

EQUAL TREATMENT Y LA ACTIO IN REM VERSO

Una propuesta acerca del alcance del Principio de Trato Igualitario y Resarcimiento por su violación

Ab. Carlos R. Chávez Negrete
Catedrático de Derecho de Telecomunicaciones
y Medios de Comunicación

I.- INTRODUCCIÓN

1. a. CONSIDERACIONES PREVIAS:

¡Un título en tres idiomas!... ¡Qué poco apropiado para un serio y formal artículo de una prestigiosa revista de Derecho!

¡Les debe de llamar la atención! Bueno, en primer término, **esa era la idea...**

Logrado así mi objetivo, de haber capturado vuestra atención, paso ahora a fundamentar el porqué inclusive de la pertinencia del poco apropiado y hasta cierto punto rimbombante título. Y es que, en este tema, me va a tocar **fundamentar hasta el título.**

El denominado "Equal Treatment" es un principio que rige a las telecomunicaciones a nivel mundial. Su fuente regulatoria internacional más importante lo constituye el **Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC)**¹, y es por esto que utilizo el inglés.

¹ La OMC se creó en enero de 1.995, contiene tres Anexos: (i) comercio de mercaderías; (ii) propiedad intelectual; (iii) comercio de servicios. Al Anexo sobre servicios se lo conoce como el (AGCS)
Ecuador ingresó en julio de 1.995, y el Congreso Nacional ratificó el Protocolo de Adhesión de Miembros Oficiales el 21 de Diciembre de 1.995.

La “**Actio in rem verso**”, es la expresión latina de la acción de resarcimiento. Con el desarrollo de esta propuesta descubrirán la relación entre **el principio de trato igualitario**, la **acción de resarcimiento**, y la importancia y necesidad inclusive de vincularlas.

Y es que cuando me tocó, tiempo atrás, fundamentar la relación, el significado y efectos de estas importantísimas instituciones jurídicas, a terceros respetables estudiosos del derecho, me dio, sinceramente, la impresión de que me estaba explicando y sonando ante ellos tan discordante y incoherente como suena el título de este artículo. Esa es la razón del título.

A quienes, profesores de antaño, me tocó desarrollar por primera ocasión este tema, mi cordial saludo, consideración y respeto.

1. b. UN CASO DE ESTUDIO (JUSTIFICACIÓN DEL TEMA):

Tiempo atrás fui contratado por una firma extranjera de telecomunicaciones para que analizara el estado de su causa.

Esta se había complicado por varios motivos. En primer lugar, por los variados y múltiples incumplimientos mutuos y reiterados de las partes. En segundo lugar, por el hecho de que lo acordado se había ejecutado en forma distinta en la práctica, ante lo cual se presentaba la

“(…) el Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Anexo al Acuerdo de la OMC, constituye la primera expresión del sistema multilateral de comercio en materia de servicios (...)En este sentido es dable advertir que, específicamente en el campo de las telecomunicaciones, la normatividad dictada al amparo de la OMC ha igualado, y en algún caso hasta superado, la importancia de la legislación producida en el seno de la UIT, lo cual vuelve a poner de manifiesto la gran implicancia económica de los servicios de telecomunicaciones.” (SCHIFER-PORTO, **Telecomunicaciones-Marco Regulatorio**, Pág. 94, Edit. El Derecho, Argentina).

Su antecedente fue el denominado **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio** (GATT, *General Agreement on Tariffs and Trade*) firmado en 1948.

“En noviembre de 2001, la Cuarta Conferencia Ministerial celebrada en Doha (Qatar), abrió una nueva ronda de negociaciones sobre diversos temas y cuestiones relativas a la aplicación de los actuales Acuerdos. Se estableció 1° de enero de 2005 como fecha límite para concluir todas las negociaciones, pero esa fecha ha pasado sin que se hayan conseguido los acuerdos necesarios” (Martínez Coll, Juan Carlos (2001): *“Organismos Económicos Internacionales”* en La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes <http://www.eumed.net/cursecon/16/index.htm>

difícil tarea de juzgar incumplimientos, mediante la valoración de lo pactado y lo ejecutado². Y en tercer lugar, y tal vez es esta la razón primordial de la complejidad del caso, se trataba de **un caso de telecomunicaciones**³.

Lo anterior era agravado por el hecho de que, las partes en litigio, se encontraban ad- portas de un fallo judicial⁴.

Voy a ser impreciso en la determinación del caso, pues **me sometí a una cláusula de confidencialidad** y además el proceso todo está sujeto a confidencialidad. Ello no impide que desarrolle el tema en un sentido general y por supuesto con **afán académico**.

Discriminación de Precios sin Cláusula de Trato Igualitario:

² Sobre este tema sugiero consultar un interesantísimo libro, cuyo autor es Avelino León Hurtado, denominado "LA VOLUNTAD Y LA CAPACIDAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS, de la Editorial Jurídica Chile, Tercera Edición, Pág. 51 "Conflicto entre la voluntad real y la voluntad declarada".

³ En mi artículo denominado "Lo Justo por encima de lo Legal", publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 2004-17, Pág. 77-83, expliqué lo difícil que resulta ejercer en un campo nuevo del derecho, cuyo conocimiento se ha vuelto algo privilegiado. De esto que al haber nuestra Escuela de Derecho tomado la iniciativa, única en la región, de impartir una cátedra sobre esta materia, rompe no sólo un esquema tradicional de integrar Programas de Derecho, sino que además contribuye a la difusión de esta apasionante rama jurídica.

⁴ Lo normal habría sido excusarme, pues tomar un caso cuyo resultado estaba prácticamente decidido, en virtud de las acciones y excepciones planteadas, pruebas solicitadas, e inclusive practicadas, era como **hacerse cargo de un paciente con un pie en la tierra y el otro en el más allá (tomando en consideración que el más allá para mi cliente no era precisamente el cielo, ni el purgatorio)**. En realidad mi temor era perder el caso. Defecto propio de los abogados noveles que estamos ansiosos de fama. En realidad mi temor debería haber sido, únicamente, el no dar lo mejor de mi conocimiento y humanidad para atender a un cliente, más allá del resultado de la causa. Las palabras del profesor Rafael Bielsa (LA ABOGACÍA, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1.960, pág.19) en ese sentido son muy pertinentes y las deseo compartir: "**Razón tiene Gracián cuando dice que al pedir consulta un médico a un colega, en caso de gravedad, lo que en realidad busca es otro que le ayude a cargar el ataúd (...)** Nada tiene de raro, pues, que abogados hábiles y a la vez conocedores profundos del derecho pierdan pleitos. Para los juicios de trámite más o menos mecánico cualquiera sirve (...) Y esos abogados aceptan el pleito con el noble espíritu de defensa y también de sacrificio, y porque no pocas veces les seduce el estudio de un nuevo caso complejo; rasgo dominante especialmente, en el gran abogado, es el estudio".

En resumen, el caso se trataba de una discriminación de precios, en la que no se había pactado cláusula alguna que obligara a las partes a mantener iguales condiciones con todos sus proveedores, ni mucho menos a reparar, y por ende mucho menos a cumplir con una sanción en particular (pena) en caso de mantener condiciones diferentes⁵.

La cuestión se volvió interesante, porque fue precisamente este hecho, de pactar esta obligación o no haberla pactado, lo que decidió la resolución en la causa.

Tampoco puedo hacer alusión a la misma por la confidencialidad arriba mencionada, y básicamente por el hecho de que mi criterio, respecto de aquel fallo, no es objetivo, desde el momento mismo que defendí, con absoluta convicción, la posición de una de las partes.

Teoría de la “carga dinámica de la prueba”:

Este caso también me llamó la atención por la forma como se desarrolló la prueba, pues toda ella se encontraba, físicamente, en persona distinta de quien la soportaba. De ahí la importancia de la aplicación de lo que se conoce como la teoría sobre la “carga dinámica de la prueba”. Tema que al final de esta propuesta, la relaciono con algunas de las reflexiones que deseo compartir⁶⁻⁷.

⁵ Algunos servicios de telecomunicaciones tienen precios regulados, es decir fijados por el ente oficial. Este caso es de una relación que no tiene precios regulados. Por lo general los precios regulados son los que se recaudan del cliente, abonado o usuario del servicio. Hay también regulación en ciertos costos, a base de los cuales se definen precios a los abonados. En este último supuesto están los cargos de interconexión y conexión, en el supuesto de una intervención del regulador, por falta de acuerdo entre las partes.

⁶ De conformidad con el artículo 1.563 (codificado) del Código Civil “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)”. Conforme el artículo 1.715 (codificado) “Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o esta”. El Código de Procedimiento Civil establece al respecto normas especiales: Artículos 113 y 114 (codificado): “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio (...)”

⁷ Esto de impedir la práctica de pruebas, negarse a rendirlas se ha vuelto una práctica lamentable en el país ante la irrisoria sanción prevista en el artículo 827 (codificado) del Código de Procedimiento Civil para quien se niega a una exhibición. Sería importante que nuestros jueces recojan el concepto de “fraude procesal”, tal como lo explica el profesor Jorge Camusso (Nulidades Procesales, pág. 132 en adelante, Edit. EDIAR, Argentina, 1976) cuando al respecto manifiesta que “(...) en sentido general y amplio,

debe entenderse por fraude procesal, toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares, que tienda a obtener o a dictar una sentencia sin valor de cosa juzgada o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o a impedir su pronunciamiento o ejecución". Quien oculta una prueba o impide la ejecución de una prueba, incurre en fraude procesal pues busca el impedir un pronunciamiento justo. Además conforme nuestro Código Penal la manipulación de pruebas, durante una causa civil inclusive, constituye un delito contra la actividad judicial, sancionado con 6 meses a 2 años (Artículo 296) de prisión. Sólo en los procedimientos de arbitraje se establece como sanción, ante este comportamiento, el de la nulidad del laudo, tal como lo establece la letra c) artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Conforme el artículo 234 del Código Penal " Los que fuera de los casos expresados en este código, desobedecieren a las autoridades cuando ordenaren alguna cosa para el mejor servicio público, en asuntos de su respectiva dependencia y de acuerdo con sus atribuciones legales, serán reprimidos con prisión de 8 días a un mes". Es también interesante lo que al respecto ha desarrollado la doctrina y que ha denominado como "teoría de la carga dinámica de la prueba" o "teoría de la colaboración en la prueba", en virtud de la cual quien está en mejor situación de probar puede suplir o asumir la carga de la prueba. Es decir si tengo que soportar la carga de la prueba porque he afirmado un hecho en mi demanda, siguiendo los principios del Código Civil y Código de Procedimiento Civil, y toda la prueba documental o instrumental esta en manos de la contraparte, puedo perfectamente trasladar la carga de la prueba a esa persona, pues ella está en mejor situación de probar que la mía. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, citada en la obra de Gustavo H. Marcos (Edit. La Ley, págl.464, "La Ley de Telecomunicaciones con nota de Gustavo H. Marcos") al respecto sentenció: "Encontrándose controvertida la sobrefacturación del servicio telefónico, resulta aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual es la parte que en mejor condición de probar se encuentra quien debe acreditar los hechos. En efecto, la licenciataria del servicio público telefónico tiene no sólo el monopolio sino el control cuasi unilateral de lo facturado, la posibilidad de perseguir su cobro por la vía ejecutiva y de cortar el suministro, mientras el usuario no posee los elementos técnicos necesarios para comprobar la sobrefacturación del servicio (CNFCivCom., Sala 3, 1994/12/16 – Biestro de Bover, Amelia T. c. Telefónica de Argentina S.A.), LA LEY, 1995-B, 118. -DJ, 1995-1-866." La Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera-Santa Fe de Bogotá en el expediente No. 7274 del trece de agosto de 1.992 sentenció un reconocimiento, en un caso sobre mala práctica médica, relativo a esta teoría: "Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargas relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas (...) en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, el ciudadano común, obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial (...). Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor y sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus

Al analizar la causa, cuando se me consultó, pude identificar la importancia que reviste la invocación del principio por el cual <<ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño de otro>>. ⁸

¡Este principio me ayudó a rescatar la causa!, tal y como lo percibí para mis adentros⁹.

