



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., 29/07/2020

Sentencia número 6744

Acción de Protección al Consumidor No. 19-189165

Demandante: E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DEL MUNICIPIO DE VILLA MARIA

Demandado: AZTECA COMUNICACIONES COLOMBIA S.A.S.

Estando el expediente al Despacho a causa de encontrarse vencido el término de traslado de la demanda y, de esa manera, concluida como está la etapa escrita de este proceso verbal sumario procede la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales a proferir sentencia escrita, teniendo en cuenta que en el presente asunto se cumplen todos los presupuestos contenidos en el inciso 2º del parágrafo 3º del artículo 390 del referido cuerpo normativo.

Para ello, se tienen en cuenta los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

- 1.1. Que en repetidas ocasiones la demandante ha solicitado la cancelación de los servicios sin el cobro de la cláusula de permanencia mínima, por las fallas que ha presentado el servicio.
- 1.2. Que de acuerdo a lo indicado por la accionante, desde el momento de la suscripción del servicio se han presentado fallas constantes y no se permite la cancelación del contrato y menos aún se ajustó el valor correspondiente.
- 1.3. Que el día 4 de marzo y 13 de abril del año 2019, se solicitó la cancelación del servicio por las circunstancias narradas.

2. Pretensiones

El extremo activo solicita que, *i) se declare la vulneración de los derechos que como consumidor tiene mi representado, referente a la falla en la prestación del servicio, información y publicidad engañosa y la aplicación de cláusulas abusivas. ii). Que se ordene la devolución del dinero pagado por un servicio no prestado. iii). Que se condene en costas a la sociedad demandada. iv). Reconocer la compensación correspondiente al tiempo en que el servicio no estuvo disponible, o no fue prestado con calidad, en donde mínimo solicita sean compensados los seis meses anteriores a la presentación de la PRESENTE QUEJA DE CADA UNO DE LOS SERVICIOS. v). Que se inicie investigación toda vez que, se están pactando condiciones que se encuentra por fuera de la norma.*

3. Trámite de la acción

El día 6 de septiembre de 2019, mediante Auto No. 92534 (consecutivo 19-189165-3), esta Dependencia admitió la demanda de mínima cuantía interpuesta por la parte demandante, en ejercicio de las facultades Jurisdiccionales atribuidas por la Ley 1480 de 2011, providencia que fue notificada debidamente al extremo demandado a la dirección registrada en el RUES, esto es htapiero@azteca-comunicaciones.com (consecutivo 19-189165-5), el día 9 de septiembre de 2019, con el fin de que ejerciera su derecho de defensa.

Es preciso advertir que, dentro de la oportunidad procesal pertinente, el demandado allegó contestación de la demanda mediante la cual se refirió a los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones argumentando que se ha prestado el servicio de acuerdo a lo contratado, y que solo se han presentado dos reportes los cuales se solucionaron adecuadamente, de igual manera indicó que

no presta el servicio de telefonía como lo aduce el accionante y que la cláusula de permanencia mínima hace parte del contrato.

4. Pruebas

- **Pruebas allegadas por la parte demandante**

La parte demandante aportó y solicitó que se tuvieran como pruebas los documentos aportados en la demanda obrantes a consecutivo 19-189165-0 del expediente.

A estos se les concederá el valor probatorio que corresponda bajo las previsiones de los artículos 244, 245, 246 y 262 del Código General del Proceso.

De cara a las pruebas solicitadas, no se hace necesario convocar a la audiencia de que trata el artículo 392 del C.G.P., en tanto de conformidad con lo reglado en el inciso 2 del artículo 278 de la norma ídem, se encuentran a cabalidad los presupuestos allí indicados pese a la solicitud probatoria arrogada por la activa, esto es, interrogatorio de parte y a las solicitadas en el escrito de excepciones i) llamadas realizadas por mi representada ii) prueba de una constante y eficiente prestación del servicio, solicitudes estas que son innecesarias, pues nótese, que la antítesis planteada decantó todas las pruebas que se encontraban en cabeza de la demandada y las nuevas solicitudes probatorias no buscan desvirtuar las excepciones aludidas por la demandada, si no, quieren revivir términos que se encuentran fenecidos a efectos de lo dispuesto en el artículo 173 del C.G.P.

