontramos que no puede ser considerada como resarcitoria porque, aunque cubre los perjuicios que puede generar el incumplimiento en el pago del suscriptor por la inversión realizada en costos de conexión, no tiene relación alguna con el cumplimiento de las obligaciones generadas en la prestación del servicio. Debe diferenciarse claramente que el servicio a prestar no tiene relación dentro de las cargas contractuales con los costos de conexión que asume de forma anticipada el prestador y que son objeto de cobro periódico durante el tiempo de duración del contrato. Finalmente, desde el tercer criterio tampoco podrían considerarse de carácter punitivo, pues la misma regulación establece que en la prestación de los servicios de televisión por suscripción no se permitirán multas ni sanciones.

El escenario anterior fue el fundamento de la eliminación de las cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de telefonía celular, teniendo que el valor de los equipos no tenía relación con la prestación efectiva del servicio contratado y solo implicaba que, con el objetivo de adquirir equipos móviles, los suscriptores contrataran planes que no necesitaban, como lo veremos más adelante.

Es claro en los términos anteriores que ninguna de las funciones establecidas para pactar cláusulas de permanencia se adecuaba a las funciones atribuidas a este pacto dentro del contrato de

televisión por suscripción, y además al presentarse dentro del contrato de adhesión únicamente a favor de una de las partes, contraría el precepto según el cual el usuario del servicio de televisión por suscripción tiene derecho a solicitar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, o en su defecto la resolución del mismo, caso en el cual sí haría referencia al cumplimiento de las obligaciones contractuales, que es el verdadero propósito del pacto de cláusulas penales. En dicha situación debería poder exigir que las cosas se restituyan al estado de la celebración.

2.3. Observaciones al proyecto de resolución “por la cual se establece el nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones” con relación al pacto de cláusulas de permanencia mínima.

Teniendo en cuenta los criterios expuestos anteriormente, y entendiendo que los usuarios del servicio de televisión por suscripción se encontraban atados al desequilibrado cumplimiento contractual que cobijaba a los operadores al permitirles fallas en la prestación del servicio de televisión por suscripción hasta por 16 horas diarias y de las cuales los suscriptores no lograban escaparse, presentamos una serie de consultas y observaciones ante las autoridades regulatorias en la materia que expondremos a continuación.

Como lo expusimos anteriormente, es pertinente recordar que dentro de la Ley 1507 de 2012 encontramos las nuevas competencias en materia de televisión por suscripción, asignadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones mediante su artículo 12, conferidas como consecuencia de la extensión de funciones otorgadas a esta Comisión por la Ley 1341 de 2009,

en donde claramente se le asigna la obligación de velar por los derechos de los usuarios, quienes según lo dispuesto en el artículo 53 de la ley 1341 de 2009, cuentan con los siguientes derechos, entre otros:

1. Elegir y cambiar libremente el proveedor y los planes de precios de acuerdo con lo autorizado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, salvo las condiciones pactadas libremente en el contrato, las cuales deben ser explícitas, claras y previamente informadas al usuario (...). 7. Reclamar ante los proveedores de servicios por cualquier medio, incluidos los medios tecnológicos, y acudir ante las autoridades en aquellos casos que el usuario considere vulnerados sus derechos (...). 10. Protección contra conductas restrictivas o abusivas (...).

Sin embargo, y a pesar de la regulación anteriormente citada, en materia de protección al consumidor en el servicio de televisión por suscripción, continuaban vigentes para el año 2015 las disposiciones contenidas en el Acuerdo 011 de 2006 “por medio del cual se protegen los derechos de los suscriptores y usuarios del servicio de televisión por suscripción”, y con el propósito de obtener orientación y claridad sobre conceptos básicos respecto de la prestación de este servicio y el ente regulador de la materia relacionado con la protección a los consumidores, elevamos consulta ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Carvajal Martínez, 2015), en lo referente al régimen de protección al usuario de servicios de televisión por suscripción, entendiendo la preocupación que suscitaba la no aplicación de la riqueza normativa que en materia de protección a los consumidores proporcionaba la Ley 1341 de 2009, contando ya la Comisión de Regulación de Comunicaciones con facultades para regular este servicio. Esta

entidad se pronunció en documento bajo la radicación número 201553182 del 10 de julio de 2015, manifestando que:

Es notorio que el régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones no es aplicable a los servicios de televisión establecidos en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, tal y como lo señala el artículo 1 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Ahora, y teniendo en cuenta las competencias asignadas en materia de usuarios a esta comisión, las cuales se señalaron en el punto 2 del presente documento, esta entidad cuenta con competencias para expedir la regulación sobre los usuarios del servicio de televisión por suscripción (Radicación. 201553182, 2015).

Frente al interrogante sobre la existencia de un proyecto de resolución para regular los derechos de los consumidores en materia de televisión por suscripción, la CRC se pronunció en el mismo documento manifestando que:

Sobre el particular, le informo que de conformidad con las funciones asignadas a esta comisión por la Ley 1507 de 2012, actualmente se encuentra realizando los análisis pertinentes para lograr el reconocimiento de la convergencia de los servicios, así como el análisis y particularidades del servicio de televisión. Por lo anterior la CRC prevé presentar para discusión con el sector y los diferentes interesados a finales del presente año la propuesta regulatoria de la revisión del régimen de protección de los derechos de los usuarios de los

servicios de comunicaciones, razón por la cual le recomendamos consultar periódicamente la página web de la CRC para obtener información sobre el avance del proyecto (Radicación. 201553182, 2015).

Con la esperanza de que las condiciones del acuerdo citado cambiasen a favor de los suscriptores, aprovechando la oportunidad brindada por CRC al conceder la posibilidad de presentar observaciones al nuevo proyecto, presentamos las propias, específicamente frente a dos puntos concretos: la indemnización y compensación por deficiencias en la prestación del servicio de televisión por suscripción, y la cláusula de permanencia y sanción generada por la terminación unilateral del servicio de televisión por suscripción por parte del usuario. (Carvajal Martínez, 2016)

Las observaciones presentadas se enfocaban estrictamente en la solicitud de no modificar el contenido del proyecto de resolución publicado por la CRC, puesto que resolvía parcialmente el problema jurídico propuesto por esta investigación al equiparar los efectos del incumplimiento del operador frente a los contratos de televisión por suscripción a los demás servicios de telecomunicaciones, manifestando que la compensación procedería después de las dos horas continuas o discontinuas de falla en la prestación del servicio durante el mismo mes, no obstante mantenía la posibilidad de pacto de cláusulas de permanencia mínima, que a criterio de esta investigación se consolidaban como menos gravosas por cuanto el usuario ya no estaba amarrado a unas condiciones desequilibradas frente a los efectos del incumplimiento contractual.

Muy a pesar de la insistencia en nuestra solicitud, la comisión extrañamente al publicar el texto final contenido en la Resolución CRC 5111 de 2017, modifica las condiciones publicadas en el proyecto de resolución, reiterando las condiciones consagradas en el derogado acuerdo CNTV 011 de 2006, frente al escaso cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del operador, el cual le concedía la facultad al operador de prestar solo ocho horas diarias del servicio de televisión sin que ilógicamente se consolidará un incumplimiento para el régimen regulatorio, lo cual queda claramente estipulado en el artículo 2.1.11.2. que reza:

Cuando el servicio de televisión por suscripción sea interrumpido, por cualquier causa no imputable al usuario, los cargos correspondientes al periodo de la suspensión deben ser descontados proporcionalmente al tiempo de duración del mismo, cuando dicha interrupción supere 16 horas continuas o discontinuas en un lapso de 24 horas (...).

2.4. Diferencias en la aplicación de cláusulas de permanencia mínima en el contrato de televisión por suscripción y en el contrato de prestación de servicios de telefonía celular.

Como se planteó anteriormente en la estructura de este artículo, es necesario analizar a través del método comparativo si los fundamentos que tuvo la CRC para prohibir el pacto de cláusulas de permanencia mínima en los contratos de telefonía celular son realmente distintos a los criterios considerados en el estudio que fundamentó la expedición de la Resolución CRC 5111 de 2017, por medio de la cual se decidió finalmente permitir su pacto en servicios de televisión por suscripción.

Vemos entonces que la CRC en estudio de mercado del mes de noviembre de 2013, frente a la imposición de cláusulas de permanencia mínima, concluyó que:

La principal causal para establecer cláusulas de permanencia en los contratos de prestación de los servicios de comunicaciones móviles es el subsidio de equipos terminales. Lo que implica que los usuarios que adquieren equipos terminales con los proveedores de servicios de comunicaciones móviles celebren un único contrato para la prestación del servicio y la compra del terminal (Comisión de Regulación de Comunicaciones - Coordinación de regulación de mercados, 2013, pág. 121).

En el mismo documento, en cita previa, se realiza un análisis profundo frente a la competencia de mercado entre los prestadores de los servicios donde se evidencia que:

A partir de las experiencias internacionales revisadas y los análisis realizados por la CRC, se identifica que la permisión de subsidios puede producir en el mediano y largo plazo efectos negativos sobre la competencia en los servicios de comunicaciones móviles, toda vez que los subsidios aplicados por los proveedores a los terminales móviles afectan o distorsionan el precio de los servicios de comunicaciones móviles que adquiere el usuario. Esto implica que, por una parte, los usuarios al acceder a un precio particular de un terminal pueden estar contratando mayores capacidades de comunicación a las que realmente requieren, y por otra, los usuarios pueden estar pagando mayores precios por los servicios de comunicaciones que

reciben (Comisión de Regulación de Comunicaciones - Coordinación de regulación de mercados, 2013, págs. 121-122).

Las consideraciones anteriores, entre otras, guiaron la expedición de la Resolución CRC 4444 de 2014, “por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles y se dictan otras disposiciones”, y que en su parte resolutive ordenó, dentro del artículo 3, adicionar el artículo 17A a la Resolución CRC 3066 de 2011, donde se prohíbe el pacto de cláusulas de permanencia mínima a partir del 1 de julio de 2014 para la prestación de servicios de comunicaciones móviles cuando estas se encuentren destinadas a cubrir el financiamiento o subsidio de equipos terminales móviles, ni el financiamiento o subsidio del cargo por conexión, ni la inclusión de tarifas especiales que impliquen descuento sustancial.

Adicionalmente ordena en el inciso segundo de este artículo la celebración de contratos independientes al de prestación de servicios de comunicaciones cuando su objeto sea alguna de las variables anteriores. Es decir, compraventa, financiación o subsidio de equipos terminales móviles u otros equipos requeridos para la prestación del servicio, diferenciando claramente cada objeto contractual de modo que los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios de comunicaciones no se ven afectados por aquellos de un contrato de compraventa que terminaría desdibujando su naturaleza.

Vemos entonces cómo mediante un estudio técnico con fundamentos jurídicos, de mercado y tecnológicos a través del análisis de la situación nacional en comparación con otros países, se

logra una regulación protectora para el usuario que se mantiene en concordancia con el objeto del Estatuto del Consumidor y que propende por la libertad de mercado y la libre competencia como método de regulación de precios, donde las compañías prestadoras de servicios de telefonía móvil deben ofrecer mayores garantías y beneficios para mantener la fidelidad de los usuarios, modificando el concepto de pena - sanción para mantener el pago de los servicios por el de una prestación eficiente como modelo de vinculación comercial.

Habiendo hecho claridad frente a la reglamentación que permitió la prohibición de las cláusulas de permanencia mínima en la prestación de servicios de telefonía móvil y de las razones que llevaron a la CRC a reglamentarlas de tal forma, pasamos a analizar las consideraciones tenidas en cuenta para regular la imposición de dichas cláusulas en los contratos de prestación de servicios de televisión por suscripción, consignadas en el documento denominado “Análisis de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones fijos”, de noviembre de 2015, emitido por la CRC, donde concluyó que:

Los mercados de comunicaciones fijas se caracterizan por registrar altos niveles de concentración, con cuatro proveedores que reúnen cerca del 90% de las conexiones fijas del país. En estos mercados los operadores incluyen cláusulas de permanencia mínima en los contratos siendo el subsidio o la financiación del cargo por conexión la causal preponderante de suscripción de contratos con permanencia mínima y un periodo de doce meses el tiempo de permanencia aplicado en el 99% de los casos. La permanencia mínima establecida para financiar o subsidiar equipos terminales no se usa y la causal para establecer descuentos especiales sólo se usa en un 0,6% de los casos. Al revisar el detalle de otras causales de

suscripción de permanencia mínima en el servicio de televisión por suscripción se identificó que la mayoría corresponden a actividades o elementos que hacen parte de la definición de cargo por conexión establecida en la Resolución CRC 3066 de 2011, con la excepción de las licencias o costos comerciales” (págs. 110-111).

En primera medida encontramos que la justificación para la imposición de las cláusulas de permanencia mínima en los servicios de televisión por suscripción mantiene elementos en común con aquellas pactadas para los servicios de telefonía móvil, aun cuando para el segundo caso obedecen a una causal conceptualmente distinta. Dentro de los elementos comunes nos encontramos con que ambas consideraciones se refieren a elementos externos y ajenos a la prestación del servicio contratado (prestación de servicios de telecomunicaciones) y a la verdadera causa o motivación que impulsa a las partes a suscribir el contrato. En este orden de ideas el suscribir una cláusula de permanencia mínima para obtener un equipo móvil dentro del contrato de prestación de servicios de telefonía celular es equiparable a pactar la misma cláusula para garantizar los costos por conexión en un contrato cuyo objeto es la prestación de servicios de televisión por suscripción.

Aun cuando ambos conceptos resultan necesarios para la prestación del servicio final, no se consolidan como el objeto mismo del contrato, razón por la cual los argumentos que fundamentaron la prohibición de este pacto en la telefonía móvil son aplicables a los servicios de televisión por suscripción.

El documento en cita concluye que “las tarifas de cargo por conexión presentan significativas diferencias entre proveedores” (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015, pág. 112), situación que pone en evidencia que la regulación del mercado a través de la competencia entre proveedores permitiría que los cargos por conexión sean equivalentes sin importar el operador, de modo que la prestación del servicio efectiva se convertiría en la mayor causal de escogencia del servicio, generando un verdadero beneficio al suscriptor.

A modo de apreciación final, la CRC, en virtud de los pocos beneficios que se pueden determinar a favor de los suscriptores, “recomienda unificar la regulación en materia de cláusulas de permanencia mínima del servicio de televisión por suscripción con el Régimen Integral de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, expedido por esta comisión”. (Comisión de Regulación de Comunicaciones - Coordinación de regulación de mercados, 2013, pág. 113). Recomendación que, aunque finalmente fue reglamentada unificando los criterios en dicha materia, impone un mayor abuso a los usuarios del servicio de televisión por suscripción, quienes deben permanecer vinculados frente a condiciones de mayor adversidad en cuanto al incumplimiento contractual del proveedor.