Estaba a gusto, pues mi estrategia **no tenía por fundamento errores de meros formalismos o fallas en la sustanciación del proceso**. Arte esta que obedece a las simplezas de una práctica que no deseo ejercer.

procedimientos se formulan (...)” (Tomado de: www.scare.org.co/jurídica_act/res_cdp_5.htm) A decir del jurista y profesor Dr. Juan Falconí Puig, con ocasión de un grato diálogo que mantuvimos, en relación a esta doctrina de la “carga dinámica de la prueba”, con acierto precisó que esta teoría no es ajena inclusive a la legislación ecuatoriana, al referirse a los artículos 386 y 387 del Código de Procedimiento Penal, que establecen la posibilidad de sustituir un original, ante la imposibilidad de obtenerlo como prueba, con una reproducción, con el valor probatorio del original. Fue importante también el énfasis que el profesor Falconí Puig hizo en el criterio de que esta teoría busca realmente no coartar el principio constitucional del derecho a la defensa y de la igualdad al acceder a la función judicial de las partes, en la que una de ellas se puede ver vulnerada por la retención o impedimento abusivo y doloso de su contraparte. Y es que en efecto, como ha sido afirmado líneas arriba, el impedir dolosamente la práctica de las pruebas es una maniobra que busca el fraude procesal cuya víctima no es la parte afectada, sino la ley, el estado, la justicia. Podría decirse que también es un ejemplo del mecanismo como opera esta doctrina, el supuesto previsto en el artículo 48 del Código de Comercio, por el cual a falta de los libros del comerciante, operan los libros de su colitigante.

⁸ Noción del enriquecimiento sin causa en las Partidas (P.VII, 34, 17), TOMADO DE TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Manuel García Amigo, MAC GRAW HILL, pág. 422)

⁹ Siempre me ha perturbado el verme incurso o caer en una práctica distorsionada del ejercicio de nuestra noble profesión, pues muchos clientes buscan en nosotros la fuente de argumentación de sus pretensiones perdidas, muchas de las veces por carecer de una norma que las sustente, o sencillamente porque en efecto ante el ojo de un sensato, o de un honrado, sencillamente no son justas. Sobre esto siempre hay que tener presente lo que el profesor Rafael Bielsa en su libro La Abogacía, con singular claridad advierte y sentencia: *“Cuando se dice que un abogado tiene éxito porque es más listo, más audaz, más comerciante (¡cuidado con esto!), forzoso es convenir en que la justicia no está en su puesto. Los recursos procesales, el aprovechar términos, el espiar deficiencias del despacho judicial, consentir resoluciones con fines estratégicos, todo esto denota una deformación institucional, un predominio del formulismo sobre la institución misma. Sin duda, esos recursos también los conocen los juristas, y algunos abogados que no los utilizan. Sólo que ellos no quieren sacar partido de un medio poco digno o impropio.”*

Todo lo contrario, era un rescate de lo más fundamental del caso que se había visto enlodado por un sin número de argumentos y contra-argumentos e impugnaciones de todo tipo y ralea.

Creí que con esta estrategia alejaba la causa de todo el enmarañamiento que producen los excesos de pruebas, las réplicas, contra réplicas, y contestaciones de contra réplicas. Pues, como lo comenté líneas arriba, esta causa era de aquellas en las que se controvierte **hasta la firma del abogado contrario...**

Se imaginarán ustedes la cantidad de cuerpos de esta causa, con alegatos interminables, muchos de ellos inclusive ya rayando en las típicas frases, que con falsos afanes de erudición y valentía, se suelen muchas veces imputar los abogados en la defensa de una causa.

Y es que el **canjear conocimiento veraz por ofensa, elocuencia por ironía, argumentos por insultos, es renunciar a la fecunda e invaluable herencia que a uno le deja, y por supuesto a sus hijos y seres amados, el haber ejercido con probidad esta preciosa y noble profesión.**

Me he detenido en esto último, no porque lo que experimenté con dicha causa, que utilizo como antecedente para este trabajo, fuera precisamente el ejemplo más ferviente de esto. He participado en peores casos, en los que hay inclusive afectación física y personal directa a los abogados¹⁰.

Lo que me motiva a hacer un paréntesis, con el entusiasmo de saber que este trabajo llegará a mis estudiantes de derecho, es la cantidad de adeptos, a esta forma de ejercer la profesión, que crece cada día. En muchos de los casos, se pretende disfrazar o encubrir estas desvirtudes, buscando validarlas e inclusive academizarlas, actuando bajo el nombre o membrete de prominentes y verdaderos defensores del derecho, y

¹⁰ En una ocasión me tocó ser afectado por un “golpe que da la vida” en una inusual “lucha por el derecho”. Y es que en esta noble profesión hasta para eso lamentablemente debemos estar preparados, no para hacernos maestros en las artes de la defensa marcial, sino para cumplir lo que el NOVENO MANDAMIENTO de Couture nos manda a respetar: 9no.OLVIDA.- LA ABOGACÍA ES UNA LUCHA DE PASIONES SI EN CADA BATALLA FUERAS CARGANDO TU ALMA DE RENCOR, LLEGARÁ UN DIA EN QUE LA VIDA SERA IMPOSIBLE PARA TI (...).

hombres de valentía; quienes, estoy seguro, desconocen de estas modalidades de ejercicio profesional. A veces las funciones del abogado fundador, o de mayor experiencia, migran a la administración o la consulta compleja y suelta, encargándose el manejo del caso, a quienes ni siquiera comparten su misma visión o sentimiento respecto de la profesión e inclusive de la vida. ¡Tarea ardua y menuda para quienes, como yo, sentimos el llamado del ejercicio del derecho en las causas controvertidas, o sometidas a litigio!

En definitiva el principio del trato igualitario, dado este caso, había adquirido un matiz en el que nunca antes había reparado. Y es que, mi formación técnica y jurídica en telecomunicaciones me presentaban a este principio como aquel de mayor aplicación y menos cuestionamiento. Y la realidad, al menos en el país, por los últimos casos experimentados, era otra¹¹.

1. c. LAS TELECOMUNICACIONES ES UN SECTOR ATÍPICO:

Sector Regulado:

El sector de las Telecomunicaciones, es uno de los sectores de la economía de los pueblos, más regulados. Es en realidad un sector atípico¹². Su atipicidad está dada por la importancia que conlleva esta tecnología para el desarrollo y generación de riqueza de los pueblos.

¹¹ Hay otros precedentes importantes y connotados, sobre este tema. Si desea profundizar puede consultar la sentencia dictada por la del Tribunal Constitucional (784-2002-RA), expedida en el caso que confrontó al regulador de telecomunicaciones ecuatoriano con las móviles Conecel S.A. (PORTA) y Otecel S.A. (en esa entonces BELLSOUTH), por el concurso público de la tercera banda. Un análisis de este tema consta en un artículo que publiqué para el International Law Office de enero 22 del 2.003 al que denominé "Constitutional Court Stipulates that Operators Must Recieve Equal Treatment". Lo puede consultar en www.Internationallawoffice.com

¹² Muchas instituciones en este sector, chocan con conceptos tradicionales del derecho civil (propiedad privada, autonomía de la voluntad, etc.) En el sector de las telecomunicaciones la propiedad privada está afectada al uso y goce obligatorio por parte de terceros (derecho de acceso a redes, sistemas de facturación, obras civiles, etc.) Es decir el derecho de uso y goce de un bien determinado no nace, necesariamente, del acuerdo de las partes, sino de la decisión administrativa del Estado. Las rentas, provenientes de la recaudación de tarifas, deben de obedecer a la fórmula de: costo más una utilidad razonable. A falta de acuerdo entre las partes, el regulador determina el precio al que tiene una de las partes derecho a cobrar por el uso de sus redes (cargos de interconexión o conexión) Y entre estos conceptos atípicos, al resto de sectores, está el del trato igualitario.

Sociedades Red:

Hoy se habla del fenómeno denominado “Sociedad Red”, en la que **“Todo tiende a estar conectado con todo. Las partes menos inteligentes, como sucede con el cuerpo humano, adecuadamente conectadas para formar una red proporcionan resultados inteligentes”**¹³.

De lo anterior es que, las diferentes situaciones jurídicas y comerciales que se presentan en este sector no pueden ser analizadas con la lupa o la lógica general aplicada al resto de actividades.

Servicios de Interés General:

En el sector de las telecomunicaciones hay muchos principios que lo gobiernan.

Estos principios tienen un sustento o razón económica, propios de una **economía de escala**, pero sobre todo, que parten de la necesidad de determinar los parámetros mínimos indispensables para todos y quienes interactúan en el proceso de generación, comercialización, prestación y consumo de **un servicio que es de interés general**.

Las Telecomunicaciones, y de manera especial los servicios denominados como básicos (telefonía), tienen la categoría de ser identificados como servicios de interés general, un concepto que va más allá que el de servicios públicos.

El Servicio Universal (SU):

En el caso de la telefonía esta tiene el carácter inclusive de haber sido declarada como un **servicio universal (SU)**, categoría en virtud de la cual

¹³ La Sociedad Red es un fenómeno que fue identificado por Manuel Castells, y que es citado en el informe anual que presentó la Comisión Permanente V de la Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones, en el 2.001, denominado “ La Sociedad de la Información en Iberoamérica”, pág.26, y en el que se manifiesta además que: “ La red acelera la difusión de todo tipo de mejoras en la productividad y aún lo hará más en la medida en la que más personas, instituciones y objetos estén conectados a ella”.

el Estado debe **garantizar el acceso de determinado servicio a quienes por sus condiciones socio-económicas les está impedido obtenerlo**¹⁴.