Significa, que el material probatorio allegada por cada una de las partes es suficiente a efectos de la decisión que adoptará el Despacho, en consonancia con los principios de celeridad y economía procesal (Art. 168 C.G.P.).

Con fundamento en lo preceptuado por la norma citada en precedencia, considera el Despacho que en el caso objeto de análisis no resulta necesario decretar pruebas adicionales, habida cuenta que con los elementos de juicio existentes es suficiente para resolver la controversia planteada.

- **Pruebas allegadas por la parte demandada**

La parte demandada aportó y solicitó que se tuvieran como pruebas los documentos aportados en la demanda obrantes a consecutivo 19-189165-6, 7 y 8 del expediente.

A estos se les concederá el valor probatorio que corresponda bajo las previsiones de los artículos 244, 245, 246 y 262 del Código General del Proceso.

- **Objeto del litigio.**

Entrar a determinar si existe vulneración a los derechos de la consumidora de cara al contrato estándar para la prestación del servicio de tecnología de la información y las comunicaciones, con miras a ordenar la cancelación y los ajustes correspondientes a título de protección contractual.

Se analizará en primer lugar, si existen cláusulas abusivas referente a la exclusión del régimen de protección de usuarios de comunicaciones en el contrato de adhesión suscrito entre las partes, luego si hay lugar a ello, se analizará lo relacionado a la solicitud elevada por la accionante de cancelación de los servicios sin cobro de la cláusula de permanencia mínima y consecuentemente el incumplimiento de uno y otro de las obligaciones adquiridas.

II. CONSIDERACIONES

Habiéndose agotado las etapas procesales de rigor y en ausencia de nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia, teniendo en cuenta que el parágrafo tercero del artículo 390 del Código General del Proceso prevé la posibilidad de proferir sentencias escritas en aquellos procesos verbales sumarios de mínima cuantía que versen sobre la acción de protección al consumidor, en los siguientes términos:

*“Parágrafo tercero. Los procesos que versen sobre **violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales**, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.*

*Cuando se trate de procesos **verbales sumarios, el juez podrá dictar sentencia escrita vencido el término de traslado de la demanda** y sin necesidad de convocar a la audiencia de que trata el artículo 392, si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para resolver de fondo el litigio y no hubiese más pruebas por decretar y practicar.”. (Negrillas fuera de texto).”*

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011, es obligación, a cargo de todo productor y/o proveedor responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos y servicios. Así las cosas, en caso de incumplimiento de esta disposición, en concordancia con el artículo 11 de la misma ley, corresponde de manera solidaria al productor o proveedor cumplir la obligación derivada de la garantía legal, que como regla general, corresponde a la reparación totalmente gratuita de los defectos de bien, y en caso de repetirse la falla, y atendiendo a la naturaleza del bien y las características del defecto, comprende a elección del consumidor una nueva reparación, la devolución del dinero o el cambio del bien por otro de la misma especie.

En el caso de la prestación de servicios, cuando exista incumplimiento por parte del proveedor, el consumidor tiene el derecho a exigir que se preste el servicio en las condiciones originalmente pactadas o bien, la devolución del precio pagado.

En atención a lo dispuesto en los artículos 5, 7, 8, 10, 11 y 18 de la Ley 1480 de 2011, en virtud de la obligación de garantía¹, los productores y/o proveedores deben responder frente a los consumidores por la calidad, idoneidad, seguridad y buen estado de los productos² que comercialicen en el mercado. En este mismo sentido encontramos el artículo 2.2.2.32.6.1. del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, según el cual son responsables de atender la solicitud de efectividad de la garantía tanto productores como proveedores.

En el marco de la obligación de garantía los consumidores tienen derecho a obtener la reparación totalmente gratuita del bien cuando se presente una falla y, en caso de repetirse, podrá obtener a su elección una nueva reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o el cambio del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas³.

En consecuencia, es importante recalcar, que la efectividad de la garantía no solo se suscribe a la calidad del objeto vendido o del servicio prestado, sino también al cumplimiento de los términos y condiciones pactados desde el momento mismo en que se realizó el contrato, dentro de los cuales naturalmente se encuentra la oportunidad en la entrega del bien o en la prestación del servicio, pues la no entrega o prestación o aún la simple dilación, constituye una vulneración a los intereses legítimos de los consumidores en la medida en que no ven colmadas sus expectativas ni satisfechas las necesidades para las cuales se efectuó la compra.