3. Desequilibrio por las disímiles cargas de las partes frente a un evento de incumplimiento de las obligaciones.

3.1. Incumplimiento contractual.

Como se estableció anteriormente, la función de las cláusulas de permanencia mínima está encaminada a la garantía, resarcimiento o sanción frente a un posible incumplimiento de las obligaciones condicionadas a un plazo.

La cláusula de permanencia mínima como cláusula penal permite la terminación anticipada de un contrato y el mantenimiento del equilibrio entre las partes. Están destinadas a evitar pérdidas pecuniarias ante una eventual resolución anticipada del contrato.

La terminación de un contrato es, en términos generales, un acto jurídico mediante el cual dos o más partes dan por terminado su vínculo jurídico y en consecuencia cesan sus obligaciones de dar, hacer o no hacer, o como lo define Ernesto Rengifo (2009), la terminación opera “cuando cesan los efectos hacia futuro (*ex nunc*) de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, es decir, que hay ‘una incolumidad de los hechos cumplidos’” (págs. 1-2).

Como se mencionó anteriormente en materia de contratos de prestación de servicios de comunicaciones, la terminación del contrato no está sujeta a la decisión de un órgano judicial o jurisdiccional, pues dentro de los elementos del contrato mismo se encuentra la prohibición de impedir la terminación unilateral, que recordemos es “(...) un acto jurídico unilateral y recepticio por medio del cual la parte afectada por el incumplimiento de un contrato pone fin a este sin

necesidad de acudir al juez” (Molina Morales, 2009, pág. 80). En este sentido la cláusula penal en la terminación del contrato de prestación de servicio de comunicaciones debería actuar como medio para garantizar los posibles perjuicios a los que conlleva el incumplimiento de las obligaciones que constituyan la causa de las partes al momento de suscribirlo. No obstante, sustentar el pacto de la cláusula de permanencia mínima en garantizar los costos de conexión desvirtúa el desarrollo conceptual y legal de este compromiso, pues implica avalar por este medio motivos exógenos diferentes a su causa.

Frente a esta modalidad contractual de prestación de servicios de televisión por suscripción, centraremos el siguiente espacio de análisis en el estudio de las cláusulas de permanencia mínima involucrada para sujetar al suscriptor frente a condiciones contractualmente asimétricas para avalar la celebración de este tipo de contratos; lo dicho, con el propósito de establecer si las razones de su diferenciación con otro tipo de servicios de telecomunicaciones obedecen al principio de libertad legislativa o a un eventual abuso del derecho.

Con relación a los contratos de comunicaciones, existe un desequilibrio regulatorio relacionado con los efectos del incumplimiento frente a las obligaciones de las partes que hace abusivo el pacto de las cláusulas penales en tales condiciones, tal y como sostuvimos en las observaciones realizadas a la CRC al afirmar que:

El operador puede suspender la prestación del servicio por causa de la mora del suscriptor o incumplimiento de sus obligaciones contractuales, permitiendo en todo caso que el proveedor pueda pedir el cumplimiento del contrato o la terminación del mismo de forma

unilateral si de esa forma se pactó en el contrato, en cualquier caso, permitiendo además el cobro por sumas que se encuentren pendientes incluida la de permanencia mínima, la cual en dicho régimen además se destaca como sanción.

Lo descrito no es más que el derecho que corresponde a las partes en condiciones normales en todo incumplimiento de un contrato bilateral. No obstante lo dicho, las mismas condiciones no aplican para el suscriptor pues no solo no aplica pena alguna para el proveedor por su incumplimiento, sino que además el artículo 17 del mismo acuerdo establece que cuando se interrumpa el servicio (es decir cuando se incumpla el contrato por parte del operador) se descontarán los cargos correspondientes al periodo en el que estuvo suspendido, siempre y cuando este supere las dieciséis (16) horas continuas o discontinuas en un lapso de 24 horas. (Carvajal Martínez, 2016)

Situación que si bien tolera la Resolución CRC 5111 de 2017, no deja de constituirse en un claro incumplimiento del contrato frente a las condiciones que el suscriptor espera recibir al momento de celebrar el negocio, constituyéndose a su vez en la vulneración de la jerarquía normativa dispuesta en el artículo 365 constitucional, en donde se establece el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, lo cual no se logrará mediante las limitaciones de las obligaciones del operador, que solo implican incentivos para una prestación mediocre del servicio, lo que a todas luces constituirá una limitación a los derechos de los usuarios, aun cuando la regulación vigente lo permita.

Aunque las cláusulas de permanencia mínima en los contratos de televisión por suscripción evidencian un abuso en razón a la carga que asume el suscriptor cuando se ve obligado a soportar las condiciones asimétricas frente a los efectos que trae el incumplimiento de las obligaciones so pena de pagar una penalidad o sanción, se hace necesario referirnos a la regulación abusiva que permite dicho desequilibrio.

3.2. Abuso avalado por la regulación colombiana en materia de televisión por suscripción.

En materia contractual, en especial cuando nos referimos a contratos de servicios de televisión por suscripción, nos encontramos con minutas contractuales extensas que incorporan cláusulas abusivas.⁷ En este sentido, debemos tener en cuenta que la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 95 que “son deberes de la persona y del ciudadano: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (...)”.

Recordemos, pues, que el abuso del derecho se presenta o configura como lo plantea Rengifo (2004) cuando dice:

Se presenta un ejercicio anormal o disfuncional de un derecho subjetivo; habrá cláusula abusiva cuando en el contenido de un contrato existe una ventaja desproporcionada para una de las partes en cuanto a derechos y obligaciones que dimanen de la relación jurídica (pág. 16)

⁷ Lo anterior, teniendo en cuenta que aún no ha entrado en vigencia el modelo obligatorio de contrato único establecido por la Resolución CRC 5151 de 2017, que solo estará en vigencia para el próximo 1 de enero de 2018.

Sin embargo, el abuso del derecho dentro de la legislación colombiana lo encontramos en un concepto abstracto, es decir, no es explícito frente a su configuración y aplicación en mecanismos normativos. Por ello su interpretación obedece a parámetros complejos, como lo ha sostenido la honorable Corte Constitucional al determinar que:

Sus decisiones tienen carácter obligatorio para todos, incluyendo a los jueces. De modo pues que en razón del carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional los principios generales del derecho, cuando han servido de base a las decisiones de la corte, devienen de aplicación principal y obligatoria y no meramente subsidiaria (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 640, 1998).

En este orden de ideas el abuso del derecho, o mejor dicho la prohibición de abusar del derecho, funge como un principio general, por lo que su aplicación se encuentra más en el espíritu mismo de las normas; para el caso concreto de estudio, en la regulación de los servicios de televisión por suscripción, según la aplicación de parámetros jurisprudenciales.

Encontramos que existen dentro de los principios constitucionales algunos que por su complejidad pueden ser llamados abstractos (como es el caso del abuso del derecho), “un principio constitucional abstracto (y el abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991) aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulan una situación jurídica concreta” (Rengifo García, 2004, pág. 17)

Ahora bien, en el derecho francés clásico, como determina Josserand:

Para que exista abuso el acto debe de ser anti funcional. Esto es, contrario al espíritu a la finalidad de un derecho subjetivo determinado, abusivo cualquier acto, que por sus móviles y por su fin va contra el destino y la función del derecho que se ejerce; el criterio puramente intencional, tiende a sustituirse por un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada (1999, pág. 5).

Bajo el concepto anterior es claro que el pacto de la cláusula penal en los contratos de televisión por suscripción constituye un abuso del derecho pues no sigue la intención de este mecanismo y se le asignan funciones ajenas a garantizar, resarcir o indemnizar las obligaciones propias que constituyen la causa que da origen al contrato, sino que por el contrario se originan en una causa ajena a su fin, tal y como lo ha definido Josserand.

En este punto y con la finalidad de no ahondar extensamente en el tema conceptual, es necesario analizar los parámetros específicos que se han desarrollado con relación al abuso del derecho en el ámbito contractual. en este sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

La llamada razonabilidad del contrato no permite frente a cláusulas de esa estirpe un control de contenido distinto a aquel que tenga como norte el postulado de la buena fe, y que es el único que al fin y al cabo permite no solo mantener el equilibrio contractual, que cláusulas como la comentada tienden a desvirtuar, sino controlar el poder efectivo de una de

las partes” (Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil. Expediente 4798, 1998).

Es entonces el abuso del derecho la imposición desbalanceada de la relación contractual, que en el caso estudiado se ve reflejado en las cláusulas que liberan de responsabilidad al proveedor y cargan al usuario del servicio de televisión con grilletes de permanencia indeterminados que emanan de una regulación abusiva.

4. Conclusiones

A título de conclusión encontramos que lastimosamente, las mismas observaciones presentadas desde el año 2016 al proyecto de resolución *“por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones”* aplican para la realidad jurídica y regulación colombiana actual en materia de prestación de servicios de televisión por suscripción, reiterando que:

En cuanto a los efectos originados por el incumplimiento de las partes, tenemos que las disposiciones vigentes afectan la naturaleza conmutativa del contrato, considerando que mientras el incumplimiento del suscriptor da derecho al proveedor a exigir la totalidad de la prestación debida más la indemnización de perjuicios pactada en una cláusula penal pecuniaria, el incumplimiento del proveedor ni siquiera le da el derecho al consumidor de exigir la totalidad de la prestación esperada y mucho menos el reconocimiento de perjuicios mediante la aplicación de la cláusula penal a favor de este último.

Lo anterior supone la necesidad de un desarrollo normativo que permita la restitución integral de las prestaciones en el evento del incumplimiento por cualquiera de las partes y la bilateralidad de las cláusulas penales pecuniarias o la prohibición de las mismas, como ha sucedido recientemente en el también contrato de TIC referente a la telefonía móvil celular gracias a la expedición de la Resolución CRC 4444 de 2014, cuyas consideraciones se centraron en la protección al usuario, y que tal y como se demostró en el desarrollo temático, los motivos que dieron lugar a su eliminación deben aplicarse integralmente a la realidad que hoy envuelve los criterios que fundamentan la permisividad de este pacto en los contratos de televisión por suscripción.

Dicha situación se complica aún más cuando la misma normatividad vigente (Resolución CRC 5111 de 2017), en casos de incumplimiento contractual, concibe solo en algunos eventos (que por cierto dependen del mismo contrato redactado por el proveedor) el reconocimiento de penas que en todo caso aplicarán integralmente a favor de los operadores en caso de incumplimiento del suscriptor, como es el caso de la permanencia mínima.

Las cláusulas de permanencia mínima (que en última instancia se constituyen en cláusulas penales por ser una tasación anticipada de perjuicios) en materia de televisión por suscripción, tal y como están concebidas actualmente en la Resolución CRC 5111 de 2017, riñen con lo consagrado en el numeral 1 del artículo 95 constitucional, ya que legitiman el abuso de un derecho que les concede un acto administrativo, como se evidencia a continuación.

La Resolución CRC 5111 de 2017, al mantener aquello consagrado en el acuerdo CNTV 011 de 2006, deslegitima uno de los derechos propios del usuario, y es la posibilidad que tiene el consumidor de servicios de televisión por suscripción de terminar unilateralmente el contrato en caso de falta de disponibilidad del servicio (incumplimiento contractual). Esta posición contraría la teoría del equilibrio contractual, pues mediante regulación amparada por el Estado se impone una carga a la parte más débil y vulnerable del negocio jurídico al derogar su derecho vía acto administrativo, mientras que por el contrario agudiza la posición dominante del operador al dejarle intactos sus derechos de terminación unilateral frente al incumplimiento en el pago del precio mensual por aprovechamiento del servicio.

De lo anterior se desprende que, en este escenario, el operador cuenta con acceso irrestricto frente a los derechos reconocidos en el artículo 1546 del Código Civil, pues respecto al incumplimiento de la contraparte, este podrá exigir una compensación integral compuesta de una restitución que se refiere al pago de las cuotas que se derivan por la prestación del servicio efectivamente suministrado. Esto es, en palabras de Carnelutti (1941), “a restituir un interés idéntico al destruido” (pág. 63), pero por otra parte también tendrá derecho a una indemnización por los perjuicios causados que se consolidan en los intereses de mora y a su vez en los perjuicios que pacte anticipadamente mediante una cláusula penal (permanencia mínima).

Pero lo más preocupante del tema radica en el exagerado desequilibrio contractual que además de lo expuesto representa la posibilidad que le otorga la regulación al operador al concederle la posibilidad de pactar cláusulas de permanencia mínima, desbordando todas las

proporciones del abuso, en el entendido en que además de limitar y condicionar los derechos de restitución que tiene el usuario frente al incumplimiento, la regulación concede al operador la posibilidad de amarrar al suscriptor a condiciones desequilibradas por un periodo de un año.

Siendo así la situación enmarcada en la regulación actual, podrían proponerse dos alternativas: o se elimina la facultad que tienen los operadores de imponer cláusulas de permanencia mínima como ha sucedido en el servicio de telefonía celular, o se debe proceder a equilibrar las cargas contractuales concediendo por regulación una penalidad por falta de disponibilidad del servicio imputable al operador. No obstante, después del estudio realizado, solo se podría viabilizar la primera alternativa, entendiendo que las cláusulas de permanencia mínima al amparar costos de conexión deslegitiman la función de la penal pecuniaria, la cual solo ampara el cumplimiento de las obligaciones que originaron la causa del negocio, y no situaciones externas a la intención que tenían en mente las partes al momento de celebrar el negocio.

En este orden de ideas consideramos que la CRC debe reformar su normatividad, otorgar la posibilidad al consumidor del servicio de televisión de terminar unilateralmente el contrato de televisión por suscripción sin que le sea imputable la penalidad por permanencia mínima cuando el suscriptor así lo desee, entendiendo su nivel de satisfacción frente al servicio y logrando cambiar de operador hasta tanto encuentre alguno que satisfaga plenamente sus necesidades.

Ahora, para eliminar las cláusulas de permanencia mínima de los contratos de prestación de servicios de televisión por suscripción bajo la presunción del costo generado por la reconexión, deben estos precios regularse por el mercado mismo, situación que obligaría a los proveedores a

que, eventualmente y en medio de la competencia mercantil permitida, regulen dichos valores en un monto promedio que no podrá ser superado ni disminuido de forma exagerada entre un prestador y otro.