Comprender su relevancia, y régimen de excepción si se quiere, no es sino comprender que de su desarrollo **depende la riqueza de los pueblos**, que hoy está dada por **la accesibilidad a los conocimientos**, es decir a la información en general. En palabras de la Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones (AHCJET): **“En un entorno globalizado y de competencia creciente, las empresas de cualquier sector productivo necesitan hacer un uso intensivo de las telecomunicaciones en temas como: comunicación permanente con clientes y proveedores, movilidad completa, acceso 24 horas, servicios pre y postventa, aprovechamiento de nuevos canales de comercialización (televenta), intercambio electrónico de datos, transferencia electrónica de fondos, acceso a información de interés, etc.”**

II

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL TRATO IGUALITARIO

2. a. CONSIDERACIONES PREVIAS:

El principio más importante que regula este sector es el del **trato igualitario**.

Esto no escapa para quienes estamos inmersos en el sector de las telecomunicaciones, ya desde hace algunos años.

Fundamento del Resto de Principios:

¹⁴ En el marco de la OMC, en ocasión de las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, se elaboró un documento de referencia que contiene los siguientes principios (...) Todo Miembro tiene derecho a definir el tipo de obligación de SU que desee mantener. No se considerará que las obligaciones de esta naturaleza son anticompetitivas per se, a condición de que sean administradas de manera transparente y no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de SU definido por el Miembro (...) El Servicio Universal (...) se lo define como un teléfono en cada hogar, con cobertura nacional, acceso no discriminatorio y asequibilidad económica generalizada” (Schifer – Porto “Telecomunicaciones. Marco regulatorio”, Pág. 152-153, Edit. EL DERECHO)

Y es que el principio del trato igualitario (el “equal treatment”) es la **garantía única y principal que genera confianza en este sector**. Es tan sencillo como el afirmar que es la causa fundamental del cual parten todos los principios, condiciones, garantías que regulan y condicionan este mercado, que como lo he afirmado líneas arriba, es uno de los más atípicos y controlados que existen.

Principio de Transparencia:

En virtud del principio de trato igualitario, o trato no discriminado, es que una operadora puede exigir que toda la información relativa a costos de interconexión, tarifas etc., vigente entre otras operadoras, le sea mostrado. Este principio se conoce como de **transparencia**, y en definitiva es un principio creado para proteger el trato igualitario.

Acceso Obligatorio:

La **interconexión forzosa** que deben soportar las operadoras, por la cual su competencia puede usar sus redes y facilidades, no es sino una consecuencia del principio de trato igualitario, en el sentido de que todos los operadores están en el derecho de brindar sus servicios en igualdad de condiciones y oportunidades. El desarrollar una nueva red, en lugar de re-utilizar una red ya amortizada, es sin duda alguna el superar una desigualdad al momento de introducirse en un mercado.

Subsidios Cruzados:

La **prohibición de subsidios cruzados**, por la cual se compensan deficiencias en la prestación de un servicio con los excedentes en rentabilidad de otro servicio de una operadora, es también una consecuencia de que todos los servicios deben ser prestados en igualdad de condiciones entre diversos operadores. De esta manera un operador está impedido de desplazar a su competidor, con servicios por debajo de sus reales costos, a través de los márgenes excedentes que le deja otro servicio, con el que dicho competidor no desea incursionar.

En definitiva, el principio del trato igualitario es la columna vertebral de las telecomunicaciones.

2. b. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL TRATO IGUALITARIO:

EL ACUERDO DE LA OMC:

El, antes citado **Anexo AGCS**, en lo relativo a telecomunicaciones establece varios principios. Los más relevantes: *(i)* transparencia, *(ii)* homologación, *(iii)* acceso a las redes y servicios públicos *(iv)* cooperación técnica *(v)* compatibilidad e interoperabilidad mundiales de las redes y servicios de telecomunicaciones, etc.¹⁵.

Concretamente sobre el principio de trato igualitario de manera expresa señala: **“Cada Miembro se asegurará de que se conceda a todo proveedor de servicios de otro Miembro, en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, el acceso a las redes y servicios de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, para el suministro de cualquier servicio consignado en su Lista (...)”**

Al respecto en el documento hay una importante nota de aclaración que establece lo siguiente: **“Se entiende que la expresión “no discriminatorios” se refiere al trato de la nación más favorecida y al trato nacional, tal como se definen en el Acuerdo, y que, utilizada con relación a este sector específico, significa “términos y condiciones no menos favorables que los concedidos en circunstancias similares a cualquier otro usuario de redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones similares”¹⁶.**

Esa es sin duda la base legal más importante de este principio. Lastimosamente, por la suerte como está tratada, dejaría en el vacío legal algunas situaciones jurídicas, como más adelante se lo establece¹⁷.

¹⁵ De los servicios que regula el AGCS, el de Telecomunicaciones es el único al que se le han destinado dos sub-anexos (IV y V).

¹⁶ El término de “servicios similares” debe entenderse en el sentido de servicios que presenten condiciones equivalentes. Pues este principio aplica no sólo entre servicios similares (voz y voz) sino también entre servicios distintos que presenten condiciones equivalentes entre sí (voz y datos). Este tema está desarrollado más adelante.

¹⁷ Si bien esta norma es Ley de la República, aplica para los casos de las relaciones entre operadores de distintos países. (v.g.: para las relaciones de los denominados contratos

Las DECISIONES DE LA CAN:

La CAN también, en este sentido, ha dictado algunas Decisiones que contienen el principio del trato igualitario¹⁸.

La Constitución Ecuatoriana (Agosto 11 de 1.998):

La referencia a este principio en Nuestra Constitución, está en el segundo inciso del artículo 249, que establece que los servicios públicos deben obedecer a los criterios de: eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y equidad en precios y tarifas¹⁹.

de carriers internacionales en los que concurra un operador nacional que termina la llamada, y un internacional que la origina, y viceversa.). La Superintendencia de Telecomunicaciones del Ecuador está obligada a ejercer su función de control, en consideración a los tratados internacionales ratificados por el Ecuador (letra c) del Art.110 del RGLETR)

¹⁸ La Decisión No. 462 de la CAN establece en su artículo 13 que “Dentro de los Países Miembros, los proveedores de servicios de telecomunicaciones se obligan a: c) prestar los servicios de telecomunicaciones en forma no discriminatoria”. En el artículo 30 se establece que: “Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada país miembro. La interconexión debe proveerse: a) En términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas.”

¹⁹ Según el primer inciso del artículo 249 de la Constitución, las telecomunicaciones son un servicio público. Hay una discusión doctrinal respecto de lo que se debe entender sobre servicio público y servicios al público. Hoy en el mundo se discuten más bien los conceptos de servicios de interés general, más allá de que sea declarados como públicos o no por una ley. En realidad el servicio que ha sido declarado como servicio público es el de la telefonía local, nacional e internacional, conforme el artículo 24 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, expedido en 1995, para luego ser aclarado por el del año 2000, en el que se estableció claramente que es telefonía fija (no móvil). Pues pretender que sea obligación del Estado el dar acceso a internet, televisión por suscripción, más que quimérico es absurdo. De ahí que podría decirse que el concepto de servicio público utilizado por el Legislador en la Constitución, tiene más bien una connotación de ser identificados como servicios de interés general, y por ende de interés del Estado, más allá de la acepción típica y tradicional de servicio público, visto como una actividad no sólo intervenida por el Estado, sino además prestada por él directa o indirectamente.

No hay disposición alguna en nuestra Constitución sobre la obligación de reparación o indemnización, o disposición que establezca la responsabilidad a quien viole estos principios.

La Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada (1.995):

Desde 1971, el Ecuador cuenta con una regulación para las telecomunicaciones²⁰.

En ninguna de las versiones de esta Ley, y mucho menos en la actual, se encuentra disposición alguna que establezca la obligación de prestar los servicios de telecomunicaciones en igualdad de condiciones.

Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada (2.001):

Sin embargo, y con la costumbre actual legislativa, con motivo de la reforma del año 2.000, por la cual se eliminó el régimen de exclusividad regulada, y se declaró que todos los servicios se prestaban en régimen de libre competencia, se dejó abierta la posibilidad para que el Presidente de la República, mediante su facultad constitucional reglamentaria, establezca las condiciones de la prestación de los servicios, bajo este nuevo régimen.

²⁰ La primera iniciativa legislativa en materia de telecomunicaciones lo constituyó la “Ley General de Telecomunicaciones” reemplazada por la denominada “Ley Básica de Telecomunicaciones” de octubre 19 de 1972. Sin embargo, según lo estudiado e investigado, no hay ninguna disposición que conste en la Ley actual, o en sus antecedentes, que establezca de manera expresa el que los servicios de telecomunicaciones, deban ser prestados en igualdad de condiciones. El Reglamento General a la Ley Especial Reformada, de noviembre de 1995, establece en el artículo 3 que: “Todos los servicios de telecomunicaciones se prestarán en régimen de competencia excepto aquellos que, por disposición de la Ley Reformativa, serán prestados por las compañías escindidas en régimen de exclusividad regulada por un tiempo determinado y según las condiciones y por el tiempo establecido en la ley y en el presente reglamento. Respecto de los servicios prestados en libre competencia, CONATEL podrá intervenir excepcionalmente para: c) Prevenir o corregir tratos discriminatorios.

Así se expidió el D.E. No. 1790, publicado en el R.O. No. 404 de septiembre 4 de 2001, denominado REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES REFORMADA, por el cual se establecieron <<las normas y procedimientos generales aplicables a las funciones de planificación, regulación, gestión y control de la prestación de servicios de telecomunicaciones y la operación, instalación y explotación de toda transmisión, emisión y recepción de signos, señales, imágenes, datos y sonidos por cualquier medio: el uso del espectro radioeléctrico>>²¹.

La letra c) del Artículo 18 del RGLETR, establece que para <<preservar la libre competencia, el CONATEL intervendrá para: a) Prevenir y corregir tratos discriminatorios>>. Lastimosamente, no hay definición alguna en dicha norma, sobre lo que se debe de entender por discriminación, ni tampoco la forma como corregirlo, las acciones y derechos que emanan de este principio, o en su defecto las obligaciones que debe soportar quien lo violente.

Sin embargo es interesante lo que establece el siguiente artículo por el cual, ante una práctica que atente contra la libre competencia, como lo es la discriminación, se puede solicitar <<ajustar las tarifas o los precios fijados>>²².

La referencia más clara en el RGLETR, sobre este principio, la constituye la obligación que se establece para aquellos operadores que ejercen una posición dominante en el mercado, cuando establece que estos están obligados a <<Otorgar trato igualitario y no discriminatorio a todos los usuarios de sus servicios bajo las mismas condiciones>>; y continúa disponiendo <<Aplicar condiciones análogas para operaciones similares o equivalentes>>.

Esta disposición no debe ser interpretada como una norma exclusiva de los operadores dominantes. Debe ser interpretada como una norma

²¹ TITULO I ALCANCE Y DEFINICIONES Artículo 1 del RGLETR.