Teniendo como base del presente examen jurídico, el Estatuto del Consumidor, Ley 1480/2011, se permite el Despacho traer al mismo lo dispuesto en el numeral tercero (3), del artículo once (11), de dicha norma, en el cual se establece que:

“ARTÍCULO 11. ASPECTOS INCLUIDOS EN LA GARANTÍA LEGAL. Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones:

¹El artículo 5, numeral 5 de la Ley 1480 de 2011 define garantía como la “Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.”

² El artículo 5, numeral 8 de la Ley 1480 de 2011 define producto como “Producto: Todo bien o servicio.”

³ Ley 1480 de 2011, artículo 11.

(...)3. En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado. (...)

Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 1480 de 2011 que reza:

"ARTÍCULO 34. INTERPRETACIÓN FAVORABLE. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor."

Por otro lado, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. De este modo, los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y en caso de ser incluidas, serán ineficaces de pleno derecho. Lo anterior como garantía de protección contractual en las relaciones de consumo derivadas de la suscripción de contratos de condiciones uniformes, en las que rara vez, el contratante tiene la oportunidad de negociar las condiciones del contrato.

1. Presupuestos de la obligación de garantía

La obligación de garantía, en términos generales, supone la existencia de una relación de consumo en virtud de la cual un consumidor⁴ adquiere un bien o servicio a un productor o proveedor. Dicho bien debe presentar uno o varios defectos o fallas de calidad, idoneidad o seguridad durante el término de garantía para que surja la obligación de responder por parte del productor o proveedor.

En este orden ideas, a continuación, se verificarán los presupuestos antes mencionados para el caso objeto del presente proceso.

2. La garantía en el caso concreto

- Relación de consumo

La relación de consumo se encuentra debidamente demostrada en el presente asunto, mediante los documentos aportados por las partes, los cuales acreditan que la consumidora suscribió el "contrato estándar para la prestación del servicio de tecnología de la información y las comunicaciones", como fue admitido por la sociedad demandada en la antítesis propuesta.

La anterior circunstancia da cuenta de la satisfacción del presupuesto de la legitimación por activa de la parte demandante, quien es el contratante del servicio objeto de reclamo judicial.

Del contenido prohibido.

Dispone el Artículo 2.1.3.1. de la resolución 5111 del año 2017 que "en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones que los usuarios celebren con los operadores, no pueden incluirse disposiciones que establezcan límite alguno de los derechos o generen obligaciones adicionales a las descritas en el presente Régimen".

De esta manera, el Despacho entra a efectuar el análisis de la parte introductoria del contrato: "Las partes expresamente acuerdan que el presente contrato y de las relaciones que de él se deriven, no se regirán por lo dispuesto en el régimen de protección a usuarios de servicios de comunicaciones, contenido en la resolución 3066 del año 2011, de la comisión de regulación de comunicaciones y en la normatividad que las modifique, complemente o adicione. Así mismo, las partes expresamente acuerdan que el presente contrato y las relaciones que de él se deriven tampoco se regulan por lo dispuesto en la resolución 3067 de 2011, de la comisión de regulación de comunicaciones "por la cual se deciden los indicadores de calidad para los servicios de telecomunicaciones y en la normatividad que la complementa, modifica o adicione".

⁴Numeral 3 Artículo 5 Ley 1480 de 2011.

A efectos de entrar al respectivo análisis, se hace necesario evocar que en principio y de acuerdo a lo dispuesto en el código civil en sus artículos 1494 y 1495, el contrato es un acuerdo de voluntades donde una persona se obliga con una u otras personas a dar o hacer o no hacer una cosa.

De ahí que la libre determinación de los intervinientes en la contratación es el factor preponderante, todo ello por supuesto con un elemento igualitario que permite que las cargas sean recíprocas en aras de llevar a buen término la negociación.

Con el surgimiento de la contratación en masa, nacen los contratos de adhesión cuyas cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, sin que el consumidor pueda modificarlas o negociarlas, en palabras de *Arrubla Paucur* el contrato de adhesión surge como consecuencia de una sociedad de consumo, que busca satisfacer necesidades de bienes y servicios.

Por su parte, el Estatuto de Protección al Consumidor se erige como un instrumento de protección cuando se ven menguados los derechos de los consumidores que de acuerdo a sus necesidades adquieren bienes y servicios en el mercado, y fabricantes y proveedores se ven en la necesidad de estructurar este tipo de contratos para minimizar costos.