Bibliografía

- Artículo 867. (s.f.). *Código de Comercio*. Colombia.
- Autoridad Nacional de Televisión República de Colombia. (5 de 3 de 2018). *www.antv.gov.co*.
Obtenido de Información sectorial, información Operadores Suscripción, suscriptores
2017 enero - diciembre: <https://www.antv.gov.co/index.php/informacion-sectorial/suscriptores>
- Carnelutti, F. (1941). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Gedisa.
- Carvajal Martínez, E. (Junio de 2015). Consulta Elevada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Santiago de Cali, Colombia.
- Carvajal Martínez, E. (26 de Junio de 2016). *Comisión de Regulación de Comunicaciones - Observaciones a Proyecto de Resolución "Por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones"*. Obtenido de Radicación 201632678:
https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/NuevoRPU/comment/EDISON_CARVAJAL.pdf
- Castells, M. (2006). *La era de la información, economía, sociedad y cultura. La sociedad red. Vol. I*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - Coordinación de regulación de mercados. (2013). *Modelos de adquisición de terminales móviles: cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones y subsidios a los terminales móviles*. Bogotá D.C. .
- Comisión de Regulación de Comunicaciones. (2015). *Análisis de permanencia mínimas en los contratos de prestación servicios de comunicaciones fijos*.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones. (10 de Julio de 2015). Radicación. 201553182. *Respuesta a consulta*. Bogotá D.C., Colombia.
- Corral Talciani, H. (2009). La cláusula penal en la resolución del contrato. *Estudios Jurídicos*, 331-360.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-450 (1995).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 640 (Corte Constitucional Colombiana 5 de noviembre de 1998).
- Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil. Expediente 4798 (Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil 27 de marzo de 1998).
- De La Maza Gazmuri, I. (2003). Contratos por adhesión y clausulas abusivas ¿por que el Estado y no solamente el mercado? *Revista chilena de derecho privado*(1), 109-148.
- Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011. (Artículo 2).

- Guerra de la Espriella, M. d., & Arango Oviedo, J. D. (22 de Abril de 2011). *De las telecomunicaciones a las TIC, ley de TIC de Colombia*. Obtenido de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4818/S110124_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Hardt, M., & Negri, A. (2002). *Imperio*. Buenos Aires: Paidós.
- Josserand, L. (1999). *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*. Bogotá: Temis. .
- Ley 1480 Artículo 41. (2011).
- López Santa María, J. (2001). *Los Contratos* (tercera ed., Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Márquez Escobar, C. P. (2002). *El delito Informático*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Matías Camargo, S. R. (<http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/063-octubre-2015/Matias.pdf> de Octubre de 2015). *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: su prestación, regulación y control*. Obtenido de Revista del CLAD, reforma y Democracia No. 63.
- Ministerio de la Protección Social. República de Colombia. (2011). *Memorando sobre servicios públicos esenciales*. Bogotá.
- Molina Morales, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado - Universidad Externado de Colombia*, 77-105.
- Montes Alvarino, I. (2017). Defensa del usuario de servicios de comunicaciones en Colombia. *Revista Jurídica MARIO ALARIO D'FILIPPO. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 17:*, 169-184.
- Muñoz Laverde, S. (2010). El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En A. B. Alterini, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Tomo IV Vol. 1* (pág. 234). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis.
- Pineda Morán, M. T. (Octubre de 2007). ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONSECUENCIAS QUE TIENE PARA EL MUNICIPIO, EL DESCONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. Nueva Guatemala de la Asunción, Guatemala. Recuperado el 04 de 26 de 2017, de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7064.pdf
- Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado No. 29*, 141-182.
- Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2da Edición*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Rengifo, E. (Enero de 2009). *www.rengifoabogados.com*. Obtenido de <http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>
- Revista Dinero. (20 de 11 de 2014). *www.dinero.com*. Obtenido de <http://www.dinero.com/empresas/articulo/numero-suscriptores-television-paga-colombia/203367>
- Rincón Ríos, J. (2015). *Delito en la cibersociedad y Justicia Penal Internacional*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Tamani, C. (Junio de 2015). Contrato, operación económica y equilibrio contractual. *Doctrina y práctica.*, 12, 198-209.
- Torres Martínez, J. E. (2014). *Tesis de maestría en Derecho del Trabajo Pública. La Huelga y los servicios esenciales en Colombia*. Obtenido de Universidad Nacional de Colombia: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40019/1/1104699265.2014.pdf>
- Unesco. (1976). *Informe 19c/93*. Unesco.
- Unesco. (2005). *Hacia la sociedad del conocimiento*. París: Unesco.
- Vargas Salazar, D. A., & Lara Ospina, J. A. (14 de 04 de 2015). *repository.unilibre.edu.co*. Obtenido de <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/7729>
- Velásquez Jácome, D., & Moreno Durán, Á. H. (2015). Aspectos de la regulación TIC en Colombia. *IUSTA*, 139-157.

EL CONTRATO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN EN COLOMBIA Y EL ABUSO DEL DERECHO ORIGINADO EN LAS DISÍMILES CARGAS DE LAS PARTES FRENTE A UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

I. Resumen	66
II. Introducción:	67
1. Inadecuada intervención del Estado en los contratos de televisión por suscripción y la autonomía de la voluntad	71
1.1. Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos.....	71
1.1.1. Autonomía de la voluntad vs. intervención.	73
2. Del amparo de la regulación actual al desequilibrio contractual que debe soportar el usuario del servicio de televisión por suscripción originado en la injusta restitución reconocida en un evento de incumplimiento	79
2.1. Una mirada general al consumidor del servicio de televisión por suscripción en Colombia ..	79
2.2. Derecho del consumo y protección al consumidor.....	80
2.2.1. Regulación especial en materia de protección de los derechos de los suscriptores del servicio de televisión por suscripción en Colombia en caso de incumplimiento contractual.	85
3. La regulación aplicable para los operadores de servicios de televisión por suscripción frente a aquella aplicable a los suscriptores o usuarios en términos de incumplimiento contractual.....	89
3.1. Frente a la suspensión del servicio por no pago y la compensación por incumplimiento del operador.....	89
4. Proyecto de resolución CRC y la legislación actual frente a la televisión y otros servicios de telecomunicaciones.....	99
4.1. Desequilibrio en la terminación de los contratos de televisión por suscripción.....	107

4.2. Estímulo del Estado en conductas de posición dominante y abuso del derecho.	111
5. Conclusiones	120
Bibliografía	125

EL CONTRATO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN EN COLOMBIA Y EL ABUSO DEL DERECHO ORIGINADO EN LAS DISÍMILES CARGAS DE LAS PARTES FRENTE A UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

I. Resumen

La regulación en materia de protección a los consumidores del servicio de televisión por suscripción en Colombia se encuentra reflejada en la Resolución CRC 5111 de 2017, expedida por la CRC. Dicha resolución debería propender por el equilibrio dentro de la relación que surge entre los proveedores del servicio de televisión por suscripción y los consumidores. Sin embargo, propende por la desigualdad que surge por la posición dominante que ostentan los proveedores de televisión, cumpliendo una finalidad totalmente opuesta a la esperada, como consecuencia de la permisividad del Estado frente a la desprotección de los derechos de los usuarios en cuanto al incumplimiento contractual del operador de televisión. Lo anterior solo conlleva al incentivo de una deficiente prestación del servicio público, originado en unas condiciones de asimetría contractual que no solo limitan las obligaciones propias del operador, sino que impiden al usuario o suscriptor obtener algún tipo de resarcimiento ante el incumplimiento de las obligaciones de orden legal y contractual que tiene el proveedor de servicios. En ese orden de ideas este artículo pretende resolver el interrogante de si el régimen vigente expedido por el Estado, a través de la autoridad delegada para ello, ampara e incentiva el abuso del derecho que afronta el suscriptor por las condiciones desiguales que rigen para las partes en el evento de un incumplimiento contractual.

Abstract

The regulation in matter of consumer protection concerning television services per subscription in Colombia is reflected in the Resolution CRC 5111 of 2017 issued by the Communication Regulation Commission (CRC). This resolution should promote the equilibrium of the relationship that surges between the television service providers per subscription and the consumers. Nevertheless, it encourages the inequality that rises due to the dominant position of the television providers, which generates an opposite result of what was expected because of the tolerant State regarding the protection of the user's rights related to the contract breaches of the television operators. The only results in the incentive to provide a deficient public service that originates in conditions of contractual asymmetry, which not only limit the obligations of the operator, but also impede the user or subscriber to obtain any type of compensation when the service provider breaches the obligations of legal and contractual order. Due to this, the article pretends to resolve the issue of whether the actual regiment issued by the State, through the delegated authority to do so, protects and incentivizes the abuse of the right that the subscriber must affront, because of the unequal conditions that apply to the parts in an event where the contract is breached.

II. Introducción

Es innegable que el acelerado crecimiento del tráfico mercantil, que se hace cada vez más visible en los servicios asociados a las TIC (donde se clasifica el servicio de televisión por suscripción), ha apresurado el ritmo de los procesos contractuales dejando atrás conceptos tales como los contratos por negociación que “la doctrina define como acuerdo de voluntades, al que,

para coordinar intereses en conflicto, llegan libremente dos o más personas que se encuentran situadas en un plano de igualdad... Resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos” (Diez-Picazo, 1993, pág. 139), pues es evidente que para alcanzar una moderna y eficiente organización empresarial se requiere de la optimización de procesos en diversas áreas del negocio, pero que desde un punto de vista intrínsecamente contractual es necesario el uso de contratos preestablecidos mediante formatos determinados unilateralmente por los operadores del servicio.

No obstante, la necesidad del contrato de adhesión en materia del servicio de televisión por suscripción en el que “los vendedores de bienes suelen establecer los precios de manera fija, y sin ser abierta a la negociación” (Rakoff, 2006, pág. 37), que a criterio de esta investigación es completamente necesario para el adecuado fluir de los negocios mercantiles, a su vez imposibilita la negociación del contenido contractual, haciendo evidentemente vulnerable al suscriptor del servicio frente a una posible posición dominante por parte del operador, surgiendo así la necesidad de establecer límites para evitar abusos en su ejecución.

En este orden de ideas, y entendiendo la posición dominante que actualmente ostentan los operadores de los servicios TIC por una inadecuada intervención estatal, quienes en la mayoría de los casos prestan el servicio de televisión de manera empaquetada, se hace necesario que la autonomía de la voluntad privada sea limitada mediante la intervención del poder regulatorio que le otorga el ordenamiento jurídico a la CRC (y en algunos aspectos a la Autoridad Nacional de Televisión).

Es por ello por lo que la presente investigación orienta su análisis hacia los abusos que se originan hacia las cargas que conciernen a las partes al momento de la terminación del contrato de televisión por suscripción en un evento de incumplimiento. No buscando con esto evidenciar las posibles cláusulas abusivas que pueden contener los muchos contratos redactados por los operadores del servicio de televisión, sino pretendiendo demostrar la regulación abusiva que el Estado, mediante las entidades delegadas por él, ha expedido en materia de protección de los derechos de los usuarios del mencionado servicio, no hablándose ya de cláusulas abusivas sino de regulación abusiva

Planteamos como propósito el estudio, la comparación y el análisis de las condiciones regulatorias establecidas actualmente para el servicio de televisión por suscripción en un evento de incumplimiento, determinando su coherencia con los principios de conmutatividad, restitución y demás preceptos que caracterizan a los contratos bilaterales, con una finalidad crítica frente al regulador (CRC), un organismo que no tuvo en cuenta las observaciones planteadas y oportunamente presentadas por esta investigación en su camino hacia la expedición del nuevo régimen de protección de los derechos de los consumidores de televisión por suscripción.

En el presente estudio centramos el análisis de las relaciones contractuales usuario - suscriptor y operador dentro de la denominada televisión por suscripción, ya sea esta cableada cerrada o satelital, para ilustrar las dificultades presentadas con la regulación actual y las desventajas a las que se ven sometidos los usuarios del servicio.

El cumplimiento de este objetivo será conseguido a través del análisis jurídico de las condiciones regulatorias vigentes en materia de incumplimiento del contrato de televisión por suscripción, que han regido en Colombia por más de 12 años a la luz del Acuerdo 011 de 2006, expedido por la extinta Autoridad Nacional de Televisión, y que han trascendido al nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones (Resolución CRC 5111 de 2017) con la intención de estudiarlas a través de un método comparativo desde la doctrina, la jurisprudencia e incluso con el mismo régimen general de protección de los consumidores, lo cual permitirá concluir si la regulación especial en la materia ampara el abuso del derecho en perjuicio de millones de colombianos que han suscrito contratos para el acceso a la televisión satelital o cableada.

Lo expuesto se deriva específicamente del análisis de los artículos 2.1.11.2. y 2.1.12.1. de la Resolución CRC 5111 de 2017, (anteriormente regulados por los artículos 16 y 17 del derogado Acuerdo 011 de 2006), en los cuales se reglamentan las disímiles condiciones a las que se someten las partes en eventos de incumplimiento contractual, disponiendo por una parte que frente al incumplimiento retardado del suscriptor procede la mora y la opción que siempre tendrá el operador de escoger, entre el cumplimiento forzado del contrato o la terminación del mismo de forma unilateral (si de esa forma se pactó en el contrato), permitiendo en cualquiera de los casos el cobro por las sumas que se encuentren pendientes, incluido el valor que se deba cobrar por permanencia mínima, condiciones que no son aplicadas en la misma escala frente al incumplimiento del proveedor, lo que podría implicar abuso frente al desequilibrio de las mismas.

1. Inadecuada intervención del Estado en los contratos de televisión por suscripción y la autonomía de la voluntad

1.1. Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos

El Estado colombiano mantiene un orden de primacía constitucional sobre las regulaciones normativas de menor orden encontrando que:

La regulación económica y sus consecuencias no pueden seguir siendo estudiadas de la manera tradicional como se abordan las diferentes normas jurídicas, sino que se requiere de una mentalidad nueva, capaz de fusionar conceptos propios de la economía e introducirlos al derecho, así como también se requiere que los nuevos conceptos jurídicos se incorporen a la tradición académica de los economistas (De la Torre Vargas, 2014, págs. 45-62).

En tal sentido, De La Torre Vargas (2014) ha aseverado que “la regulación puede entenderse también como acciones gubernamentales para evitar que el interés y la capacidad de manejo privado de agentes económicos lesionen el interés público” (págs. 45-62). Lo anterior es una consecuencia a los fallos del mercado ya que “busca corregirlos, en ocasiones a través de medidas generales (prohibición de monopolios) o en ocasiones a través de medidas muy concretas (medidas de separación e integración, control de precios, de inversiones, fijación de estándares y calidades mínimas)” (págs. 45-62).

Ha sido de vital importancia para la teoría de la intervención estatal el modelo regulador de los servicios públicos en Colombia según la cual el autor citado previamente ha definido:

Con el nuevo marco constitucional existente a partir de 1991, el modelo de los servicios públicos fue modificado sustancialmente para dar paso a un modelo de gestión cuyo paradigma es la libre competencia, la libertad de concurrencia y la eficiencia económica. Se considera en el nuevo modelo que la competencia es el método más eficaz para universalizar el servicio, pues amplía cobertura y baja tarifas (De la Torre Vargas, 2014, págs. 45-62).