²² El artículo 21 del RGLETR establece que los prestadores de servicios de telecomunicaciones están obligados a <<Establecer los precios de sus servicios de telecomunicaciones considerando los costos de prestación eficiente, operabilidad razonable y rentabilidad del capital invertido, sin incluir el precio de los equipos terminales necesarios para recibirlos>>

complementaria a la definición o alcance del principio o enunciado general previsto en las disposiciones antes anotadas, y de especial o grave cuidado para quienes ejercen posición dominante²³. Lo último anotado, tiene soporte en otra disposición que consta en el tantas veces citado RGLETR, cuando establece que (Art.30 RGLETR) <<El operador dominante tendrá los siguientes derechos: b) A recibir y exigir de los demás operadores trato igualitario y recíproco>>. Como se puede colegir, el trato igualitario, con las particularidades arriba anotadas, es común a todos los operadores, no sólo a los declarados como dominantes.

Resoluciones del CONATEL:

Por remisión de la LETR, el CONATEL tiene la atribución de expedir regulaciones sólo en materia de interconexión, en el resto de temas (servicios, tarifas, espectro radioeléctrico, procesos competitivos, otorgamiento de títulos habilitantes, etc.), en función de su actividad reguladora de las políticas de telecomunicaciones, tiene potestad pública de emitir resoluciones o directivas, pero bajo ningún concepto reglamentos, pues la facultad reglamentaria es privativa del Presidente de la República.

Por una distorsión y equivocada práctica, a las resoluciones del CONATEL se las identifica como reglamentos.

A fin de no caer en similar distorsión -al menos con ocasión de que estoy escribiendo este artículo me daré un merecido descanso de utilizar el término de reglamentos, pues en el ejercicio del derecho deberé retomar el error-, me referiré a ellos con el término de resoluciones.

Así, aclarado lo anterior, citaré algunas resoluciones que hacen mención, al principio del trato igualitario:

Resolución No.470-19-CONATEL-2001: Art.6 PRINCIPIOS GENERALES: <<No discriminación e igualdad: los prestadores de servicios de

²³ Lamentablemente la calidad de operador dominante no opera ipso jure, sino que debe ser declarada dentro de los 150 días de cada año, por parte del CONATEL. De esto que es importante tener presente que el trato igualitario no es una obligación exclusiva de los operadores dominantes, sino de todos los operadores, más aún cuando a cinco años de la apertura del sector y de vigencia del RGLETR, el CONATEL no ha declarado a ningún operador como dominante, pese a estar muchos de ellos en los parámetros de aquel régimen de control especial.

telecomunicaciones a través de redes públicas de telecomunicaciones no deberán incurrir en prácticas que impliquen trato diferenciado a otros prestadores, que busquen o pretendan favorecer a estos o a sí mismos, a sus subsidiarias, asociadas o unidades de negocio, en detrimento de cualesquiera otro>>.

Esta definición es de vital importancia, pues complementa de manera significativa el alcance de este principio. Si bien es cierto que consta en una norma que fue expedida con el propósito de regular la interconexión, no es menos cierto que está redactada de tal manera que es aplicable a cualquier otra situación distinta de una de interconexión, pues el CONATEL la estableció como un principio general de observancia para todos los operadores que presten servicios <<a través de redes públicas de telecomunicaciones>>, pues bien pudo haber establecido “en sus relaciones de interconexión”, y no lo hizo²⁴.

Resolución No.071-03-CONATEL-2002: Art. 20 (OPERADORES DEL SERVICIO DE VALOR AGREGADO –SVAG-) <<Toda persona natural o jurídica que haya obtenido (...) título habilitante para operar servicios de valor agregado (...) deberá sujetarse a las condiciones siguientes: a) Todos los operadores deberán respetar el principio de trato igualitario, neutralidad y libre competencia. Los organismos de regulación, administración y control velarán por evitar prácticas monopólicas, de competencia desleal, de subsidios cruzados o directos y en general cualquier otra que afecte o pudiere afectar la libre competencia>>.

Resolución No.421-27-CONATEL-98: Art. 38 (OPERADORES DEL SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR –STMC-) letra m) <<Prestar el servicio a todas las personas que lo soliciten, con la excepción que determina la Ley, dentro del área de servicio autorizada, en condiciones equitativas, sin establecer discriminaciones>>.

Contratos de Concesión:

²⁴ El único caso por el cual se puede diferenciar sin incurrir en discriminación es el previsto en el artículo 9 de la RES. No.470-19-CONATEL-2001, es decir por clases de servicios y horarios. No se pueden dar descuentos (y por ende no puede diferenciar) por criterios de volumen.

En la mayoría de los títulos habilitantes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones constan disposiciones al respecto. A continuación reproduzco algunas cláusulas, de los contratos más importantes:

Concesión de Servicios Finales y Portadores de PACIFICTEL S.A.:

Cláusula 5.1.4.: Otros Servicios: <<El Concesionario podrá obtener los títulos habilitantes que correspondan, para la prestación de otros Servicios de Telecomunicaciones, para lo cual seguirá los trámites establecidos en los reglamentos correspondientes (...) estos títulos habilitantes serán otorgados en equivalentes condiciones a los suscritos con otros operadores de dichos servicios de telecomunicaciones, asegurando el respeto a la libre competencia, el principio de igualdad y trato no discriminatorio>>²⁵.

Cláusula 21: ATENCION AL USUARIO: 21.1. No Discriminación. El Concesionario garantizará el derecho de igualdad y de no discriminación, otorgando a cada Abonado el mismo trato en iguales condiciones y situaciones. Los descuentos por volúmenes de tráfico otorgados por el Concesionario por el uso de los Servicios de Telecomunicaciones, deberán ser aplicados sobre una base de igualdad de trato y tratamiento no discriminatorio. Estos descuentos deberán darse a conocer a la Secretaría y a la Superintendencia>>.

De esta cláusula también se colige que el principio de trato igualitario no es un derecho inter-operadores, sino también respecto de abonados o usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

²⁵ Esta cláusula reviste de vital importancia pues la obligación de trato igualitario es también soportada por el Estado Ecuatoriano, a través de su órgano de regulación, el CONATEL. De ahí que es un principio bilateral, aplicable tanto para los particulares como para el Estado. Conforme la cláusula NUEVE, de su contrato de concesión, las operadoras fijas (PACIFICTEL y ANDINATEL) están obligadas a <<prestar los Servicios Concedidos, de manera regular, eficiente y en condiciones de normalidad y seguridad, conforme a los términos del presente Contrato, las leyes, reglamentos, convenios internacionales vinculantes para el Ecuador y las normas administrativas y técnicas aplicables>>. De esta manera le son oponibles las obligaciones previstas en el Convenio de la OMC y las Decisiones de la CAN, aún así no estén pactadas en sus contratos.

Cláusula 26: REGLAS DE COMPETENCIA.- 26.3. Trato No discriminatorio. Las tarifas, términos, condiciones, estándares técnicos conforme a los cuales el Concesionario presta los servicios de telecomunicaciones utilizando la Red de Telecomunicaciones u otros Servicios Portadores para su propio suministro de Servicios de Telecomunicaciones, serán los mismos equivalentes a aquellos que ofrece a otros prestadores de Servicios de Telecomunicaciones no relacionados, de acuerdo con el Reglamento e Interconexión y Conexión entre Redes y Sistemas de Telecomunicaciones (...)>>

He citado esta cláusula, por el hecho de que es importante notar que el principio de trato igualitario aplica para todo tipo de condición, sea esta técnica, económica e inclusive jurídica.

Cláusula TREINTA Y CUATRO: TRATAMIENTO IGUALITARIO: (...) el Concesionario no será discriminado en relación con el tratamiento que reciban otras operadoras, en circunstancias similares, en la República del Ecuador: si de hecho se otorgare en el futuro a otras Operadoras Públicas o Privadas un tratamiento más ventajoso sobre los derechos de concesión, cobertura, rangos de tarifas, parámetros de calidad de servicio, que contemple este contrato para el Concesionario, se extenderá dicho tratamiento en forma automática a su favor, para cuyo efecto se procederá a la modificación de este contrato en el plazo de sesenta días (60 días), a fin de que se incluyan los factores de corrección necesarios>>.

Lo interesante de esta disposición, y que aporta al estudio y reflexión, respecto del alcance del principio del trato igualitario, es el derecho de solicitar la reforma del contrato en las condiciones más ventajosas que fueron otorgados a terceros. Esta posibilidad, o derecho, si bien no consta en norma alguna, en virtud del mismo principio de trato igualitario, puede ser invocada por quien no tenga este derecho, por constituir esta una ventaja que le ha otorgado el Estado Ecuatoriano a un operador determinado, en su contrato de Concesión. Ahora bien, ha quedado claro que el campo de acción del trato igualitario, es ilimitado, teniendo como única barrera la multiplicidad de situaciones desiguales que se pudieran presentar en condiciones de servicios idénticos o diferentes (bajo el concepto de equivalencia). De esto que, las

circunstancias enumeradas en dicha cláusula deben ser interpretadas como ejemplarizadoras no como una enumeración taxativa.

Concesión del Servicio Móvil Avanzado (SMA) suscrito con Telecomunicaciones Móviles del Ecuador TELECSA S.A.:

Cláusula UNDECIMA: REGLAS DE COMPETENCIA: Once. dos.- Trato No Discriminatorio.- En la prestación del Servicio Concedido, la Sociedad Concesionaria no discriminará ni tendrá preferencia hacia otros operadores de Servicios de Telecomunicaciones.- Igualmente, la Sociedad Concesionaria tendrá derecho a no ser discriminada por otros operadores de Servicios de Telecomunicaciones.->>

De todo lo anterior se puede afirmar que el principio de trato igualitario tiene fundamento en los tratados internacionales, en la Constitución y la normativa interna del Ecuador, pero lamentablemente, en muchas de las ocasiones ha sido aplicado o reconocido, al menos en el Ecuador, como un mero enunciado, al cual inclusive se le ha controvertido su eficacia y aplicabilidad.

Esto lo analizamos en el capítulo siguiente cuando tratamos algunos de los inconvenientes que se presentan en su aplicación.

2. c. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE TRATO IGUALITARIO:

El Principio de Trato Igualitario, es la garantía en virtud de la cual **toda persona tiene derecho a exigir a su contra-parte (pública o privada, operador o regulador), que una determinada condición ofrecida o convenida con un tercero, ya sea por motivos jurídicos, comerciales o técnicos, no le presente ninguna desventaja en relación o comparación con las consideraciones jurídicas, técnicas o comerciales a ella concedidas.**

En casi todas las legislaciones el principio del trato igualitario está citado o identificado como una prohibición de realizar prácticas discriminatorias.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, discriminar es diferenciar, separar, dar trato inferior a una persona por cualquier motivo²⁶.

Si bien nuestra Ley, como en algunas legislaciones²⁷, no incorpora en su texto una definición de lo que debemos de entender por trato igualitario, es más bien por todo aquello que trata de evitar, que debemos encontrar su concepto. Y en función de esto es que he construido la definición que líneas arriba sugiero y propongo.