La ley 1480 de 2011, en el artículo 5 numeral 4 sobre el contrato de adhesión indica que *“es 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.*

Así las cosas, la libertad y la voluntad, pautas esenciales del contrato, se ven débiles ante el surgimiento del contrato de adhesión y de contera, dominación hacia la parte débil que es el consumidor, que lo único que busca es satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o doméstica, y no se preocupa por las condiciones del contrato, porque sencillamente confía.

De ahí que cuando se advierten este tipo de cláusulas que desequilibran la posición en que se encuentra el consumidor, es necesario que el Juez entre a regular y poner en equilibrio lo contratado y que la buena fe contractual predomine en las relaciones de consumo, quiere decir ello que debe prevalecer la lealtad, la honradez y la probidad, para que el consumidor tenga la seguridad que lo contratado es ajustado a derecho y a lo informado.

Surge con ello, que el análisis que se debe realizar por parte del juzgador no es otra cosa que entrar a determinar de manera integral la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (Art. 42 E.P.C.).

Siendo así, la resolución 5111 del año 2017, que derogó la resolución 3066 del año 2011, advierte entre otras cláusulas abusivas aquellas que *“Eliminen o limiten la responsabilidad de los operadores”* (Art. 2.1.3.1. de la resolución 5111 del año 2017).

No cabe duda que la cláusula en cuestión es a todas luces desequilibrada, pues excluyó al suscriptor de los derechos que por ley le corresponden de acuerdo a lo normado en la resolución 3066 del año 2011 o de las que la derogan, en contravía de lo prohibido por la norma ídem y limitando la responsabilidad del operador del servicio.

Es tan evidente el desequilibrio contractual que se presenta en el contrato estándar para la prestación del servicio de tecnología de la información y las comunicaciones, que desborda la vulneración a los derechos de la consumidora, ya que cercenó la forma como la consumidora podría ejercer sus derechos a efectos de solicitar la cancelación de los servicios, pues arbitrariamente impuso una cláusula que la obligaba a renunciar a sus derechos.

Ahora bien, frente a la manifestación elevada por la pasiva que el contrato corporativo se encontraba debidamente negociado y acordado voluntariamente por ellas, no es del todo cierto pues de lo que viene de verse, no cabe más que concluir que estamos ante un contrato de adhesión donde las cláusulas son impuestas por el prestador y este no tuvo otra opción que aceptarlas.

De la cláusula de permanencia mínima

Dispone el Artículo 2.1.4.1. que “La cláusula de permanencia mínima solo puede ser incluida cuando el usuario la haya aceptado por escrito y el operador le **otorgue un descuento respecto del valor del cargo por conexión, o le difiera el pago del mismo**. Este valor únicamente incluye los costos asociados a la conexión e instalación del servicio. Si se prestan varios servicios sobre una misma red de acceso, este cargo corresponde al valor de la conexión e instalación de 1 servicio, más los costos incrementales en que pueda incurrir el operador por conectar los otros servicios a la red de acceso común”. Se resalta.

Seguidamente se advierte en la norma que la cláusula de permanencia mínima solo se puede pactar una vez, al inicio del contrato y el período de permanencia mínima no puede ser superior a 12 meses y de las pruebas arrojadas y la manifestación elevada por la pasiva se tiene que la cláusula se pactó por un periodo de 18 meses, lo que contradice la norma ya citada y vulnera los derechos de la consumidora, sin necesidad de argumentos adicionales.

De esta manera, se hace innecesario el análisis del segundo cuestionamiento vislumbrado en el objeto del litigio, pues se encontró acreditado el desequilibrio contractual de la cláusula y el argumento esgrimido por la pasiva, referente a que no se cumplen los requisitos para declarar responsable a la sociedad AZTECA COMUNICACIONES COLOMBIA S.A.S., por no existir un incumplimiento a lo pactado en el contrato celebrado entre las partes y buena fe, no están llamados a prosperar en consideración a lo anterior.