Sin embargo y a pesar de los grandes avances legislativos y doctrinales al respecto, muy concretamente frente a la prestación de servicios de televisión por suscripción, encontramos que el Estado colombiano se ha quedado corto en la protección de los usuarios y consumidores pues ha desperdiciado las oportunidades normativas presentadas para la defensa de los usuarios, manteniendo a este grupo rezagado frente a los adelantos jurídicos en materia contractual bajo el pretexto de asumir como ciertos los planteamientos de los grandes grupos económicos encargados de proveer este servicio, pues “por regla general, la regulación es adquirida por la industria y que es diseñada y opera primordialmente para su beneficio” (Stigler, 1990, pág. 82).

Con esta regulación la CRC, en el texto de la Resolución CRC 5111 de 2017, regresa a una concepción individualista ya superada desde la doctrina y la jurisprudencia del abuso del derecho que lo considera:

Únicamente como un exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo, como una pura intención de causar daño, como una desviación del derecho de su específica finalidad socioeconómica o como el ejercicio anormal del derecho subjetivo, para ubicarlo en un campo supra individual, social y consistente en la violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por una expresa norma del ordenamiento jurídico (Rengifo García, 2004, pág. 63).

Entendiendo que la regulación que nace de la intervención estatal siempre debe estar “instituida primordialmente en aras de la protección y beneficios del público en general o de algún sector del público” (Stigler, 1990, pág. 82).

1.1.1. Autonomía de la voluntad vs. intervención.

En el marco de estudio de la celebración del contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción nos adentramos en el estudio de los requisitos esenciales de cualquier tipo de contrato, la voluntad y el consentimiento.

La relación contractual o contrato es definida por Hernández Fraga (2017) como “un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados” (pág. 28). También lo define Rivera (2004) citado en Hernández Fraga (2017) cuando dice que “el negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos” (pág. 28). Quiere decir lo anterior que “el negocio jurídico

constituye entonces el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad” (Hernández Fraga, 2017, pág. 28)

Es por tal razón que el elemento consentimiento dentro de la relación contractual cumple su más importante función como manifestación de la libre voluntad de las partes (Hernández Fraga, 2017).

En este entendido, la autonomía de la voluntad permite que toda persona legalmente capaz pueda obligarse. Por una vía alternativa adecuada (en virtud de la capacidad de disposición que la ley le otorga) mediante la celebración de contratos en los cuales se pacten cláusulas que no vayan en contra de las limitaciones ya anunciadas (Amazo, 2009, pág. 185).

Así las cosas, la autonomía de la voluntad no es absoluta, pues encuentra su límite en el reglamento que desestimula la tentación de abuso originada muchas veces en la posición dominante que puede ostentar una de las partes de la relación contractual. En tal sentido Rengifo (2004) afirma:

El no abusar cuando se tiene el poder de configuración del contrato puede ser entendido como un límite a la autonomía privada. El que introduce las condiciones generales en el contrato no puede establecer lo que él quiera, sino que está obligado a establecer, según un criterio equitativo, la regulación que se le ha confiado adoptar (págs. 189-190).

Desde el enfoque jurisprudencial, la honorable Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-186 de 2011, se ha pronunciado frente al límite que implica la regulación en el concepto de autonomía de la voluntad en el siguiente sentido:

De la extensa cita transcrita anteriormente se desprende que esta corporación ha entendido que la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía –una de cuyas formas es precisamente la regulación– cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios (...). La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-186, 2011)

Establece de igual forma en sus consideraciones que:

... los prestadores del servicio público de televisión se encuentran sometidos a la regulación que expida esta comisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 182 de 1995 y las competencias que trata el artículo 12 de la Ley 1507 de 2012 en concordancia con el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-186, 2011)

Es necesario entonces aclarar las funciones y roles que desempeña el Estado dentro del proceso económico y contractual emanado de la autonomía de la voluntad, desde la teoría de la regulación económica, planteada por Stigler (1990) quien manifiesta que “las tareas centrales de la teoría de la regulación económica consiste en explicar quién recibirá los beneficios o las cargas de la regulación, que forma adoptará la regulación y los efectos de la regulación en la asignación de los recursos” (pág. 82).

En este orden de ideas “la regulación económica surge de la necesidad de incentivar y monitorear las decisiones de los agentes que participan en situaciones donde existen fallas de mercado, en las que el Estado intervenga dentro de esa autonomía de la voluntad particular”. (Palacio García & Zambrano Mantilla, 2012, pág. Párrafo 2).

En términos de Carniel (2010), citado por Palacio García & Zambrano Mantilla (2012), en el modelo de intervención estatal existen:

...tres elementos que juegan un papel decisivo en el momento de garantizar el funcionamiento eficiente de la relación Estado - operador: la información, los incentivos y el diseño eficiente de los contratos. Para hacer esto posible es necesario contar, como premisa central, la separación entre los actores que operan en el sector y quién tiene el poder de regular el mismo; se considera que permitir las situaciones ambiguas, como la adscripción, generarían un funcionamiento incorrecto del regulador. (pág. Párrafo 8)

Para el caso del Estado colombiano no es ajeno el concepto de intervención estatal pues la administración ha intervenido, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 directamente, en diferentes campos económicos, incluidos los servicios públicos, que para el caso concreto de estudio nos referimos a servicios públicos no esenciales como el caso de las telecomunicaciones. Para esta clase de servicios los avances legislativos han dejado su regulación en cabeza de la CRC.

Palacio García y Zambrano Mantilla (2012) han catalogado a estas comisiones (incluida la CRC) como:

Unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas al ministerio correspondiente, con la misión de ejercer las funciones de regulación de los servicios públicos domiciliarios, asignadas en la constitución política al presidente de la República, en caso de que este decida delegarlas. La Ley 142 establece también que la prestación continua de un servicio de buena calidad es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos. En este sentido el incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio, denominado falla en la prestación del servicio, es, específicamente, responsabilidad de las comisiones de regulación, quienes fijan las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos y, por supuesto, asegurar su cumplimiento (pág. Párrafo 14).

Bajo dicha teoría de las responsabilidades en cabeza de las comisiones de regulación, encontramos a simple vista que la normatividad vigente colombiana no propende por el

cumplimiento de los principios y responsabilidades descritos anteriormente, pues la diferenciación legal frente al régimen que guía la prestación de servicios de televisión por suscripción en materia de incumplimiento contractual violenta tajantemente los principios de calidad y continuidad en la prestación de los servicios al permitir, sin mayor reproche normativo, que los proveedores de paquetes de televisión por suscripción incumplan sus obligaciones y nieguen bajo la redacción de un contrato la posibilidad a los usuarios de ser compensados tras el incumplimiento.

Concluyen de este modo los autores mencionados Palacio García y Zambrano Mantilla (2012) que parte de la intervención estatal en la economía y en la voluntad de las partes contratantes, se sustenta dentro de “su obligación legal de realizar la supervisión del cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas responsables y la imposición efectiva de sanciones y multas” (pág. Párrafo 28).

Plantean además que:

Es importante para la actividad del regulador que disponga de instrumentos efectivos para llevar a cabo estas tareas. De forma ideal, las sanciones que el regulador pueda imponer deben estar ligadas a los daños o pérdidas sufridas por los usuarios o las empresas competidoras, y los ingresos por esas sanciones deberían ser transferidos a los agentes perjudicados (pág. Párrafo 28).

Ratificando de ese modo el derecho a la compensación en cabeza de los usuarios y cómo la posibilidad de terminar el contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor debe ser bilateral.

2. Del amparo de la regulación actual al desequilibrio contractual que debe soportar el usuario del servicio de televisión por suscripción originado en la injusta restitución reconocida en un evento de incumplimiento

2.1. Una mirada general al consumidor del servicio de televisión por suscripción en Colombia

El servicio de televisión por suscripción ha cobrado cada vez más importancia en las necesidades de entretenimiento e información de la población colombiana entendiendo, desde la perspectiva de Arango Forero (2009), según la cual:

De la naturaleza de sus contenidos resalta el valor predominante de la imagen como expresión comunicativa por excelencia, destacándose la relevancia y el protagonismo del mensaje audiovisual como el sistema semiótico, sintáctico, gramatical y lingüístico, predilecto por las nuevas generaciones para la comunicación e interacción con el mundo (pág. 218).

El contexto anterior, en el que la televisión ha cobrado vital importancia dentro de la vida de las comunidades, ha obligado a que los operadores del servicio de televisión por suscripción fomenten nuevas tecnologías para responder a la creciente demanda que origina la alta

competencia del sector, surgiendo la necesidad de innovar en dispositivos cada vez más sofisticados que permitan al consumidor la grabación, el almacenamiento, y la clasificación de contenidos que les permitan personalizar la oferta de los consumidores a sus propios horarios y rutinas.

Sin embargo en Colombia la gran demanda que se aglomera respecto a un servicio tan relevante como lo es el de la televisión por suscripción, como lo plantea Villalba Cuellar (2009, pág. 77), no ha logrado permear las instituciones jurídicas de una manera clara, equilibrada y precisa respecto a la necesidad de una apropiada protección del consumidor, y aún se conserva una regulación especial poco idónea para resolver los abusos que pueden cometer los operadores del servicio público, la cual no se encuentra acorde a los postulados de la nueva rama del derecho conocida como el derecho al consumo, que tiene en la Ley 1480 de 2011 su fundamento en Colombia.

2.2. Derecho del consumo y protección al consumidor

Es pertinente en este estadio investigativo realizar un análisis previo respecto a los principios y objetivos consagrados en el estatuto general del consumidor en Colombia (Ley 1480 de 2011), iniciando con su evolución y finalizando con un paralelo frente al actual régimen especial que la CRC ha expedido en esta materia.

Así las cosas, es necesario contar con una apropiada claridad sobre conceptos tales como consumidor y derecho del consumo, precisiones que permitan entender con mayor facilidad y coherencia el análisis que se realizará frente al tema planteado.

Partimos por aclarar en primer lugar que, como lo ha definido Alpa, Guido (2006, pág. 7), el derecho del consumo puede considerarse como una categoría relativamente reciente dentro de las ramas del derecho, esto dado a que el concepto de consumidor fue descubierto recientemente, apareciendo inicial y progresivamente en los países occidentales en los que florecía más contundentemente el capitalismo. No hacía el derecho en tal momento concesiones al que revistiera la calidad de consumidor, pues se le tomaba simplemente como el eslabón final del sistema de producción.

No obstante y contrario a lo que podría pensarse, su posterior hallazgo por la sociedad no fue objeto de un inmediato reconocimiento por las medidas legislativas pertinentes, pues fue solo gracias a la “aparición de organizaciones estadounidenses espontáneas de consumidores que adelantaban campañas con el objetivo de mostrar los graves y perjudiciales fenómenos desencadenados por las estrategias comerciales de las empresas, que se inició la presión para el reconocimiento jurídico de sus derechos” (Alpa, 2006, pág. 11).

Para mediados de los años 60 ya eran visibles en Europa los primeros brotes en materia legislativa frente a la disciplina que buscaba impartirse a través del derecho del consumo. No obstante, dicha iniciativa tuvo como fundamento la doctrina y el legislador regional quien, mediante el derecho comunitario, mostró mayor eficiencia que la legislación de los estados

miembros, siendo el vehículo idóneo para el florecimiento del derecho del consumo en ese continente.

Finalizando los años 90 la ONU, atendiendo a las necesidades del mundo capitalista y con el propósito de regular las relaciones desiguales de la economía occidental, generó la directiva ampliada del año 1999 (Organización de las Naciones Unidas, 2003), donde reconocen que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación cuyos objetivos, planteados en el numeral primero del documento mencionado en los literales de la ‘a’ al ‘h’ frente a la protección del consumidor, aplican directamente a las necesidades que este artículo plantea para el caso colombiano, específicamente cuando se refiere en los literales ‘a’, “ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores” y ‘d’, “ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores” (2003).

Se ha pronunciado frente la protección especial al consumidor de bienes y servicios la honorable Corte Constitucional colombiana cuando plantea que:

La constitución, en relación con ciertas categorías de personas (...), dispone un tratamiento de especial protección. En unos casos se persigue reforzar el respeto a la dignidad de la persona humana, sobre todo tratándose de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta o que por su condición de extrema fragilidad pueden ser objeto de abusos por los demás. En otros casos la constitución aspira, con el régimen de especial protección,

avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1141, 2000).

A seguida letra, el pronunciamiento del máximo órgano constitucional con respecto al derecho del consumo y su ontología establece:

La razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales. (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1141, 2000).

En ese orden de ideas, en la sentencia en cita se concluyó que:

Cuando la constitución encomienda al legislador el desarrollo de un cierto régimen de protección no está simplemente habilitando una competencia específica para dictar cualquier tipo de normas. Lo que el constituyente se propone es que la finalidad de la protección efectivamente se intente actualizar y se imponga en la realidad política y social –por lo menos en un grado razonable y en la medida de las posibilidades y recursos existentes–, articulando de la manera más armoniosa y eficaz dentro de las políticas públicas las justas demandas de

los sujetos merecedores de dicha protección especial (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1141, 2000).

Situación que como presentaremos en el desarrollo de este estudio no se ha materializado para los usuarios y consumidores del servicio de televisión por suscripción.

En el marco de regulación de tales relaciones entre consumidores y grupos económicos “se definió el derecho del consumo como una categoría jurídica reciente que hizo su aparición como consecuencia de la necesidad de regular las relaciones jurídicas de los ciudadanos cuando estos actúan en el mercado bajo ciertas circunstancias” (Villalba Cuellar, 2009, págs. 78-79).

En la actualidad se ha definido a los consumidores, según Villalba (2009), “como un grupo específico de personas que son objeto de protección por parte del legislador” (pág. 79). Y como se esgrimió inicialmente, el Estatuto de Protección al Consumidor Colombiano, Ley 1480 de 2011, plantea unos principios generales como son la protección a la salud y seguridad del consumidor; educación del consumidor; la información veraz sobre los servicios recibidos, la libertad de constituir organizaciones y la protección esencial a niños, niñas y adolescentes.

Además, esta norma protectora contempla unos derechos taxativos a su favor, que en lo concerniente a este estudio debemos centrarnos en aquellos definidos en los numerales 1.5. y 1.6 del artículo 3, que contemplan “1.5. Derecho a la reclamación: reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los

daños sufridos” y “1.6. Protección contractual: ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley”.

Veremos entonces cómo la evolución regulatoria colombiana, en razón a la prestación de servicios de televisión por suscripción, se ha mantenido al margen de los principios anteriormente señalados en la ley de protección al consumidor, relegando a este grupo de usuarios y consumidores a la aplicación de una normatividad inequitativa en materia de cumplimiento de las obligaciones contractuales, desvirtuando los principios que guían este tipo de relaciones.

2.2.1. Regulación especial en materia de protección de los derechos de los suscriptores del servicio de televisión por suscripción en Colombia en caso de incumplimiento contractual.