En general lo que busca este principio, obedeciendo a su significado en latín, es **evitar diferencias que creen inferioridades entre determinadas personas.**

En el caso de las telecomunicaciones, una condición, un término, un plazo, una ventaja técnica, comercial, e inclusive jurídica (v.g.: un período de gracia, de quita o espera, concedido a una parte y a otra no) constituyen prácticas o actos discriminatorios, es decir que no conceden trato igualitario.

Desde luego el trato igualitario **no es clonar relaciones.** Es decir la idea **no es reproducir los términos y condiciones idénticas de una relación y trasladarlos a otra.** Todo lo contrario, es **identificar condiciones equivalentes en dos o más relaciones, y precisar, si dentro de ellas, se han otorgado o concedido privilegios entre las partes, en desmedro de otra u otras.** Así evito crear entre las distintas personas con quienes interactúo regímenes ventajosos con algunas de ellas, e inferiores con otras.

Como conclusión, **lo que busca el principio de trato igualitario es equiparar y equilibrar todas las relaciones jurídicas que mantengo con distintas personas a fin de que entre ellas no existan condiciones inferiores o más ventajosas.**

²⁶ Del Lat. Discrimen, inis. n. Separación, división, intervalo • Diferencia: discrimen recti pravique, la diferencia entre el bien y el mal; in maiore discrimine rem verti, poner la cosa en mayor aprieto. (Diccionario Ite 200, Edit. Sopena).

²⁷ “La técnica legislativa moderna se opone a que en el texto de la ley se incluyan disposiciones didácticas, definiciones, enumeraciones, etc., cuya elaboración corresponde privativamente a la doctrina y no al legislador”. (“Régimen General de las Obligaciones”, pág. 31, Edit., Temis, G. Ospina Fernández)

En virtud de este principio o enunciado (constitucional, internacional y reglamentario) se **garantizan relaciones equivalentes en condiciones, no idénticas en condiciones.**

2. c. VACÍO LEGAL (PRINCIPIO O FUNDAMENTO GENERAL):

Pese a su importancia, tanto por la fuerza jurídica que tiene al estar presente en acuerdos internacionales y en todas las legislaciones de telecomunicaciones, como por las gravísimas consecuencias que produce su falta de cumplimiento, no por estas consideraciones deja de presentar en la práctica algunas dificultades.

Como lo he mencionado líneas arriba, sin lugar a dudas, el principal inconveniente que experimenta el trato igualitario, en nuestro país, lo constituye el que precisamente sea un principio o un enunciado general que consta en un documento internacional, y no una norma expresa de la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada.

Sobre todo por el hecho de que existe la lamentable tendencia en el país, que en palabras del catedrático Joffre Campaña Mora: <<Para nadie en el Ecuador es desconocido que la Constitución Política es permanentemente inobservada, al punto de que no es infrecuente escuchar opiniones que justifican su violación en la interpretación de las reales aspiraciones del pueblo. Sin duda, el relativismo jurídico y la falta de entendimiento sobre el valor de la Constitución, explican en mucho la decadencia del Estado ecuatoriano>>; ni que decir de un tratado internacional, poco conocido y utilizado en el Ecuador²⁸.

De esto que se podría afirmar que el trato igualitario en el Ecuador sufre del desamparo de una cultura que por defender los casos

²⁸ Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos, Año I, No.I, Editorial Goberna y Derecho Cía. Lda., Pág. 198. Joffre Campana Mora "La Descentralización Política y Administrativa en la República del Ecuador".

particulares, descuida, atenta y contraviene sus preceptos fundamentales²⁹.

Siempre se me explicó, en cursos y seminarios, conversaciones con colegas de otros países, etc., que ante una violación del principio de trato igualitario, el afectado tiene derecho a **exigir se le conceda toda aquella ventaja otorgada a su competencia, e inclusive con efecto retroactivo. Es decir, de aquellas ventajas concedidas no sólo desde el momento que tuvo conocimiento, sino desde cuando pruebe que existió trato discriminatorio.**

Esto que suena lógico, lamentablemente **carece de norma expresa que así lo establezca.** Ciertamente es que, como se analiza líneas arriba, se podría invocar las diferentes cláusulas citadas, en las que consta claramente la posibilidad de solicitar una reproducción automática de aquella ventaja otorgada a un tercero, y a mí negada.

²⁹ La Ley de telecomunicaciones de República Dominicana en su artículo 1 "Definiciones de la ley" establece a la Discriminación de la siguiente manera: "Es el trato desigual que se da a situaciones equivalentes". Es importante este concepto, pues como se comprenderá más adelante, hay discriminación aún entre servicios distintos, siempre y cuando estos contengan condiciones equivalentes. Inclusive de manera independiente trata al principio de trato igualitario (Principio de Igualdad) así: Por el principio de igualdad, el servicio debe prestarse sin discriminaciones de precio y calidad al público en general. Las categorizaciones de los usuarios que se hagan deberán tener fundamento razonable y no ser arbitrarias a criterio del órgano regulador". Finalmente, la misma Ley en su artículo 8 establece: Prácticas restrictivas a la competencia 8.1. En las relaciones comerciales entre prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, está prohibida la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que creen situaciones desventajosas a terceros". Conforme el Decreto 62 (R.O.12/01/1990) que regula la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones privatizados en la República de Argentina, en su disposición 10.4.6 establece que "Prestadores competitivos de servicios públicos de telecomunicaciones. Una vez vencido el período de exclusividad, las Sociedades Licenciatarias estarán obligadas a permitir el acceso de sus usuarios a las redes de prestadores competitivos en condiciones que, en la medida de las restricciones técnicas, sean equivalentes a aquellas en las cuales el servicio es prestado en sus redes a sus propios usuarios". Y en la disposición 10.4.7. Igualdad de acceso para prestadores de servicios de datos y otros servicios en régimen de competencia. Las sociedades licenciatarias tendrán obligación de proporcionar, en forma no discriminatoria y en la medida de su disponibilidad, el acceso a la red pública a los prestatarios de servicios en régimen de competencia." (tomado de La Ley de Telecomunicaciones Con Nota de Gustavo H. Marcos, Edit. LA LEY, pág.841.

¿Puedo acaso comparecer ante un juez y exigir se reproduzcan a mi favor las condiciones más ventajosas que mi contra-parte otorgó a un tercero, en función de que el CONATEL a un concesionario le garantizó esta prerrogativa?

Si realizo el análisis del caso, tal como lo he venido haciendo, en principio sí. Pero ya conocemos las fragilidades de nuestro sistema, y de muchos de nuestros juzgadores.

Ahora bien, cierto también es que, por el hecho de no tener norma expresa, no deja de ser lógica, justa y además jurídica, aquella pretensión de reproducir a mi favor lo otorgado a un tercero. Pues este derecho encuentra su procedencia en **algunos otros argumentos y fundamentos jurídicos. Y es este también el propósito de esta propuesta.**

La difícil tarea de aplicarlo a casos concretos, y en función de mi experiencia, en los casos en que he participado, o he sido consultado, se complica más aún cuando, por ser un enunciado muy general – tal como lo hemos analizado en los numerosos ejemplos de normativa que he citado- nada se dice respecto de *(i)* los elementos que deben reunirse o invocarse para determinar cuando en realidad se está frente a un caso de violación a este principio, *(ii)* la carga de la prueba, *(iii)* las situaciones en las que aplica, *(iv)* el ámbito de actuación del poder judicial para reestablecerlo, *(v)* si es un principio renunciable o modificable por la autonomía de la voluntad de las partes, *(vi)* las acciones a las que daría derecho quien se sintiere afectado por una violación a este principio, *(vii)* como funciona el daño en estos casos, etc. De esto último que ya en el plano judicial, es ardua la misión de estructurar una petición apropiada, a fin de, precedentemente, obtener una resolución en términos objetivos y concretos, sobre todo por el hecho de que no hay norma alguna, y en este país experiencia poca.

Me gustaría compartir con ustedes, brevemente, algunas reflexiones que al respecto, y sobre algunos de los temas arriba mencionados, he desarrollado.

III INCONVENIENTES EN LA APLICACIÓN DEL TRATO IGUALITARIO POR FALTA DE LEY

3. a. DETERMINACIÓN DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DE TRATO IGUALITARIO:

La Ley como fuente de la obligación del Trato Igualitario:

Sin perjuicio de la fragilidad de nuestro sistema al aplicar principios generales, no por ello debemos dejar de reconocer que la naturaleza jurídica de este principio es la de ser un precepto jurídico ecuatoriano³⁰.

Ello nos faculta, perfectamente, a invocarlo con plena y absoluta validez. **La dificultad está dada por la falta de determinación en su alcance o ámbito de eficacia**, y de ahí el efecto contrario de que, en lugar de ser aplicado con criterio amplio y absoluto, es inaplicado por su vaguedad, tornándolo en un enunciado ineficaz.

La fuente de la obligación de dar trato igualitario, en el Ecuador, es de carácter legal.

³⁰ Conforme el artículo 163 de la Constitución Ecuatoriana, los Acuerdos Internacionales promulgados en el R.O., tal y como es el caso del Acuerdo de la OMC, y concretamente el Anexo sobre las Telecomunicaciones, como parte del AGCS, son ley de la República. Las obligaciones nacen de la Ley de la convención y de ciertos actos unilaterales (pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa). "Gayo, en su Instituta (IV,88) escribe que <<omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto >> el Digesto, a su vez, recogió una tercera fuente, para encuadrar una serie de figuras procedentes del ius praetorium, bajo la fórmula genérica <<ex variis causarum figuris>>; matizando el propio Digesto, que estas <<varias figuras>> del tercer grupo, unas se asimilan al contrato –quasi ex contractu– y otras al delito –quasi ex delicto (...)" escribe Pothier que las <<causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos y, algunas veces, la ley o la simple equidad (...)" (TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS, Manuel García Amigo, Mac Graw Hill, INTRODUCCION XXXII).

En lo relativo a las relaciones entre un operador nacional y uno internacional, le son aplicables los términos del AGCS de la OMC (ANEXO IV y V de Telecomunicaciones), cuya disposición y nota explicativa, ha sido reproducida en el capítulo anterior, y si se trata de una relación entre miembros de la CAN, adicionalmente le son aplicables las decisiones reproducidas líneas arriba.

En lo relativo a las relaciones entre operadores nacionales, y sus abonados o usuarios, le es aplicable el RGLETR, que regula las condiciones de la prestación de los servicios en régimen de libre competencia, las resoluciones del CONATEL, y las diferentes obligaciones constantes en los respectivos contratos de concesión.

Sin embargo la obligación de reproducir de manera automática cualquier ventaja otorgada a un tercero, negada al reclamante, no tiene por fuente a la Ley.

Pues la Ley sólo es fuente de aquellas obligaciones que expresamente establece.

Así, con mucha claridad lo establece el Código Civil Español, citado por el tratadista Manuel García Amigo³¹, cuando al tratar a la Ley como fuente de las obligaciones, manifiesta que: “las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en las leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido (...)”.