Por consiguiente, de conformidad con el acervo probatorio allegado al presente proceso y teniendo en cuenta que el extremo demandado no acreditó la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad, el Despacho ordenará a la demandada que a título de protección contractual *i) termine el contrato suscrito entre las partes sin cobro de la cláusula de permanencia mínima desde el día 4 de marzo del año 2019 fecha para la cual se solicitó la terminación del contrato, junto con los ajustes a que haya lugar por la no prestación del servicio de internet, de conformidad con lo previsto en el Artículo 2.1.11.1. Compensación Automática por Deficiencias en la Prestación de los Servicios de Telefonía E Internet. El usuario de los servicios de internet y/o de telefonía, tiene derecho a recibir una compensación automática por deficiencias en la prestación de los servicios, de acuerdo con las condiciones descritas en el Anexo 2.1 del Título de Anexos de la Resolución CRC 5050 de 2016.*

Las demás pretensiones se niegan en atención a que no se acreditó que el servicio no fue prestado, de ahí que el Despacho ordenó el ajuste correspondiente.

Finalmente, no se condenará en costas en tanto que no aparecen causadas.

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 1480 de 2011 y el artículo 24 del Código General del Proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que **AZTECA COMUNICACIONES COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.548.102-0, vulneró los derechos de la consumidora de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a **AZTECA COMUNICACIONES COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.548.102-0, que, a título de protección contractual, a favor de **E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DEL MUNICIPIO DE VILLA MARIA**, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a levantamiento del aislamiento preventivo obligatorio⁵, *i) termine el contrato*

⁵ Decreto 686 de 2020, Artículo 3. Suspensión del término de la reparación de bien, reposición del bien o de la devolución del dinero en ejercicio de la efectividad de la garantía. Suspéndanse durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio decretado por el Gobierno nacional los términos previstos en el artículo 2.2.2.32.2.7 del Decreto 1074 de 2015 para efectuar la reparación de los bienes que se encuentran actualmente en el respectivo trámite ordinario de reparación. Los mencionados términos se reanudarán una vez se ordene el levantamiento de la medida de aislamiento preventivo obligatorio. Los términos de reposición de un bien por otro, contemplados en el artículo 2.2.2.32.2.8 del Decreto 1074 de 2015 y la devolución del dinero -cuando se deba realizar en efectivo-, contemplada en el artículo 2.2.2.32.2.9 de la misma norma, se suspenderán en los mismos términos del inciso anterior. Lo anterior, sin perjuicio

suscrito entre las partes sin cobro de la cláusula de permanencia mínima desde el día 4 de marzo del año 2019 fecha para la cual se solicitó la terminación del contrato, junto con los ajustes a que haya lugar por la no prestación del servicio de internet de conformidad con las consideraciones expuestas.

TERCERO: Se ordena tanto a la parte demandante como a la parte demandada acreditar ante esta Entidad el cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la expiración del plazo otorgado en el numeral precedente. Para tal efecto, deberá radicarse la acreditación al respectivo proceso.

CUARTO: El retraso en el cumplimiento de la orden causará una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo, de conformidad con lo dispuesto literal a) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

QUINTO: En caso de persistir el incumplimiento de la orden que se imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá decretar el cierre temporal del establecimiento de comercio, de conformidad con el literal b) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

SEXTO: Sin perjuicio del trámite de la imposición de alguna de las sanciones previstas en los numerales que anteceden, téngase en cuenta que la sentencia presta mérito ejecutivo y ante el incumplimiento de la orden impartida por parte de la demandada, el consumidor podrá adelantar ante los jueces competentes la ejecución de la obligación.

SÉPTIMO: Sin condena en costas, por no aparecer causadas

NOTIFÍQUESE,

FRM_SUPER

FREDY ALEXANDER PÉREZ RAMÍREZ⁶

 Industria y Comercio SUPERINTENDENCIA
Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales
De conformidad con lo establecido en el artículo 295 del C. G. del P., la presente Sentencia se notificó por Estado.
No. <u>104</u>
De fecha: <u>30/07/2020</u>
 FIRMA AUTORIZADA

de las devoluciones de dinero que se encuentren pendientes de ejecución, en donde se haya previsto la devolución a través de canales electrónicos, las cuales deben efectuarse en los términos y en las condiciones pactadas, sin que haya modificación alguna en el cumplimiento de la obligación.

⁶ Profesional Universitario adscrito al Grupo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, autorizado para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, mediante Resolución 14371 del 29 de marzo de 2017, expedida en desarrollo de lo previsto en el inciso segundo del parágrafo 1º del artículo 24 del CGP.