La televisión en Colombia ha sido definida como un servicio de telecomunicaciones⁸, y bajo tal categoría, es evidente que la misma normatividad debe regular los contratos que garantizan la

⁸ Bajo la radicación 201553182 elevamos consulta ante la CRC donde se solicita, entre otras, determinar si el servicio de televisión hace parte de las llamadas TIC, obteniendo como respuesta por parte de esta entidad el traslado por competencia de la solicitud a la Autoridad Nacional de Televisión, organismo que en documento 201500008932 se pronunció diciendo que: de acuerdo a la normatividad vigente, y las disposiciones emitidas por los organismos internacionales del sector, se entiende por tecnologías de la información y las comunicaciones –TIC– como el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, videos e imágenes.

Por su parte la Ley 182 de 1995 define la televisión como “(...) un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él,

prestación de estos servicios enmarcados dentro de las llamadas TIC. Este modelo contractual se clasifica claramente dentro de los llamados contratos por adhesión, definido como "aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desea formalizar una relación jurídica obligatoria" (Vallespinos, 1984, pág. 238). La prestación masificada de este servicio público ha dejado atrás el concepto del llamado contrato por negociación, cuya aplicación en la coyuntura actual supondría un retroceso en la eficiencia requerida en las relaciones comerciales.

No obstante lo anterior, no es apropiado pensar que, por el uso de dicha modalidad contractual, "el negocio jurídico haya perdido su naturaleza bilateral, dejando atrás todos los elementos que lo caracterizan, o peor aún que pueda percibirse que no puedan denominarse como verdaderos contratos como alguna postura de la doctrina lo asegura" (Diez-Picazo, 1993, págs. 324–325).

Contrario a esto, el contrato de televisión por suscripción conserva su naturaleza bilateral, "especialmente el carácter conmutativo que lo caracteriza, el cual no puede desconocerse bajo ningún criterio" (Súarez, 2014, pág. 203), pues como es sabido "la distribución y el intercambio

que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea".

(...) En Colombia las entidades públicas que hacen parte del sector TIC son: Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; CRC; servicios postales 4/72, Agencia Nacional del Espectro –ANE–, ANTV y la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– en lo relativo a la defensa del consumidor TIC.

Ahora bien, si bien la ANTV hace parte del sector TIC, por disposición expresa de la Ley 1341 de 2009 el servicio público de televisión se encuentra excluido del marco general del sector TIC y es regulada de acuerdo a su régimen especial consignado en la Ley 182 de 1995, Ley 335 de 1996, Ley 680 de 2011 y Ley 1507 de 2012.

de bienes y de los servicios debe realizarse sobre los postulados de justicia conmutativa (...) y debe guardarse el mayor equilibrio posible entre las prestaciones” (Súarez, 2014, pág. 74), entendiendo, según Suárez (2014), que “*per se*, el contrato de contenido “predispuesto” no es abusivo, sino que tal situación ocurre en tanto y en cuanto el predisponente use esa situación de dominio “(...) en detrimento del equilibrio económico de la contratación (...)” (pág. 203).

Tenemos entonces que, sin lugar a dudas, como lo ha planteado Claro Solar (1978), la modalidad contractual que hoy estudiamos pertenece claramente a la categoría de contrato conmutativo, pues una de las partes adquiere una obligación con la otra, y al mismo tiempo la segunda corresponde con un equivalente al servicio o bien dado, en este caso con el pago de la suscripción a servicio de televisión.

Si bien esto es cierto muchas veces la fuerte competencia que surge entre los operadores, o en algunos casos, su propia ambición enmarcada en un entorno capitalista, tienden a una predisposición de abuso de su posición dominante originada en la situación privilegiada que ostentan estos proveedores en las corrientes propias del mercado y que culminara en muchos casos en el uso de todos aquellos mecanismos que permitan alcanzar la reducción de sus obligaciones en un claro reflejo de la restricción de los derechos de sus usuarios, todo ello originado en la potestad de redacción unilateral del contrato.

En consideración a la asimetría que envuelve la relación contractual entre operadores y usuarios del servicio de televisión por suscripción, lo que supone un peligro al principio de conmutatividad del mismo, es imperativa la intervención del Estado quien, mediante adecuadas

medidas regulatorias, asegure la ejecución regular y continua de un servicio técnico indispensable para la vida social (Gorostiaga, 1982, pág. 40), imponiendo condiciones justas y equilibradas que regulen la redacción del contrato y su posterior ejecución. Fijando un marco que impida el menoscabo que puedan originar los pactos celebrados en condiciones de autonomía de la voluntad, teniendo siempre presente la “tendencia a la protección del interesado más débil y ello, ante todo, por indiscutible exigencia de la justicia conmutativa” (Diez-Picazo, 1993, pág. 132).

Bajo las condiciones expuestas, se guiará el análisis de la investigación hacia la comprensión de la regulación vigente en Colombia en materia de protección de los usuarios, enfocada en lo dispuesto frente a eventos de incumplimiento contractual.

En el año 2017 fue expedida la Resolución CRC 5111 por la CRC que derogó el Acuerdo CNTV 011 de 2006. Sin embargo, en esta nueva normatividad encontraremos que no se integra el derecho a la reclamación consagrado en el numeral 1.5. del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 cuando establece la facultad del usuario para “reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos”.

3. La regulación aplicable para los operadores de servicios de televisión por suscripción frente a aquella aplicable a los suscriptores o usuarios en términos de incumplimiento contractual

3.1. Frente a la suspensión del servicio por no pago y la compensación por incumplimiento del operador

Partimos de la regulación en Colombia para la prestación del servicio de televisión por suscripción tal y como se definió en el acápite anterior de este estudio, específicamente en lo relativo a la suspensión de servicios por falta de pago oportuno del usuario y la compensación por incumplimiento del operador, previamente consagrados en el Acuerdo CNTV 011 de 2006, artículos 16 y 17, según los cuales "Artículo 16: el operador del servicio público de televisión por suscripción podrá suspender la prestación del servicio por causa de la mora del suscriptor o incumplimiento de sus obligaciones contractuales de acuerdo con lo que se establezca en el contrato". Claramente la obligación del usuario o suscriptor dentro de la celebración del contrato bilateral de prestación de servicios de televisión por suscripción es el pago, cuyo incumplimiento se manifiesta con la suspensión del servicio. Establece este artículo como requisito para la suspensión del servicio la suspensión también de la facturación "sin perjuicio del reconocimiento y compensación de sumas pendientes a cargo de cualquiera de las partes, incluidas las de permanencia mínima cuando sea el caso". Aun cuando se ha planteado de manera bilateral al menos de forma enunciativa la obligación de la compensación, el artículo 17 de la normatividad en cita desarrolla este tema, determinando que:

Cuando se interrumpe el servicio por cualquier causa no imputable al suscriptor, los cargos correspondientes al período de la suspensión deben ser descontados proporcionalmente al tiempo de duración del mismo, **cuando este supere 16 horas continuas o discontinuas en un lapso de 24 horas** (Artículo 17). (Negrillas y subrayado son nuestros).

Esta regulación claramente vulnera la esencia del contrato bilateral, característica principal de los contratos de prestación de servicios públicos.

Cabe recordar frente a las características del contrato bilateral, conmutativo y sinalagmático, como lo estableció Pothier, (2003), que “las prestaciones que se deben entre las partes pueden consistir ya sea en daciones o en hechos propiamente dichos” (pág. 81), y desde la premisa de que el contrato es fuente generadora de obligaciones, tenemos que las partes –en el caso del contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción equivalen al operador y al suscriptor– tienen entre ellas el “deber jurídico” (Rogel Vidal, 2013, pág. 9) de hacer y de dar: por un lado el operador se encarga de la prestación del servicio y por el otro el suscriptor se obliga al pago.

Cabe anotar que las obligaciones generadas entre las partes a raíz del contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción nacen en el plano jurídico con el objeto de ser cumplidas. Es decir, el operador debe prestar el servicio y el consumidor debe pagar aquello que corresponda por el servicio prestado. Cuando estos compromisos no se cumplen, existen para las partes diferentes posibilidades desde el plano legal, así:

El solo incumplimiento es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que, genéricamente, se las llama remedios por incumplimiento; es decir, acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente, y cuyo objetivo es la realización de su interés en la prestación, afectado por la infracción (Vidal Olivares, 2017, pág. Párrafo 45).

En ese orden de ideas, el incumplimiento a las obligaciones es definido como:

Aquella situación antijurídica que se produce, cuando por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el derecho contra aquel para imponerle las consecuencias de su conducta (Fueyo Laneri, 1991, pág. 256).

Dentro de las posibles consecuencias a imponer a la parte que ha incumplido sus obligaciones dentro de las relaciones sinalagmáticas o conmutativas como lo son aquellas emanadas del contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción, las encontramos en el marco de la responsabilidad civil entendidas como:

responsabilidad en sentido amplio, sinónima de un conjunto de consecuencias que se siguen de la infracción del deudor y que debe soportar por ese mismo hecho, a la que, más propiamente, conviene denominar sistema de remedios por el incumplimiento. La

responsabilidad civil en su sentido restringido se identifica con la indemnización de daños (Pantaleón Prieto & Gregoraci Fernández, 1995, pág. 3922).

Que se encuentran relacionadas “con la indemnización de los daños (compensatoria y moratoria), la resolución del contrato, (...) y la sustitución siempre desde el análisis de la culpa, que es el elemento esencial que permite su configuración” (Vidal Olivares, 2017, pág. Párrafo 47).

Lo descrito no es más que el derecho que corresponde a las partes en condiciones normales ante un incumplimiento de obligaciones en un contrato bilateral. No obstante, las mismas condiciones no aplican para el suscriptor del contrato de televisión por suscripción, pues no solo no aplica pena alguna para el proveedor por su incumplimiento sino que además, como se evidencia en el artículo 17 del mismo acuerdo, se establece que cuando se interrumpa el servicio (es decir cuando se incumpla el contrato por parte del operador) se descontarán los cargos correspondientes al periodo en el que estuvo suspendido, siempre y cuando este supere las dieciséis horas continuas o discontinuas en un lapso de 24 horas (Carvajal Martínez, 2016).

Por el contrario, el operador cuenta con la facultad de suspender la prestación del servicio de televisión por suscripción por causa de la mora del suscriptor o incumplimiento de sus obligaciones contractuales en virtud del artículo 16 del Acuerdo CNTV 011 de 2006. Dentro de las observaciones que presentamos al proyecto de resolución “por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones” (Carvajal Martínez, Comisión de Regulación de Comunicaciones - Observaciones a Proyecto de

Resolución "Por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones", 2016), encontramos que esta regulación permite en todo caso que el proveedor pueda pedir el cumplimiento del contrato o la terminación del mismo de forma unilateral, siempre y cuando de esa forma se haya pactado en el contrato, en cualquier caso permitiendo además el cobro por sumas que se encuentren pendientes, incluida la de permanencia mínima, la cual en dicho régimen además se destaca como una sanción.

La compensación, que conceptualmente implica la indemnización por el perjuicio causado, conlleva en nuestro objeto de estudio a satisfacer las obligaciones incumplidas al suscriptor, y para el mismo caso no era posible aplicar la restitución de los valores pagados, ni solicitar resolución del contrato, pues la terminación unilateral por parte del usuario debe someterse previamente a la condición asimétrica ya detallada, en donde el suscriptor deberá soportar fallas del servicio superiores a 16 horas diarias, pues de lo contrario regulatoriamente se ve obligado al pago de la cláusula de permanencia mínima a favor del operador.

En este mismo sentido es relevante mencionar que las condiciones compensatorias ofrecidas por el incumplimiento en algunos servicios muy *sui generis* de la televisión por suscripción, también adolecen del desamparo regulatorio, pues la falta de reglamento supone claras desventajas a la parte más débil de la relación contractual.

Lo anterior puede vislumbrarse claramente en dos casos particulares:

a) El primero es el relacionado con los servicios de *pay per view* (PPV), un criterio particular

del servicio de televisión por suscripción que se ha desarrollado como servicio adicional al plan contratado de televisión por suscripción, pero que a todas luces debe ser objeto de regulación. Esto por la clara necesidad de amparo que requiere el consumidor frente a los abusos que pueden derivarse de la posición dominante de los operadores. En el caso concreto, no hay regulación clara en materia de compensación, la cual es imperativa, teniendo en cuenta por un lado que la compensación que se realiza por las fallas en este servicio (incumplimiento contractual) deben reconocerse de forma automática, pues lo contrario implicaría el desaliento de muchos usuarios frente a la posibilidad que tienen de presentar quejas en la línea de atención al cliente, considerando que la mayoría de las películas que se solicitan mediante este sistema son de contenido triple X, exclusivo para adultos, y por tanto y atendiendo a la protección de su privacidad e intimidad, en la mayoría de los casos los usuarios desistirán de sus quejas. Por otro lado, y en el evento de incumplimiento por parte del operador respecto al servicio de *pay per view*, lo que el operador reconoce al consumidor es una restitución y no una compensación integral, pues la devolución del dinero pagado anticipadamente no implica el reconocimiento de una indemnización que resarza los perjuicios causados los cuales, en las condiciones actuales, deberá probar el consumidor en juicio para lograr su reconocimiento.

En este orden de ideas y con respecto al servicio *pay per view*, la compensación siempre deberá realizarse de forma automática y reconocer un criterio indemnizatorio que pueda equivaler hasta el doble del valor que paga por anticipado el usuario, lo cual deberá de reconocerse de manera automática al suscriptor.

b) Se considera que existe otra causal propia del servicio de televisión por suscripción que

debe ser objeto de compensación en el caso de incumplimiento contractual y que se encuentra amparada en los postulados del artículo 1618 del Código Civil colombiano que establece que, una vez conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Con lo anterior se hace referencia a aquellos casos en los que el consumidor del servicio de televisión por suscripción escoge contratar el servicio con un operador determinado por la única razón que entre los canales de la parrilla que ofrece se encuentra un canal específico, aquel canal en el que se fundamenta la razón de su decisión de consumo, y por lo cual el consumidor accede a suscribir una cláusula de permanencia mínima para obtenerlo. Frente a este tema es claro que en la regulación actual el usuario no encuentra la posibilidad de llevar a un plano objetivo, su deseo subjetivo, que se enmarca en la razón misma de su decisión de consumo. En otras palabras, la regulación no permite la determinación de un medio probatorio que logre demostrar la intención del consumidor de forma previa a la suscripción del contrato, que le permita obtener una compensación integral, además de la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato en el evento en el que dicho canal sea sacado de la parrilla.