Como primera conclusión, la Ley, al menos en el Ecuador, no es fuente plena para fundamentar la eficacia y aplicación de este derecho de exigir la condición más ventajosa, más daños y perjuicios. Sin embargo, por ser un principio legal, aplicable en el Ecuador, no deja de ser importante, por las razones que más adelante desarrollo. Porque si bien, su fuente es otra, tal como lo explico a continuación, la invocación de este enunciado como un principio con vigencia en Ecuador es fundamental.

³¹ TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS (Mac Graw Hill, INTRODUCCION XXXIII)

El Contrato como fuente de la obligación del Trato Igualitario:

El contrato es <<sin duda alguna, la fuente más importante y numerosa de relaciones obligatorias; y su significado, el del contrato, es trascendental para todo el Derecho Privado y aún para el total ordenamiento jurídico>>³².

De lo anterior es que no hay mayor comentario, mas allá de mencionar que el inconveniente que produce el hecho de que, en casi todos los contratos de telecomunicaciones, al trato igualitario se lo establece como un enunciado general, bajo la siguiente fórmula: “las partes someten los servicios aquí acordados al principio de trato igualitario”. En la mejor de las suertes, he participado en contratos, y luego del caso que experimenté, con la siguiente fórmula: “las partes se someten al principio de trato igualitario y en consecuencia toda ventaja concedida a terceros será reproducida a la presente situación en lo que aplicare”. Ejemplo de esto lo constituyen las cláusulas que cité.

El problema está dado cuando en un contrato de telecomunicaciones (sea público o privado) lo establezco, sin decir nada respecto a la sanción por su violación, o el medio para adecuar su resquebrajamiento, o por lo que es peor, cuando ni siquiera se lo pacta. Esta última situación la más común de todas.

Ante este último supuesto, podría aplicar la regla de los efectos de la ley por la cual <<En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración>>³³. De esta manera podría sostener que es parte integrante de determinado contrato de telecomunicaciones el principio de trato igualitario y por ende la obligación de otorgar condiciones iguales en situaciones equivalentes inclusive. Pero regreso al hecho de que me quedo con el mero enunciado, sin base legal alguna para reclamar la reproducción de la ventaja otorgada a un tercero.

Cierto es, porque lo he experimentado, que hay quienes, en virtud de la buena fe de las partes, que el sólo enunciado tal y como está en los

³² Manuel García Amigo (TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS, XXXIV INTRODUCCION, Mac Graw Hill)

³³ Art.7 C.C. (codificado) regla 18a.

tratados internacionales, la normativa interna y la práctica comercial, es suficiente argumento para respetar este principio. Pero siempre hay una excepción. Y lastimosamente, me ha tocado tratar últimamente con empresarios “excepcionales”.

Es frente a esta situación, la de los “excepcionales”, en la que por no tener pactado el trato igualitario, o tenerlo pactado de manera general, y por ende desconocerlo o controvertirlo, y por ende verse afectado por una discriminación, la que motiva y justifica lo que a continuación analizo.

El Enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación del Trato Igualitario (institución subsidiaria):

Según el tratadista antes citado, Manuel García Amigo, forma parte de la doctrina moderna de las denominadas fuentes de las obligaciones, el entender como una fuente independiente de estas a la institución denominada enriquecimiento sin causa, en virtud de la cual <<Cuando tal hecho ocurre, el ordenamiento jurídico vincula al enriquecido (deudor) con el empobrecido (acreedor) a través de una obligación de resarcimiento: en tal sentido y precisamente por ello, el enriquecimiento sin causa es una fuente de las obligaciones>>.

La falta de causa de ese enriquecimiento, en materia de telecomunicaciones, lo constituye el hecho de **que nadie puede obtener beneficio de una negociación en la que están presentes condiciones discriminatorias**. Para que un enriquecimiento tenga causa, y por ende no de derecho a una acción de resarcimiento, debe tener una ley, una sentencia o un hecho jurídico (negocio jurídico) legítimo que lo anteceda. Al regir una disposición en la que prohíbe toda discriminación, **aquel acrecentamiento patrimonial, producto y en relación directa con dicha desigualdad, carece de causa y da derecho a acción de resarcimiento, de parte del afectado, que es quien carece de dicha ventaja, pues de haberla tenido, su patrimonio no se hubiera visto disminuido bajo la condición en la que se vio afectado**³⁴.

³⁴ <<Tal figura jurídica descansa en la idea de que toda traslación patrimonial de un sujeto a otro tiene que estar basada en una causa o porqué jurídico, que explica una traslación – causa de la atribución patrimonial-. Dicha causa patrimonial, en última instancia, es una ley, una sentencia o un hecho jurídico (negocio jurídico) (...) cuando no hay causa

Para que opere el enriquecimiento sin causa, a decir del tantas veces mencionado tratadista este debe presentar: <<1ro.) Aumento del patrimonio del enriquecido. 2do.) Correlativo empobrecimiento del actor, representado por un “damnum emergens” o por un “lucrum cesans”. 3ro.) Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y 4to.) inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio>>

El empobrecimiento, y consecuentemente el daño, puede ser no sólo material, sino también físico e intelectual. Es decir también puede ser moral.

En una interesante sentencia que cita García Amigo <<Sent.2.1.1991, hay justa causa cuando << se ejercita un derecho>> o cuando hay una sentencia u otra resolución judicial definitiva de derechos entre las partes>> por tanto, en tales casos no procede el enriquecimiento sin causa>>.

Continúa explicando el referido catedrático de derecho Civil de la Complutense de Madrid: <<Además, se dice que el enriquecimiento sin causa es una institución subsidiaria, que procede cuando no hay otra figura que pueda hacerse valer. Tal carácter subsidiario provendría del hecho de ser considerado el enriquecimiento sin causa como un principio general del derecho, cuya aplicación procede cuando no haya ley aplicable>>³⁵. << la estructura de la obligación nacida del enriquecimiento injusto, en el plano subjetivo, se concreta en: a) Un sujeto acreedor, que es la persona que sufre el empobrecimiento o no aumento de su patrimonio: puede ser única o múltiple. b) Un sujeto deudor, el titular del patrimonio enriquecido: en el caso de multiplicidad de sujetos, el Tribunal Supremo predica la solidaridad-Sent.8.4.1976-si bien puede

de la atribución o transferencia patrimonial, estamos ante un supuesto de enriquecimiento toricero o sin causa, que obliga a resarcir>> << Con base en textos romanos – teoría de las condiciones- recogidas en el Digesto, el Derecho intermedio y sobre todo el Derecho natural elaboran la doctrina del enriquecimiento sin causa (...)>> (Manuel García Amigo, Fuentes de las Obligaciones, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS, Mac Graw Hill, pág.423)

³⁵ Tal y como sucede con el principio de trato igualitario, en el que no hay ley o norma alguna que conceda al actor acción por la cual pueda pedir la reproducción de la ventaja otorgada, o su equivalencia, ni mucho menos el derecho a solicitar la reforma automática de su contrato, tal como lo establecía la cláusula que para efectos de citar al trato igualitario se reprodujo en el capítulo anterior.

haber la mancomunidad si los enriquecimientos son independientes.³⁶ c) Una prestación, cuyo objeto es la cosa que pasó de un patrimonio a otro y, en su caso, el equivalente económico: puede ocurrir que haya equivalencia total entre la cuantía del aumento experimentado por el enriquecido y de la disminución sufrida por el empobrecido; en tal caso esa será el objeto de la prestación; en otro caso, ni el enriquecido estará obligado a más de aquello en que se ha aumentado su patrimonio, ni el empobrecido tendrá derecho más de aquello en que su patrimonio se disminuyó. En otras palabras, la cuantía de la prestación vendrá dada por la menor de las cantidades, sea la del aumento, sea la de la disminución. Así también lo entiende el Tribunal Supremo, cuya Sent.5.10.1985 declaró que << si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor (enriquecido), sin que pueda excederla, tiene también otro límite infranqueable, de suerte que, aunque cuando el demandado (deudor) se haya enriquecido sin causa no podrá aquel reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento >> << por lo demás, habrá que aplicar por analogía los artículos pertinentes del Código Civil que regulan el pago de lo indebido, el tema de frutos, mejoras, etc.; y todo esto teniendo en cuenta la buena o mala fe del poseedor >>

Mas adelante, en el capítulo en que se analiza las acciones a las que se tendría derecho por violación al principio de trato igualitario, se verá la importancia de invocar esta fuente de las obligaciones.

Por el momento basta concluir que aquel que hubiere lucrado, y consecuentemente afectado a un tercero, al no observar la obligación legal de dar tratamiento igualitario a todas sus relaciones, incurre en un incremento patrimonial que más que carecer de norma expresa, la viola, y en consecuencia carece de causa.

Obligación de hacer o no hacer:

Otra cuestión que presenta relevancia de resolver, lo es el determinar si la obligación de trato igualitario es una obligación de hacer o no hacer.

³⁶ Esto es interesante porque en virtud de este criterio el afectado podría demandar no sólo a su contra-parte sino también al tercero que se benefició con la discriminación, como deudor mancomunado.

Si la interpretamos como obligación de no hacer, pues en la mayoría de las disposiciones, como se lo ha citado, el trato igualitario se lo prevé en sentido negativo, es decir, bajo la fórmula de “no discriminar”; nos encontramos con algunos inconvenientes. El primero de ellos de que al pretender ejercer la ejecución forzosa de esta obligación, el efecto que produciría el ejercicio de mi derecho sería el de exigir de parte de un juez la ineficacia de aquel negocio jurídico discriminatorio, con lo cual podría afectar a terceros de buena fe, incrementando la inseguridad jurídica. Esto se analiza con mayor entendimiento en el capítulo siguiente. Y el segundo inconveniente, viene dado por el hecho de al encontrarse toda persona impedida de dar una condición más ventajosa que la inicialmente dada a otro, se coartaría en efecto la garantía constitucional de la libre contratación. Es decir, se estaría frente a lo que se denominaría la condición prevalente de la “relación primera”, en virtud de la cual todos mis negocios jurídicos están condicionados, atados, subyugados a las condiciones de un primer negocio jurídico. Ello, es absurdo y atenta contra la dinámica del derecho y el negocio.

De lo anterior, resulta más apropiado tratar a la obligación de trato igualitario, como una prestación positiva consistente en dar igual tratamiento a todas mis relaciones o negocios jurídicos, aún así haya incurrido en discriminación, pues el hecho jurídico que constituye incumplimiento de este derecho, no lo es en sí el negocio jurídico más ventajoso, sino el no restablecer el equilibrio producido por la discriminación.

De hecho, no estoy impedido a crear situaciones o negocios jurídicos cada vez más ventajosos respecto de los anteriores, es más, lo puedo hacer. Pero soporto la obligación de trasladar aquella ventaja al afectado. De esta manera, y según este criterio, **el principio de trato igualitario cobra su plena validez y sentido, pues lo que busca la regulación en telecomunicaciones es recurrir y crear todas las condiciones que incorporen criterios de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios.** Al ser este negocio de aquellos que utilizan las fuerzas de la economía en escala, toda ventaja lograda beneficia correlativamente a los actores que en ella participan. A saber: operadores, proveedores, y finalmente, usuarios, que es a la larga el beneficiado en la aplicación de este principio. **Pues, el negar la aplicación de este principio al operador afectado, es privarlo de la eliminación de un costo que no lo puede dejar de trasladar**

al consumidor final. Y es que la discriminación en último término la sufre el consumidor.

Daño Inminente o Presente:

Como consecuencia de lo anterior, la obligación de hacer (conceder las mejores ventajas otorgadas), no nace del acto jurídico de suscribir un contrato discriminatorio con un tercero, sino más bien **del contrato que suscribió en primer término** (con el afectado o reclamante).

Consecuentemente, sólo así se puede entender que no hay daño si no hay la certeza o inminencia de un acto discriminatorio (v.g.: la suscripción de un contrato más ventajoso).

El hecho discriminatorio puede ser actual o potencial (en este último caso cierto, no especulativo), que produce un daño que inclusive puede ser inminente, es decir que aún no ha acaecido pero que con seguridad de verificarse el hecho discriminatorio lo producirá.

De lo anterior es que puedo solicitar la reproducción de las condiciones ventajosas no sólo ante la presencia del hecho discriminatorio, sino también ante la amenaza de un hecho discriminatorio.

No coincide con mi criterio, de la discriminación potencial, y del daño inminente, la Sala del Tribunal Constitucional que **denegó un amparo constitucional**, por violación al principio de trato igualitario, al afirmar que para que se tenga derecho a reclamar violación al principio del trato igualitario, debía verificarse el hecho discriminatorio, pues hasta que ello no ocurriera no hay el presupuesto que motiva dicha petición³⁷.

³⁷ En materia de acción de amparo constitucional, el daño inminente es precisamente uno de los supuestos que fundamentan esta acción. De esto que, dicho fallo, al menos en ese aspecto, es contradictorio con el propósito mismo de esta acción que es la de prevenir daños futuros (ciertos). En el caso que confrontó al CONATEL con las operadoras celulares ya establecidas (PORTA y BELLSOUTH, en ese entonces) se pidió la suspensión del hecho discriminatorio (suscripción de un contrato con un tercer competidor, en condiciones más ventajosas) lo cual, como se ha establecido líneas arriba, es improcedente, dado que no se puede someter a la dinámica de un negocio a las condiciones pactadas en una "relación primera", distorsión esta que se produce al

Este precedente, por otro lado, es muy positivo pues se reconoció la aplicación y vigencia del principio de trato igualitario en el Ecuador, y el derecho a las partes a exigir compensación por el daño.

Quien incumple incurre en Responsabilidad Contractual no Extracontractual:

Entendido así como una obligación de hacer que proviene del contrato que se suscribe con el afectado o reclamante de la discriminación, se tiene como consecuencia que en materia de responsabilidad y reparación de daños estaríamos frente ante un caso de **responsabilidad contractual**, distinto a analizarlo desde la perspectiva de una obligación que nace cuando perfecciono un acto o contrato discriminatorio con un tercero, en cuyo caso se estaría frente a una acción relativa a la responsabilidad extra-contractual.

Me explico mejor. Si el principio del trato igualitario se lo entendiera como la **obligación que tengo de no conceder condiciones más ventajosas a terceros, que las que me fueron otorgadas (por ende obligación negativa y no positiva)**, el derecho del reclamante proviene de un hecho que no deviene de la ejecución del contrato, sino de un acto jurídico suscrito con un tercero, y por ende su derecho de indemnización es extra-contractual.

Interpretar al principio del trato igualitario bajo esta perspectiva, es sencillamente rebuscado e ilógico.

Esta diferencia, como no debe de escapar a su análisis, tiene al menos en el Ecuador, la importancia de que de esto se determina la **procedencia de la pretensión**. Pues si exijo mi pretensión como una reparación de daños bajo los principios de la responsabilidad extra-contractual, cuando analizado lo anterior, más bien se está en los principios de la responsabilidad contractual, el juzgador puede desechar nuestra pretensión por improcedencia de la acción.

interpretar a la acción que proviene de esta obligación, como una que busca la ejecución forzosa de una obligación de no hacer. Para mayor información se puede consultar el fallo No. 784-2002-RA del 2 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional, en el caso que fue conocido como de la "tercera banda" planteada por CONECEL (Porta) y OTECEL (en ese entonces BELLSOUTH).

Determinación Judicial del Daño:

En efecto el tema de la participación del poder judicial en temas de telecomunicaciones, es muy complejo. Pues en muchos de los casos, la pretensión que realiza la parte afectada (u ofendida pues también puede haber una afectación moral, como se explicó líneas arriba), consiste en la solicitud de que el Juez o Tribunal que conoce la causa, regule y fije las condiciones económicas equivalentes del afectado y el infractor a la relación ventajosa que este último mantiene con un tercero en cuestión.

La Corte Suprema de Justicia en Argentina, por ejemplo, estimó en el caso Prodelco contra el Poder Ejecutivo Nacional que: **“De admitirse la demanda de amparo, promovida contra el dictado del decreto 92/97 del Poder Ejecutivo Nacional- por el cual se aprobaron las modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico- habría una clara invasión del Poder Judicial en la zona de reserva de otro poder del Estado, cuyo ejercicio le está atribuido en forma exclusiva y al cual intentaría sustituir en el cumplimiento de sus funciones de gobierno, propio y limitado, se convertiría en el ejercicio mismo de los actos que corresponden a los otros poderes políticos del gobierno federal, usurpando facultades que alterarían ostensiblemente el diseño institucional de la separación de poderes”³⁸.**

El tema es tan complejo, que en la misma Argentina, una Corte Federal de lo Contencioso Administrativo resolvió lo anterior en sentido contrario: **“Si bien la fijación y aprobación de tarifas, en el caso telefónicas, es atribución del órgano administrativo competente, ello no implica la exclusión del control judicial”.**

Aplica tanto para servicios similares como para servicios distintos:

El principio del trato igualitario opera en condiciones equivalentes y no en condiciones idénticas. Me explico mejor. Si soy un operador de un servicio de valor agregado (proveedor de internet) (SVAG), y mi

³⁸ LEY DE TELECOMUNICACIONES Con nota de Gustavo H. Marcos, Edit. La Ley, Pág.1.499.

EQUAL TREATMENT Y LA ACTIO IN REM VERSO

contraparte es una operadora fija (A) con quien tengo un acuerdo de conexión por el cual me facilita sus redes de transporte hasta mis usuarios (ver gráfico 1), podría perfectamente incorporar todas y cada una de las condiciones más ventajosas, respecto de mi relación, que la fija hubiera otorgado a otros prestadores del servicio de valor agregado, pero también las otorgadas a otra operadora fija (B), una operadora de transporte nacional de datos (servicios portadores), etc. (ver gráfico 2)

AB. CARLOS R. CHÁVEZ NEGRETE

EQUAL TREATMENT Y LA ACTIO IN REM VERSO

En este segundo supuesto, el servicio de valor agregado es distinto servicio al de telefonía fija, y aún así, pese a ser servicios diferentes, puede solicitar aquella ventaja concedida a un tercero, que me es aplicable o equivalente a mi servicio.

Un ejemplo de este caso sería el señalado líneas arriba, por el cual la empresa A (operadora fija) concede a otra operadora fija (B) un período de gracia para el pago de sus facturas de 90 días, mientras que la misma operadora A al proveedor de servicio de valor agregado (SVAG) le exige pago anticipado. Ahí se da una situación de discriminación, y por ende ese beneficio debe ser trasladado. La valoración o el daño producido por ese discrimen pueden llegar inclusive a determinar el costo-oportunidad de haber tenido esos fondos en otras inversiones, o en el impacto o afectación a mi liquidez en el giro ordinario de mi negocio.

El concepto de equivalencia de las condiciones, es tan importante que inclusive en un mismo tipo de servicio, pueden darse condiciones tales que entre una u otra relación se produzcan condiciones distintas y no necesariamente discriminatorias. Acordémonos que: diferencia no es sinónimo a discrimen. Diferencias con privilegios, sí.

A manera de ejemplo: yo puedo tener un contrato con dos personas distintas, en el que el propósito es brindar el servicio de transmisión de voz (telefonía). Con la primera persona pacto un contrato sobre telefonía post-pago (pago el valor del minuto luego de consumirlo), y con la otra persona uno de pre-pago (pago el valor del minuto antes de consumirlo)

En este ejemplo, si bien versan sobre un mismo servicio (transmisión de voz), sus condiciones económicas (post pago y pre-pago) no pueden ser equivalentes, pues ambas obedecen a realidades económicas y esquemas comerciales distintos. De esto que este sería un ejemplo de un mismo servicio pero con condiciones distintas, es decir no equivalentes. Así no podría ser una condición discriminatoria el que a uno se le exija un pago anticipado (pre-pago) y al otro no (post-pago) Pero sí sería una condición discriminatoria el que a uno se le exija una garantía de fiel cumplimiento y a otro no.

En alguna ocasión me tocó escuchar que la tecnología bajo la cual se soporta un servicio es un aspecto diferenciador, y que por ende las condiciones que se pactan entre servicios con diferente tecnología, no son equivalentes, y por lo tanto no aplica el principio del trato igualitario. Quien afirma aquello no hace sino desconocer el axioma universal en materia de telecomunicaciones de: “lo que se regulan son los servicios y no las tecnologías”.

Así puedo tener contratado un servicio de voz IP³⁹ y otro de voz conmutada, ambos soportados por ende en distintas tecnologías, pero son exacta e idénticamente el mismo servicio. De ahí que no podría justificar una discriminación por una falta de equivalencia de dichos servicios. Si yo establezco un precio por el minuto de vozIP con un operador a razón de US \$0,025, y US \$0,009 el minuto de voz conmutada con otro operador, el operador de voz IP tiene todo el derecho a reclamar por el exceso de US \$0,016 que le cobro en comparación con el de voz conmutada. Hay quienes para justificar esta diferencia de los servicios (y por ende su no-equivalencia) por la tecnología, afirman que obedecen a distintas calidades⁴⁰, y por ende no son servicios equivalentes. A su vez quien afirma esto desconoce la obligación de que todos los servicios que se contraten, deben tener una tecnología que garantice exactamente la misma calidad, precisamente por el hecho de que lo que se regula es el servicio y no la tecnología.

Me he detenido en hacer estas precisiones pues en reiteradas ocasiones me ha tocado dirimir controversias que parten de estas equivocadas premisas, superadas y bien conocidas en otros países, pero que en nuestro país, por estar este campo casi inexplorado, suelen utilizarse para desconocer compromisos y especialmente para pretender vulnerar el principio del trato igualitario.

Es un principio irrenunciable (no cabe condonación):

³⁹ IP son las siglas de Internet Protocol, y es una tecnología que utiliza el sistema aplicado para codificar y decodificar (lenguaje) el servicio de internet, aplicado para voz.

⁴⁰ Entendiéndose como calidad: ruido, continuidad, eco, etc.

Las telecomunicaciones constituyen un servicio público, por mandato constitucional. Por ende toda la regulación sobre la materia obedece al campo del derecho público.