Teniendo en cuenta los casos anteriores, es evidente la necesidad de regulación al respecto, con el fin de garantizar integralmente la protección de los derechos de los consumidores del servicio de televisión, específicamente en el evento en el que la intención de un consumidor en celebrar un contrato sea exclusivamente el interés que tiene de obtener un solo canal de la parrilla. Entendiendo que, si el operador decide eliminar unilateralmente dicho canal de la parrilla de programación, el consumidor afrontará un perjuicio que no debería estar obligado a soportar, el cual radica en la desaparición de uno de los elementos determinantes en el contrato,

elemento que impulsa su suscripción desde un principio, este elemento radica en la causa del contrato.

Habiendo hecho la claridad anterior, es indispensable continuar con el análisis de la regulación emitida por la CRC, que reemplazó el acuerdo CNTV 011 de 2006, donde al operador, por cada 24 horas de servicio diario, le era permitido incumplir 15 horas con 59 minutos, sin que ello constituya para el suscriptor el derecho a recibir si quiera una restitución. En otras palabras, la regulación le concedía al suscriptor la protección de menos de 9 horas de su servicio, por las que ha pagado 24, vulnerando el principio de conmutatividad del contrato. Lo anterior entendiendo que en el evento en el que los operadores de televisión por suscripción dieran cumplimiento al principio de información, (plasmado en el numeral 2,4 del artículo segundo del proyecto discutido)⁹ e informaran a los suscriptores de esta desproporción en las prestaciones, el suscriptor seguramente no suscribiría el contrato desde un principio en estas condiciones.

En ese sentido el artículo 17 del Acuerdo CNTV 011 de 2006 deslegitimaba no solo la teoría del servicio público, en la que se establecen como principios esenciales la continuidad, regularidad y uniformidad del servicio, alentando el incumplimiento y baja calidad en el mismo,

⁹ Proyecto de resolución “Por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones” Artículo 2º: (...) Numeral 2.4. Información. El usuario tiene derecho a recibir información clara, cierta, completa, oportuna y gratuita, para que pueda tomar decisiones conociendo las condiciones del servicio que le es ofrecido o prestado. El usuario decidirá si quiere recibir esta información a través de medio físico o electrónico. Mientras este no elija, la misma será enviada a través de medio electrónico si el operador cuenta con esta información; en caso contrario será enviada a través de medio físico.

sino que también viola las condiciones de equilibrio contractual, pues en todos los contratos bilaterales la ley le otorga a las partes la posibilidad de escoger, en caso de incumplimiento, una de dos alternativas: la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, siempre con indemnización de perjuicios, los cuales pueden ser pactados anticipadamente mediante la denominada cláusula penal pecuniaria (Carvajal Martínez, Comisión de Regulación de Comunicaciones - Observaciones a Proyecto de Resolución "Por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones", 2016).

Esta regulación vulneraba de forma tajante la consagración del artículo 95 constitucional, según la cual “son deberes de la persona y del ciudadano: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, configurando un abuso del derecho por pactarse cláusulas abusivas como lo ha definido la doctrina:

Existe abuso del derecho cuando se presenta un ejercicio anormal o disfuncional de un derecho subjetivo; habrá cláusula abusiva cuando en el contenido de un contrato existe una ventaja desproporcionada para una de las partes en cuanto a derechos y obligaciones que dimanen de la relación jurídica (Rengifo García, 2004, pág. 16).

Para determinar claramente la posición de abuso del derecho debemos abarcar la teoría de la relatividad de los derechos subjetivos, acogida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la segunda mitad de los años 30 del siglo pasado e inspirada en la obra de 1927 del profesor Josseland titulada *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*.

Para dicha corte el antiguo adagio latino “*neminem laedit qui iure suo utitur*”, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que “el que ejercita su derecho con prudencia y atención, no es responsable del daño que pueda causar a otro”. En otros términos, “los derechos deben ejercitarse con prudencia. Si no es así, su uso o ejercicio puede generar responsabilidad para su titular” (Rengifo García, 2004, págs. 44-45).

Desde la teoría anterior encontramos que:

El abuso del derecho es, por consiguiente, una respuesta de avanzada sobre aquella que consagró los derechos con un marcado acento individual, como sucedió en las épocas del Racionalismo y la Ilustración. Con la teoría del abuso del derecho ciertos derechos individuales de contenido determinado adquieren una connotación o significado social (Rengifo García, 2004, pág. 45).

Asimismo contamos con que los criterios a tener en cuenta para lograr establecer si se presenta abuso del derecho han sido definidos por Marco Gerardo Monroy Cabra (1996, págs. 343-344), y citados en la obra de Morgestein Sánchez (2017), quien los enumera así:

(i) El intencional o subjetivo, el cual se basa en el ejercicio de un derecho con intención de dañar; es decir, abusar de un derecho es cometer un dolo civil, (ii) El económico, el cual sostiene que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando sus finalidades socioeconómicas; es decir, sin utilidad alguna, (iii) El del balance de intereses, que afirma que

habrá ejercicio abusivo de un derecho, si el daño ocasionado por el ejercicio de la respectiva facultad es superior al perjuicio social resultante de la lesión de un derecho reconocido por las leyes, y (iv) El funcional, cuyo autor es Josserand, quien sostuvo que el ordenamiento jurídico concede derechos a las personas para que sean ejercidos con el fin de cumplir los fines económicos y sociales que les son propios (pág. 200).

Vemos entonces cómo la teoría y criterios enunciados anteriormente guardan estricta relación con la prestación de servicios de televisión por suscripción, toda vez que la misma ANTV lo ha catalogado como un servicio público, razón por la cual tiene gran contenido social.

4. Proyecto de resolución CRC y la Legislación actual frente a la televisión y otros servicios de telecomunicaciones

En el año 2016, con el objetivo de dar cumplimiento a las funciones asignadas a la CRC, ese organismo presentó el proyecto de resolución “por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones”, que tenía como objetivo unificar la regulación pertinente a los servicios de las TIC, haciéndose extensiva, por primera vez, la protección expedida por la CRC a los usuarios de televisión por suscripción.

El citado proyecto planteaba de forma integral (aplicable también al servicio de televisión por suscripción), entre otros puntos, la compensación automática por deficiencias en la prestación de los servicios, definiendo en su artículo 47 Numeral primero que:

Ante la falta de continuidad del servicio, el usuario recibirá una compensación automática por el tiempo en que el mismo no estuvo disponible. El usuario puede terminar el contrato sin que tenga que pagar las sumas asociadas a la cláusula de permanencia mínima, de acuerdo con las condiciones dispuestas en el numeral 1 del Anexo I. (Proyecto de Resolución – Comisión de Regulación de Comunicaciones. 2016).

En el mismo sentido, el anexo número uno del proyecto regulaba las “condiciones para la determinación de la compensación automática por falta de disponibilidad de los servicios de comunicaciones” (incluido el servicio de televisión por suscripción) cuando en su numeral 1 determinaba que “los operadores deberán aplicar las reglas de compensación de que trata el presente anexo”, siempre y cuando la falta de servicio se considerara imputable al operador. Caso en el que se delimitaban, según el proyecto de resolución, las siguientes reglas:

- i.* Desconexión del servicio, por parte del operador, que no permita al usuario hacer uso del servicio por un tiempo superior a dos horas y media continuas o interrumpidas dentro de un mismo mes.
- ii.* Bloqueo, por parte del operador, de la posibilidad de realizar llamadas o disponer del servicio, por un tiempo superior a dos horas y media continuas o interrumpidas dentro de un mismo mes.
- iii.* Falta de disponibilidad del servicio, en la que el restablecimiento del servicio se haya dado en un término superior a 48 horas luego de detectarse la interrupción. Salvo los eventos de fuerza mayor y caso fortuito.

- iv. Falta de disponibilidad del servicio con ocasión de fallas presentadas en el equipo terminal que haya sido suministrado por el operador y que no le permitan al usuario hacer uso del servicio. La compensación se reconocerá sin perjuicio de las condiciones de garantía pactadas sobre el equipo terminal y solo sobre aquellos equipos terminales sobre los cuales haya lugar al reconocimiento de la garantía por parte del operador.
- v. Las demás causales previstas de manera expresa en la presente resolución.

Definidas las reglas anteriores, el proyecto de resolución, al cual nos hemos referido, determinó el modo de garantizar la compensación en los servicios de telecomunicaciones, indicando que “el tiempo de duración de la falta de disponibilidad del servicio se contabilizará a partir del momento en que esta se presente y hasta el momento en que se restablece el servicio”.¹⁰

En cuanto al momento de realizar la respectiva compensación, fijó:

Para los usuarios bajo la modalidad pospago, el operador deberá realizar la compensación dentro del siguiente periodo de facturación, posterior a la identificación de la falla. Para los usuarios bajo la modalidad prepago, la compensación deberá efectuarse dentro de los 30 días

¹⁰ Inciso 8 del numeral 1.1. Artículo 1 del anexo número 1 Condiciones para la determinación de la compensación automática por falta de disponibilidad de los servicios de comunicaciones. Del proyecto de resolución “por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones”.

calendario contados a partir de la identificación de la falla.¹¹ (Proyecto de resolución “por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones”).

Y finalmente en la tasación de la compensación ordenaba en el literal ‘a’, numeral 1.2. del punto 1 del anexo número 1 que:

Cuando la prestación del servicio afectado esté sujeta a un plan bajo la modalidad pospago¹², la compensación debe efectuarse a través del descuento del doble del dinero, que resulte de multiplicar el número de horas en que no estuvo disponible el servicio por el valor por hora del plan tarifario mensual al que está suscrito el usuario (Proyecto de resolución. CRC. 2016).

Este modelo de medición de perjuicios para determinación de la compensación demuestra que la teleología del proyecto de resolución se encaminaba a la generación de una reparación integral, pues incluía, además del concepto de restitución de los servicios perdidos, una indemnización económica por la falla. Asimismo, con relación a las obligaciones de los operadores en el proceso de compensación, la CRC planteaba en el proyecto de resolución que estos debían:

¹¹ Inciso 9 del numeral 1.1. Artículo 1 del anexo número 1 Condiciones para la determinación de la compensación automática por falta de disponibilidad de los servicios de comunicaciones. Del proyecto de resolución “por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones”.

¹² Como lo es el servicio de televisión por suscripción.

Informar a la CRC mensualmente los casos en donde se realice compensación a los usuarios por falta de disponibilidad de la red, incluyendo para cada evento de compensación la siguiente información: i) motivo de la compensación; ii) duración del evento que genera la compensación; iii) ciudad donde se efectúa la compensación; iv) valor compensado.¹³ (Proyecto de Resolución CRC. 2016).

Es importante no perder de vista que la redacción del proyecto de resolución constituía la aplicación de los principios generales del derecho, que como los definió Rengifo García, son:

Criterios de integración e interpretación del sistema jurídico, que se encuentran en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. Como se verá, los principios generales del derecho se han redimensionado a tal punto que en muchos casos no tienen el carácter de subsidiarios que, como fuente del derecho, les da la norma decimonónica citada y que incluso les otorga el artículo 230 de la Carta Política de 1991 (la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial), sino que pueden ser principales y obligatorios en razón de que si han sido fuente de decisiones de la Corte Constitucional, devienen obligatorios dado que, tratándose de jurisprudencia constitucional, la corte, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que sus

¹³ Inciso 10 del numeral 1.1. Artículo 1 del anexo número 1 Condiciones para la determinación de la compensación automática por falta de disponibilidad de los servicios de comunicaciones. Del proyecto de resolución “por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones”.

decisiones tienen carácter obligatorio para todos, incluyendo a los jueces. De modo pues que, en razón del carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional, los principios generales del derecho, cuando han servido de base a las decisiones de la corte, devienen de aplicación principal y obligatoria y no meramente subsidiaria (Rengifo García, 2004, pág. 34).

Pero especialmente consagra la aplicación de aquel principio definido en el artículo 95 constitucional que prohíbe el abuso del derecho, principio según el cual se definen los derechos como relativos y pierden totalmente su carácter absoluto bajo la teoría en la que prima el bien común sobre el individual (Blanco Zúñiga, 2002, pág. 256).

Vemos entonces, como de manera equitativa y en búsqueda de dar cumplimiento al artículo 95 constitucional, y de eliminar el desequilibrio contractual¹⁴ y el abuso del derecho que operaba en razón al Acuerdo CNTV 011 de 2006, la CRC redacta de manera protectora el proyecto de resolución unificando a los usuarios del servicio de televisión por suscripción a un régimen incluso mejorado de aquel previamente definido para usuarios de otros servicios TIC previamente definidos en los postulados de la Resolución 3066 de 2013, cuando en su título I, denominado “Disposiciones generales aplicables a todos los servicios de comunicaciones”, incluía en su artículo 13 –Contenido del Contrato–, literal R, el “procedimiento de compensación

¹⁴ Como cita Silva, del laudo del 4 de noviembre de 1999, proferido dentro del proceso de Sepúlveda Lozano contra el municipio de Villavicencio, “(...) el daño que se ocasiona al contratista al desequilibrar la economía del contrato debe serle resarcido en su totalidad, y estos son los criterios legales y jurisprudenciales vigentes hoy en Colombia. Por otra parte, el principio de la buena fe con la que deben ser ejecutados los contratos, del que da cuenta la codificación civil en su artículo 1603 en consonancia con el artículo 861 del Código de Comercio, alcanza hoy verdadera jerarquía constitucional mediante el artículo 83 de la Constitución Política de 1991”. (Silva García, 2007, pág. 7).

por falta de disponibilidad del servicio”.

Es pertinente mencionar que la Resolución 3066 de 2013 contenía, en su artículo 14, las cláusulas prohibidas en los contratos de prestación de estos servicios, enumerando en primer lugar aquellas que “excluyan o limiten la responsabilidad que corresponde a los proveedores para la prestación del servicio de acuerdo con la normatividad vigente y, en especial, el régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones”. Y contaba esta normatividad también con un anexo número 1 donde se determinaban las “condiciones para la determinación de la compensación por falta de disponibilidad de los servicios de comunicaciones”, que en su numeral primero definía:

Los proveedores de servicios de comunicaciones que reciban quejas relacionadas con la falta de disponibilidad de los servicios, independientemente de si el usuario solicitó o no la compensación por falta de disponibilidad del servicio, deberán determinar si hay lugar o no a la compensación que trata el artículo 33 de la presente resolución, teniendo en cuenta para ello si la falta de disponibilidad del servicio se presentó por causas imputables al proveedor, entre las cuales, independientemente de la modalidad de pago del usuario, se consideran las siguientes:

i) Desconexión del servicio sin justa causa, por parte del proveedor, que no permita al usuario hacer uso del servicio por un tiempo superior a siete horas continuas o interrumpidas dentro de un mismo periodo de facturación.

ii) Bloqueo sin justa causa, por parte del proveedor, de la posibilidad de realizar llamadas por un tiempo superior a siete horas continuas o interrumpidas dentro de un mismo periodo de facturación. (...) (Anexo número 1. Resolución 3066 de 2013).

Planteaba también la Resolución 3066 de 2013 en el numeral 1.2. literal 'a' del anexo número 1, que para aquellos usuarios cuyos servicios obedecieran a planes pospago, la:

“compensación debe efectuarse a través del descuento del doble del dinero, que resulte de multiplicar el número de horas en que no estuvo disponible el servicio por el valor por hora del plan tarifario mensual al que está suscrito el usuario”.

Es decir que el proyecto de resolución emitido por la CRC claramente buscaba equiparar los derechos de los usuarios de todos los servicios de telecomunicaciones, así como igualar las obligaciones de todos los prestadores de aquellos servicios.

Terminó lastimosamente el proyecto de resolución publicado en la expedición de la Resolución CRC 5111 de 2017, normatividad bajo la cual continuó la diferenciación excluyente a la regulación de la prestación de servicios de televisión por suscripción en materia de incumplimiento contractual, generando un claro desequilibrio para sus usuarios en comparación a aquellos de otros servicios de telecomunicaciones.

La resolución citada eliminó los grandes avances proteccionistas emanados de la redacción del proyecto de resolución ignorando los aportes, comentarios, observaciones y solicitudes

presentadas, dejando nuevamente a este grupo de consumidores desprotegidos ante la libertad y beneficios contractuales y legales otorgados a los proveedores del servicio de televisión por suscripción en un evento de incumplimiento contractual.

Se encuentran entonces los usuarios y suscriptores de los servicios de televisión por suscripción bajo el inminente y constante riesgo de ser víctimas de condiciones asimétricas en un evento de incumplimiento contractual. Y así será mientras no cuenten con recursos normativos que les permitan reclamar los valores pagados u obtener restituciones de dinero, compensaciones o indemnizatorias por las fallas que se presenten en el servicio, pues por razones que aún se desconocen, la CRC, mediante la expedición de la Resolución CRC 5111 de 2017, mantuvo aquel abuso consagrado en el Acuerdo 011 de 2006, a pesar de que cuando en el proyecto de resolución que publicó para consideraciones de los consumidores y operadores de los servicios de comunicaciones en general resolvía el problema planteado en la presente investigación.

4.1. Desequilibrio en la terminación de los contratos de televisión por suscripción

Habiéndonos centrado de manera exacta en la necesidad de definir garantías frente al incumplimiento, entre ellas la compensación a favor de los usuarios y la resolución o terminación del contrato de forma unilateral por parte del operador, debemos partir, en primer lugar, del estudio del tipo de contrato celebrado y sus características e implicaciones.

Considerando que este tipo de contratos se perfeccionan mediante la adhesión, la cual consiste en que:

Una de las partes, que generalmente tiene un poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo ..., de modo tal que la otra, no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar” (Laguado Giraldo, 2003, pág. 235),

Y es esa adhesión la que hace el suscriptor a las condiciones generales que elabora unilateralmente el proveedor, razón por la cual es imperativo analizar el desarrollo regulatorio, cuyo propósito, entre otros, es el de fijar un límite a la autonomía de la voluntad de los operadores en la redacción de condiciones que puedan ser catalogadas como abusivas pero que se encuentran amparadas por la regulación expedida actualmente en la materia.

El contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción, desde la perspectiva de Santofimio Gamboa (2008, pág. 16), es en esencia bilateral, conmutativo y sinalagmático, pues es, ante todo, desde la óptica civil y comercial, un acuerdo entre dos o más partes.

Contamos con que existen dos elementos fundamentales en el contrato bilateral planteados por Ariño Ortiz (1968) como lo son “la reciprocidad en las prestaciones” (pág. 141) y “los derechos adquiridos” (pág. 141). Es indispensable dentro de esta investigación hacer referencia a la importancia de estas características cuando se trata de servicios cuya regulación pertenece al orden constitucional y es la misma administración la encargada de su garantía en condiciones de equidad, teniendo en cuenta que, a pesar de que el contrato de prestación de servicios de televisión se desarrolla en la óptica del derecho privado, le son aplicables los principios de los

servicios públicos. Desde el enfoque del derecho administrativo frente a la conmutatividad del contrato encontramos que:

De sus desarrollos doctrinales, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociables entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes (Escobar Sanín, 1994, pág. 200).

Es entonces como debemos entender tal y como lo plantea Escobar Gil, que:

Bajo las exigencias del régimen positivo del contrato del Estado¹⁵ y de su principio rector del interés público y general, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad y que adquieren fuerza no por su real equivalencia, sino en la medida en que el artículo 1498 del Código Civil la presume en razón de la manifestación voluntaria y de buena fe de las partes intervinientes que así lo quieren y expresan (1999, pág. 447).

¹⁵ Hemos aclarado previamente que el contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción no es un contrato estatal, pero en razón a considerarse un servicio público le son aplicables los principios que rigen el derecho administrativo.

Esto se define en razón a que las obligaciones generadas del contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción no pueden nacer únicamente del consentimiento de las partes manifestado a través de la celebración del mismo, toda vez que no es posible para el usuario solicitar modificaciones, adiciones o condiciones distintas a las ya establecidas por el prestador, por tratarse efectivamente de contratos de adhesión donde de forma evidente quien ostenta la posición de poder es el prestador del servicio y así mismo define las condiciones del servicio, amparado además por una regulación legal que no lo obliga al cumplimiento total de sus obligaciones.

Vemos entonces, que para los usuarios del servicio de televisión por suscripción en Colombia se hace imposible, desde el punto de vista netamente contractual, conseguir la compensación de los perjuicios causados, la restitución de los valores pagados y mucho menos la resolución del contrato por incumplimiento del proveedor de servicios, toda vez que tales fenómenos hacen parte del orden regulatorio impartido a este tipo contractual solo en el evento en el que la falla del servicio perdure por más de 16 horas diarias, encontrándonos frente a la necesidad tangible de intervención estatal al respecto, posibilidad que ya una vez fue desechada con las modificaciones al proyecto de resolución que dio como resultado la Resolución CRC 5111 de 2017.

4.2. Estímulo del Estado en conductas de posición dominante y abuso del derecho.

Como primera medida partimos de la definición de abuso del derecho aclarando que “hace parte de los componentes generadores del fenómeno del desequilibrio contractual, pues radica en la desproporción relevante o significativa en el contenido del contrato a favor de una de las partes” (Rengifo García, 2004, pág. 71).

Es así como para el autor en cita se definen dos modalidades de abuso del derecho. El primero “contenido en una norma constitucional pero referido no a todo el ordenamiento, sino al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional” (2004, pág. 72), y el segundo definido como abuso del derecho tradicional “que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos del derecho privado en la medida que el abuso del derecho es un principio general del ordenamiento” (2004, pág. 72).

Ahora, esas prerrogativas definidas para la segunda modalidad de abuso del derecho son las que se constituyen como las cláusulas abusivas, y han sido definidas:

Como aquellas que establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual. (Cámara de

Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral. TV SAT SAS en liquidación judicial vs. Telmex S.A., 2012).

Dentro del proceso arbitral citado, la Cámara de Comercio de Bogotá definió particularmente que:

No interesa aquí la buena fe subjetiva como consideración del estado psicológico con el que actúa quien se impone, o la intencionalidad con la que se procede. Lo relevante es lo que consta objetivamente como resultado o consecuencia de la negociación y es ello lo que pone en evidencia un proceder apartado del deber de conducta exigido para estas circunstancias” (Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral. TV SAT SAS en liquidación judicial vs. Telmex S.A., 2012).

Debido a las razones anteriormente planteadas no hay lugar a definir un aspecto subjetivo dentro de la actuación de los operadores. De ahí a que nos circunscribimos exclusivamente a lo definido en el contrato de adhesión y en las consecuencias generadas para el usuario o consumidor.

Con base en los conceptos anteriores y tomando como referente a Rengifo García, nos encontramos con la teoría según la cual:

Cada derecho tiene una finalidad, le corresponde al intérprete descubrirla y determinar si el ejercicio o no de un derecho resulta abusivo con base en los principios y valores axiológicos

extraídos de la constitución y que van formando parte de la doctrina constitucional, y no con base en el motivo legítimo del agente¹⁶, y cada derecho subjetivo debe propender por la finalidad para la cual se concede. De otra manera su titular lo desviará de su cauce natural, con lo que incurre en un abuso (2004, pág. 196).

Bajo tales preceptos reiteramos la definición del acto abusivo como “aquel contrario al propósito de la institución, a su espíritu y a su finalidad” (Josserand, 1927, pág. 292) y bajo esta concepción teleológica podemos decir que “es abusivo todo acto que por sus móviles o por su fin es opuesto a su destinación y a la función social que le asigna la sociedad” (Suescún Mejo, 2005, pág. 241).

La descripción plasmada en los anteriores párrafos nos permite demostrar que la regulación en materia de televisión por suscripción en Colombia ha sido lenta e irrelevante desde las concepciones doctrinarias y constitucionales preexistentes frente a la protección del usuario o suscriptor en el contrato de prestación de servicios de televisión por suscripción, pues dicha regulación debería constituirse en el límite a las posiciones abusivas de los proveedores en los contratos de adhesión, que involucra a millones de colombianos y que nunca fueron un

¹⁶ Al respecto el autor en cita agrega que “aparecieron entonces varias teorías que propendieron por la humanización del ordenamiento jurídico a fin de restar el carácter absoluto a los derechos subjetivos, de manera que quienes los ejercitan no lesionaran innecesaria e injustificadamente los de los demás, ni utilizaran el pretexto de su propio goce, aun autorizado por la propia ley para agredir los ajenos. Así, Mezeaud-Tunc, Weill y Ghestin – Goubeaux sostuvieron que respecto de los derechos subjetivos operaban dos tipos de límites: los “límites externos”, definidos por el derecho objetivo, y los “límites internos”, estos últimos bajo el entendido que las facultades conferidas por la ley a los sujetos no pueden ejercerse de manera absoluta, ya que existen fronteras marcadas por los principios generales o que surgen del espíritu del sistema jurídico” (Rengifo García, 2004, pág. 196).

verdadero objeto de protección por el Acuerdo CNTV 011 de 2006 en materia de incumplimiento contractual, ni se garantizan los derechos de indemnización ni restitución a que tienen derecho los usuarios, y que van envueltos en todo contrato conmutativo según lo dispuesto en la Resolución CRC 5111 de 2017.

Es necesario reiterar en este punto las observaciones presentadas al proyecto de resolución por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones (Carvajal Martínez, Comisión de Regulación de Comunicaciones - Observaciones a Proyecto de Resolución "Por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones", 2016), argumentando nuevamente que las situaciones que pueden florecer en los llamados contratos de adhesión, especialmente en los contratos masivos de televisión por suscripción, en donde una de las partes cuenta claramente con una posición dominante respecto de la otra, demuestran la necesidad de la intervención del Estado, que en ciertos casos supone una limitación a la autonomía de la voluntad privada pero que se encuentra justificada en la mejora de la prestación del servicio y la protección integral de los usuarios.

Por otra parte y aunque pareciera que el contenido del contrato de televisión por suscripción no se origina en la autonomía de la voluntad privada, es claro que el consentimiento concebido por las partes se perfecciona cuando el suscriptor se adhiere a las condiciones señaladas por el proveedor, que no podrán ser otras que las surgidas de una autonomía entendida en el marco del “poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia

C-186, 2011). Entendiendo entonces que la obligatoriedad de las partes respecto a dichos contratos radica en una norma de grado superior al contrato, es decir que nace de las facultades emanadas de la Constitución Política, ordenamiento que limita en este sentido la autonomía de la voluntad privada (Diez-Picazo, 1993, pág. 124).

En este orden de ideas en los contratos de televisión por suscripción se hace necesario que la autonomía de la voluntad privada sea limitada mediante las facultades de regulación normativa que le otorga el ordenamiento jurídico a la CRC.

En consideración a estas potestades es deber de la CRC regular las condiciones contractuales de este servicio y el fijar un marco regulatorio que impida el menoscabo que puedan originar algunos pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga la voluntad del mismo sujeto afectado. Sin perder de vista la “tendencia a la protección del interesado más débil y ello, ante todo, por indiscutible exigencia de la justicia conmutativa” (Diez-Picazo, 1993, pág. 132).

La regulación vigente en materia de contratos de televisión por suscripción en Colombia, específicamente en materia de los efectos originados por el incumplimiento de las partes, afecta la naturaleza conmutativa del contrato, considerando que mientras el incumplimiento del suscriptor da derecho al proveedor a exigir la totalidad de la prestación debida más la indemnización de perjuicios pactada en una cláusula penal pecuniaria, definida por Lobato de Blas (1974) como “aquella convención accesorio añadida a la obligación por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido” (pág. 17), el incumplimiento del proveedor ni

siquiera le da el derecho al consumidor de exigir la totalidad de la prestación esperada y mucho menos el reconocimiento de perjuicios mediante la aplicación de la cláusula penal a favor de este último.

Lo anterior supone la necesidad de un desarrollo normativo que permita la restitución integral de las prestaciones en el evento del incumplimiento por cualquiera de las partes y la bilateralidad de las cláusulas penales pecuniarias o la prohibición de las mismas, como ha sucedido recientemente en el también contrato de las TIC referente a la telefonía móvil celular. Sin embargo, esta posibilidad se desvaneció con los cambios que finalmente la CRC introdujo al proyecto de resolución “por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones”.

Y así quedó establecido en la redacción final de la Resolución 5111 de 2017 cuando en su artículo 2.1.11.2., contemplado dentro de la sección “Deficiencias en la prestación del servicio”, fijó las siguientes reglas:

Cuando el servicio de televisión por suscripción sea interrumpido por cualquier causa no imputable al usuario, los cargos correspondientes al periodo de la suspensión deben ser descontados proporcionalmente al tiempo de duración del mismo cuando dicha interrupción supere 16 horas continuas o discontinuas en un lapso de 24 horas.

Ocurrida la interrupción del servicio que supere el tiempo indicado, el operador deberá proceder directamente a reconocer y efectuar la compensación por el correspondiente periodo

diario, sin que pueda exigir presentación de solicitud particular por parte del usuario o cualquier otro requisito adicional (...).

Sigue siendo urgente en tales términos la expedición de una nueva regulación en el tema, pues la normatividad actual en materia de televisión por suscripción, la Resolución CRC 5111 de 2017 “por la cual se establece el Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones, se modifica el capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones”, que pretendió equilibrar la relación desigual que surge entre suscriptores y proveedores (entendiendo la posición dominante de estos últimos), no se considera suficiente ni siquiera para garantizar el concepto de restitución, que en palabras de Carnelutti (1941) es más adecuado que el concepto de reparación, pues la restitución:

Supone el restablecimiento de la situación anterior a la infracción mediante la entrega de un interés, a ser posible, idéntico al destruido; en tanto que esta última –reparación– da más la idea de un interés compensador del destruido, es decir distinto. (pág. 63).

Encontramos entonces que la Resolución CRC 5111 de 2017 deslegitima uno de los derechos propios del usuario que previamente había sido reconocido en el numeral 4.6 del artículo 4 del proyecto de resolución publicado por la CRC, referido a ser compensado por fallas en la prestación del servicio de acuerdo con los criterios del anexo 1. Esta regulación vigente contraría la teoría del equilibrio contractual, pues mediante regulación amparada por el Estado, se impone una carga a la parte más débil y vulnerable del negocio jurídico al derogar su derecho vía acto administrativo mientras que, por el contrario, agudiza la posición dominante del operador al

dejarle intactos sus derechos de terminación unilateral, mora e indemnización, frente al incumplimiento en el pago del precio mensual por aprovechamiento del servicio.

Al consumidor se le desconoce el derecho a una compensación integral entendida como “una reparación del daño sufrido de modo que quede restaurada la integridad del patrimonio del perjudicado, restituyendo en su pleno valor anterior al suceso dañoso” (Milans del Bosch & De Urriés, 2009, pág. 136). O también como aquella que permita “el resarcimiento de la lesión o afectación causada, restableciendo el derecho vulnerado, asegurando de esta manera el cumplimiento de las cargas impuestas al infractor con el fin de evitar que el culpable... eluda su responsabilidad indemnizatoria” (Montoya Segura, 2015, pág. 3).

Lo anterior teniendo en cuenta que la restitución que se reconoce a través de la regulación se encuentra condicionada a una falta de disponibilidad del servicio de más de 16 horas diarias, entendiendo que el operador podrá incumplir en más de 15 horas de servicio (cifra que representa un porcentaje mayor al 50% de las prestaciones del contrato), sin que se reconozca reparación alguna ante dicho incumplimiento.

En este sentido, las condiciones en materia de compensación integral que tiene el consumidor bajo los postulados de la regulación vigente ofrecen las condiciones idóneas para la germinación del abuso del derecho que pueden, impunemente, ejercer los operadores del servicio de televisión por suscripción respecto a las condiciones de calidad y continuidad del servicio público, toda vez que, en razón a las definiciones anteriores se reúnen los requisitos para su configuración, así: i) nos encontramos frente a una desproporción relevante en el contenido del contrato celebrado; ii)

la situación de desventaja está consagrada en la ley; iii) se evidencian ventajas excesivas frente al cumplimiento de los obligaciones a favor del prestador del servicio, iv) existe una desviación de la finalidad de la prestación del servicio de televisión como servicio público.

Amparar fallas equivalentes a más del 50% sobre el total del servicio contratado no solo trae como consecuencia un incentivo al abuso y un gran impacto en la calidad del mismo, sino que también implican un atentado contra los principios que fundamentan la Constitución Política de Colombia, específicamente aquellos definidos en sus artículos 2 y 4.

Con dichas condiciones se impone al consumidor una renuncia anticipada a sus derechos a ser compensado integralmente, e implican un desconocimiento o limitación de las obligaciones propias del operador del servicio de televisión.

Debería entonces la CRC, a criterio de este investigador, pronunciarse nuevamente en los términos del proyecto de resolución que dio vida a la Resolución CRC 5111 de 2017, entendiendo que previamente a las modificaciones al proyecto se planteaba en su anexo 1 una compensación que debía hacer de forma automática el operador de los servicios de comunicaciones (entre ellos la televisión por suscripción) por la falta de disponibilidad del servicio, después de las dos horas y media continuas o discontinuas que se den dentro del mes de facturación, sin perjuicio de la facultad que tiene el consumidor de terminar el contrato o de exigir su cumplimiento forzado.

Una regulación fundamentada en los mismos presupuestos del proyecto inicial permitiría dar

cumplimiento a los postulados de la ley civil y comercial, especialmente el de conmutatividad que enmarcan todos los contratos bilaterales, eliminando la limitación que tenía el consumidor de ejercer sus derechos constitucionales y legales frente al incumplimiento del operador, como son la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato sin que dicha decisión implique el pago de perjuicios al operador atados a cláusulas de permanencia mínima y la posibilidad de ser compensado integralmente, incluso en mejores condiciones que las plasmadas en la también derogada Resolución CRC 3066 de 2013, en la que se plantea una compensación pasadas las siete horas continuas o discontinuas en un mismo mes.

5. Conclusiones

La CRC contaba con una oportunidad histórica para integrar la protección de los derechos de los consumidores del servicio de televisión por suscripción en el llamado régimen de protección a los usuarios de los servicios de comunicaciones, tal y como se publicó en la primera versión del proyecto difundido.

Desde las observaciones presentadas (Carvajal Martínez, Comisión de Regulación de Comunicaciones - Observaciones a Proyecto de Resolución "Por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones", 2016) a la comisión, se solicitó que dicha intención permaneciera inmóvil, pues en las circunstancias que afectaban la protección del consumidor no era justificable jurídicamente contar con dos regímenes sobre servicios tan homogéneos en donde se privilegió un servicio

sobre otro y en donde las condiciones de compensación, indemnización y demás efectos del incumplimiento contractual sean tan disímiles. Sin embargo no fueron consideradas por parte del ente regulador quien, por el contrario, decidió dividir en un único régimen (Resolución CRC 5111 de 2017) los efectos dados al incumplimiento contractual de los servicios de comunicaciones, discriminando, de forma injustificada, a los suscriptores del servicio de televisión por suscripción, quienes solo serán compensados y tendrán derecho a la terminación unilateral del contrato cuando las fallas del servicio superen las 16 horas continuas o discontinuas en un lapso de 24. Situación disímil aplicará a los usuarios de cualquier otro servicio de comunicaciones, quienes tendrán la posibilidad de ser compensados y operará la potestad de terminación unilateral del contrato en el evento en el que las fallas superen las dos horas y media, continuas o discontinuas en un mes, violando así todos los criterios de igualdad reconocidos en la Carta Política.

Debemos considerar que el servicio de televisión cuenta con unas características *sui generis* que lo diferencian de los demás servicios de comunicaciones. Es pertinente advertir que el anexo 1 del proyecto de resolución se limitaba a retomar en materia de compensación los mismos postulados señalados en la Resolución CRC 3066 de 2011 sin realizar el análisis pertinente respecto de los escenarios propios del nuevo servicio que integran (televisión) al régimen en materia de compensación.

Es evidente, a partir de la consagración normativa vigente que se requiere, que en el evento en el que el operador haya reconocido compensaciones por falta de disponibilidad del servicio, dichas compensaciones aparezcan discriminadas en la factura y se manifieste en dicho

documento que por incumplimiento del operador el consumidor tendrá derecho a terminar el contrato de forma unilateral sin que a dicha terminación se le aplique el cobro de permanencia mínima alguna, dando así alcance al principio de información consagrado en el nuevo régimen de protección al consumidor (Resolución CRC 5111 de 2017).

A todas luces la regulación y normatividad colombiana en materia de incumplimiento en contratos de prestación de servicios de televisión por suscripción vulneran a gran escala el régimen de protección de los consumidores, desde su consagración en la legislación colombiana como desde su referente mundial según la ONU, negando a este grupo de usuarios su categorización como consumidores, pues tajantemente se les impide reclamar por aquellos servicios pagados, o terminar los contratos celebrados en razón al incumplimiento por parte del proveedor.

Existe en la ejecución de los contratos de prestación de servicios de televisión por suscripción, que pertenecen a la modalidad de adhesión, un evidente desequilibrio contractual, pues la parte adherente, es decir, el operador, ostenta condiciones de absoluta ventaja frente al cumplimiento de las obligaciones pactadas, vulnerando el principio de conmutatividad de las relaciones contractuales.

Ahora, ese desequilibrio contractual en el uso de su posición dominante constituye claramente un abuso del derecho desde la concepción según la cual dicho abuso “se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos del derecho privado” (Rengifo García, 2004), y evidentemente ha

sido la entidad competente, es decir la CRC, quien ha expedido las normas jurídicas que permiten a los operadores del servicio de televisión por suscripción pactar, en detrimento de los usuarios, condiciones contractuales abusivas.

Aun así contamos con unos requisitos definidos desde la doctrina que permiten identificar las situaciones que generan abuso del derecho, encontrando que debe presentarse: i) desproporción relevante en el contenido del contrato, situación que se evidencia frente a la facultad de terminación unilateral por parte del operador sin que concurra pago alguno por daños causados pero si se determina el cobro de sanción por motivo de la cláusula de permanencia que retiene al usuario; ii) Situación de desventaja otorgada por la ley, donde la Resolución CRC 5111 de 2017 faculta al operador para incumplir en más del 50% (exactamente 16 horas diarias de prestación del servicio) sus obligaciones contractuales; iii) ventajas excesivas a favor del operador, la misma falta de regulación legal frente a las características particulares del servicio de televisión por suscripción permite a los operadores escudar la deficiencia en la prestación de los servicios y iv) desviación de la finalidad de la prestación del servicio de televisión, pues incumplir las obligaciones contractuales por los periodos que lo tienen permitido genera una variación evidente de la concepción pública de la televisión como medio informativo y comunicativo, vulnerando su consagración constitucional.

El abuso del derecho entonces no requiere una evaluación subjetiva de la intencionalidad de quien lo comete, razón por la cual no es necesario demostrar que el operador pretendía incumplir sus obligaciones. El solo hecho de cumplir con los requisitos anteriores constituye un abuso y

permite objetivar estos casos ya que no se requiere daño para que haya abuso y la consecuencia final debe ser la creación de una regulación legal que los evite.

La actual normatividad en materia de televisión por suscripción es contraria al artículo 95 constitucional, pues permite a los operadores abusar de su derecho y, en tal sentido, contraría también los fines esenciales del Estado desde su obligación de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y el principio bajo el cual se ha definido que la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Y si es contraria, deberá prevalecer aquello consagrado en la Constitución. No existe razón alguna que permita el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de los operadores del servicio de televisión por suscripción, pues este modelo contractual, aunque pertenezca a la categoría de adhesión, constituye un contrato conmutativo cuya naturaleza no es abusiva como podría inicialmente considerarse.

Bibliografía

- Alpa, G. (2006). Derechos de los consumidores y el Código de Consumo en la Experiencia Italiana. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Num. 11*, 5-31.
- Amazo, D. (2009). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Red Revista Estudios Socio-Juridicos, ISSN 0124-0579*, 181-203.
- Arango Forero, G., & González, M. (2009). Televidencias Juveniles en Colombia: Fragmentación generada por un consumo multicanal. *Palabra Clave. Universidad de la Sabana. Volumen 12 No. 2*, 215-234.
- Ariño Ortiz, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Blanco Zúñiga, G. A. (2002). Los principios generales del Derecho en la Constitución del 91. *Revista de Derecho, Universidad del Norte No. 17*, 248-262.
- Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral. TV SAT SAS en liquidación judicial vs. Telmex S.A. (Presidente Carlos Alberto Lleras de la Fuente. 15 de 08 de 2012).
- Carnelutti, F. (1941). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Gedisa.
- Carvajal Martínez, E. (26 de Junio de 2016). *Comisión de Regulación de Comunicaciones - Observaciones a Proyecto de Resolución "Por el cual se establece el nuevo régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones"*. Obtenido de Radicación 201632678:
https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/NuevoRPU/content/EDISON_CARVAJAL.pdf
- Claro Solar, L. (1978). *Explicaciones de derecho civil Chileno y comparado Volumen V*. Santiago de Chile.: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1141 (2000).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-186 (2011).
- De la Torre Vargas, D. (2014). *Revista digital de derecho administrativo Num. 12*. Obtenido de Fallos del mercado y Regulación económica en los servicios públicos domiciliarios.:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3994/4392>
- Diez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción a la teoría del Contrato*. Madrid: Civitas.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Escobar Sanín, G. (1994). *Negocios civiles y comerciales. Contratos*. Medellín: Diké.

- Fueyo Laneri, F. (1991). *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gorostiaga, E. (1982). *El estatuto de la radio y la television*. Madrid: Forja.
- Hernández Fraga, K. (Enero de 2017). *EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL CIVIL, SUS LÍMITES Y LIMITACIONES*. Obtenido de Revista jurídica de investigación e innovación educativa. Num 15:
<http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.html>
- Josserand, L. (1927). *De l'esprit des droits et leur relativité. Théorie dite de l'abus des Droits. Vol. I*. París: Dalloz.
- Laguado Giraldo, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Revista Universidad Javeriana Volumen 52 Num. 105*, 231-251.
- Lobato de Blas, J. M. (1974). *La cláusula penal en el derecho penal español*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Milans del Bosch, S., & De Urriés, J. (2009). *Reflexiones en torno al nexos causal*. Santa Cruz de Tenerife: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Monroy Cabra, M. G. (1996). *Introducción al derecho*. Bogotá : Temis.
- Montoya Segura, C. J. (2015). *De la reparación integral por accidente de tránsito*. . Obtenido de Universidad Católica:
http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/3081/5/Modelo_RAE_Facultades.pdf
- Morgestein Sánchez, W. I. (2017). Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano. *Opinión Jurídica. Volumen 16. Núm. 31*, 197-214.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Directrices para la protección del consumidor. Versión ampliada 1999*. New York. Obtenido de
http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf
- Palacio García, L. A., & Zambrano Mantilla, A. M. (2012). *Regulación económica de los servicios públicos. El papel de las agencias reguladoras*. Obtenido de IUS HUMANIDADES. Universidad Externado de Colombia. Volumen 40 Num 1:
<http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/3450/4615>
- Pantaleón Prieto, A. F., & Gregoraci Fernández. (1995). *Responsabilidad contractual. Derecho Civil. Enciclopedia jurídica básica tomo IV*. Madrid: Civitas.
- Pothier, R. J. (2003). *Tratado de las obligaciones*. México D.F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Rakoff, T. (2006). Contratos de adhesión, una construcción teórica. *Revista de Derecho Privado*, 37.

- Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2da Edición*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rivera, J. C. (2004). *Instituciones del derecho civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rogel Videl, C. (2013). *Derecho de obligaciones y contratos. 2da Edición*. Madrid: Reus.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2008). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y el mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia*, 14.
- Silva García, F. (5 de Febrero de 2007). UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL. *REVIST@ e – Mercatoria*, 6(2), 1-64.
- Stigler, G. (1990). La teoría de la regulación económica. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa No. Extraordinario*, 81-115.
- Súarez, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá: Legis.
- Suescún Mejo, J. (2005). *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II*. Bogotá D.C.: Legis.
- Vallespinos, C. G. (1984). *El contrato por Adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Vidal Olivares, Á. R. (24 de 06 de 2017). *Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista*. Obtenido de Rev. chil. derecho [online]. 2007, vol.34, n.1, pp.41-59.: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004
- Villalba Cuellar, J. C. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. *Prolegómenos. Derechos y Valores. Volumen XII, Num 24*, 77-95.