Por ser un principio que consta en el marco del derecho público, no está sometido al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Cualquier cláusula que busque su renuncia o condonación es nula, de nulidad absoluta, pues transgrediría una norma de derecho público y por lo tanto ello constituye objeto ilícito.⁴¹

Además, si soporto la obligación de no discriminar, y aún así lo hago, estoy actuando con dolo, entendido este como la intención clara de irrogar daño a un tercero. Y la condonación del dolo futuro está prohibida por nuestra ley. Y en caso de haberla es nula de nulidad absoluta⁴².

Elementos que conforman el derecho a exigir reparación por discriminación:

Analizado lo anterior y a manera de conclusión podríamos afirmar entonces que quien desea hacer prevalecer el principio de trato igualitario debe tomar en consideración que debe reunir los siguientes elementos:

(i) Discriminación y equivalencia:

Debe en efecto darse una situación de discriminación tanto en servicios similares como en servicios diferentes, siempre y cuando, en ambos casos, exista equivalencia entre las condiciones ventajosas y las inferiores. Esta situación de discriminación puede ser presente o inminente.

(ii) Daño:

El daño es requisito indispensable para exigir una compensación. Caso contrario la acción de discriminación operaría como una sanción para la parte infractora⁴³. Por lo tanto si no hay daño

⁴¹ Art. 1.478 Código Civil Ecuatoriano (codificado).

⁴² Art. 1.481 Código Civil Ecuatoriano (codificado).

⁴³ En la teoría de daños se ha discutido mucho esto sobre el carácter sancionador o reparador de la acción de resarcimiento. Son muy criticadas las teorías sobre la sanción.

no cabe hacer prevalecer este principio. Más aún cuando su acepción etimológica es de “inferioridad”, concepto que de por sí lleva consigo el concepto de daño, que produce el encontrarse en una situación menos ventajosa respecto de un tercero. El daño puede ser presente o inminente, y su determinación será siempre judicial, con el inconveniente de que por ser un tema muy técnico y económico, en muchas de las ocasiones lo que obtendrá del juez es el mero enunciado de que en efecto se ha violado el principio de trato igualitario y que los daños se deben liquidar y cuantificar en función de lo probado en el proceso. Recuérdese, por las jurisprudencias citadas, que los jueces tratan de evitar la regulación o fijación de tarifas o ecuaciones económicas, rebalances, etc. La carga de la prueba la soporta quien lo alega. Tomando en consideración la teoría de la carga dinámica de la prueba o la teoría de la colaboración en la prueba.

(iii) Tipo de servicio:

Opera sobre servicios similares o entre servicios distintos (que presenten condiciones equivalentes)

(iv) Responsabilidad:

Es de tipo contractual lo cual define la vía y también la prescripción de la acción.

(v) Materia de la discriminación:

Es variada pues puede ser económica, técnica, jurídica. El tramitar solicitudes o peticiones en tiempos distintos puede constituir un caso claro de discriminación⁴⁴.

La Cuestión de la Prueba (Utilidad de la Teoría de la Carga dinámica de la Prueba:

Conforme las reglas generales, la carga de la prueba del daño la soporta quien lo alega. Del acto en sí de la discriminación la soporta el demandado del cometimiento de la trasgresión, pues es el que debe

⁴⁴ Son conocidos los casos en los que una operadora demora las solicitudes de conexión a determinados operadores, y a otros no. Ello además de ser un caso de discriminación constituye sin lugar a dudas una práctica anti-competitiva.

observar con diligencia el cumplimiento de la obligación de dar trato igualitario. En este caso una obligación de hacer, y por ende la prueba recae en el demandado, con lo cual además se produce un equilibrio entre las partes, pues el encontrarse perjudicado por la discriminación y además soportar toda la carga de la prueba, que por lo general está en manos del infractor, produce un desequilibrio entre las partes, procesalmente hablando, que puede llegar incluso a producirse el denominado fraude procesal líneas arriba citado.

En telecomunicaciones es muy frecuente el que toda la prueba repose en el poder y control del demandado, de esto que la doctrina acerca de la Carga Dinámica de la Prueba es muy pertinente. Tal como lo explica Lino Enrique Palacios, con la aplicación de este criterio se evita sacrificar “la búsqueda de la solución justa” por la rigidez formalista del proceso⁴⁵.

IV

ACCIONES A LAS QUE DA DERECHO EL TRATO IGUALITARIO

4. a. LA ACCIÓN RESOLUTORIA TÁCITA:

Analizada la obligación de trato igualitario como una prestación positiva legal, incorporada al contrato conforme la regla 18ª de los efectos de la ley, el afectado tendría perfectamente el derecho a ejercer la denominada acción resolutoria tácita. En la práctica la dificultad de ejercerla se presenta cuando el afectado intenta ejercer la denominada ejecución forzosa, en servicios diferentes en los que por no ser iguales es imposible reproducir las mismas condiciones ventajosas en el negocio jurídico menos ventajoso (discriminado), viéndose obligado el actor a solicitar estrictamente la compensación, ya sea a través de condiciones equivalentes, o la indemnización en suma de dinero. El actor se vería entonces obligado a ejercer la otra rama de la acción resolutoria tácita consistente en la resolución más daños y perjuicios. Como no existe una acción resolutoria tácita parcial, se puede concluir que la inconveniencia y su ejercicio pleno no la vuelve la más apropiada para reclamar una

⁴⁵ Derecho Procesal Civil, tomo 4, actos procesales, tercera edición, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 359

adecuada restauración del equilibrio alterado por actos discriminatorios. Opera sí de manera plena y absoluta en caso de que se pueda reproducir las condiciones ventajosas en el negocio jurídico inferior.

El inconveniente adicional que presenta esta acción es que se podría invocar el criterio jurídico de que solo es obligación legal (*ex lege*) aquella que expresamente consta en su texto, y por no haber norma alguna que establezca la obligación expresa de reproducir las condiciones más ventajosas, carecería de derecho el reclamante.

4. b. LA ACCIÓN DE NULIDAD (DOLO IN-CONTRAENDO):

Ante estos inconvenientes, es interesante no descartar la posibilidad de poder ejercer la acción de nulidad por el dolo in-contraendo.

Esta acción aplica en el caso de que lograre demostrar que a la relación con el afectado, le precedió un negocio jurídico más ventajoso. De tal suerte, que quien discriminó conocía al momento de contratar (con el actor) que las condiciones pactadas le producirían un daño por la inferioridad frente al negocio jurídico previo.

El dolo in-contraendo, conforme nuestra legislación, produce la nulidad relativa y en virtud de la nulidad relativa puedo reajustar el contrato en todo aquello que excediere respecto del negocio jurídico anterior. Y es en virtud del dolo in-contraendo que además tengo derecho a exigir los daños inclusive indirectos producidos por tal discriminación.

Sin embargo, esta acción no deja también de tener limitantes. A saber: *(i)* prescribe a los cuatro años de suscrito el contrato y no de conocido el hecho discriminatorio, *(ii)* aplica en caso de que mi contrato sea posterior a la relación discriminatoria, y por ende, no aplica en el caso de discriminación futura, y *(iii)* finalmente tampoco soluciona el derecho de poder exigir la reproducción idéntica de las condiciones más ventajosas.

4. c. LA ACTIO IN REM VERSO (POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA):

Ante las limitaciones arriba anotadas, surge una acción que puede ser ejercida de manera principal, es decir, en reemplazo de las anteriores, o de manera accesoria, es decir, en subsidio de las arriba anotadas. Al respecto, es interesante lo que sentenció la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el expediente número 273-2000, del 3-VIII-2000: <<pero si se trata de ejercer la acción de “in rem verso”, para alcanzar que no se produzca un enriquecimiento injusto, y se promueve al efecto un proceso de conocimiento por la vía ordinaria, por ser acción principal, puede perfectamente plantearse sola, y no como pretende el recurrente, como accesoria de otra acción principal. Precisamente la acción de “in rem verso” es subsidiaria, procede en todos los casos de que quien sufre de empobreciendo injusto carece de una acción directa. En las obligaciones bilaterales, si opera la excepción de contrato no cumplido, puesto que las dos partes se hayan en mora recíproca, ninguna de ellas puede proponer la acción directa, sea de cumplimiento o de resolución; ante esta situación y para evitar que se consagren soluciones de facto de extrema injusticia en que una de las partes se enriquezca sin causa a costa de la otra, viene la acción de “in rem verso” en auxilio de quien sufre el empobrecimiento incausado>>. Y continúa la Sala explicando lo siguiente: <<el principio de que nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro constituye, a la par que una regla de derecho, uno de los mas firmes postulados de la moral, que se ha incorporado al seno de la justicia, revistiéndolo de eficacia (...) la fundamentación en derecho en esta causa esta dada por la invocación del principio de derecho universal y en el artículo 18, regla séptima del Código Civil, y bien hizo el juzgador de instancia al contraer la fundamentación en derecho de la pretensión aplicando el principio de ‘iura novit curia’>>⁴⁶.

Como se puede colegir, al tener la “actio in rem verso” como única limitante el empobrecimiento del actor, pues no se puede lucrar de esta acción, dado que se incurriría en lo que busca solucionar, el reclamante puede perfectamente incorporar en su petición de resarcimiento por enriquecimiento injusto y sin causa cuanta fórmula lograre restablecer el equilibrio desbaratado por la discriminación. Así sea la reproducción de la condición más ventajosa, sea la mera compensación o reparación

⁴⁶ Colección de Jurisprudencia 2000-II-Civil. Ediciones Legales

pecuniaria, sea la prestación de una nueva obligación (v.g.: en caso de afectación moral, una publicación elogiosa), etc.

Como carece de prescripción especial, se rige por las reglas generales constantes en el artículo 2415 del Código Civil (codificado).

Lo que me motivó, además, a asociar esta acción, y por ende tratarla en este artículo, fue el hecho de que aplica plenamente para aquellas situaciones en las que hay una mora recíproca de las partes, encontrándose impedidas de ejercer la acción resolutoria tácita, tal y como muestra la Corte Suprema, lo ha reconocido en el fallo anotado.

Con la Actio in Rem Verso, el afectado encuentra la vía expedita para la invocación de elementales y básicos principios de reparación del desequilibrio que produce una relación anómala y que lesiona la confianza y buena fe de las personas, de cuya sumatoria o falta se tiene como resultado el vivir en una sociedad de confianza o descrédito.

Desde luego la valoración del daño, así como la determinación del enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor por obedecer a temas y aspectos muy técnicos no dejarán de constituir un desafío para los jueces. Alternativas, como peritajes llevados a cabo por empresas especializadas, y eventualmente el concurso del propio regulador, son auxilios válidos al momento de administrar justicia. El contar con jueces especializados o al menos entendidos en la materia se ha vuelto imprescindible en el Ecuador.

V CONSENSUS FACIT LEGEM

“Consensus Facit Legem”, es una frase por la cual los romanos pretendían explicar que el consentimiento de las personas de manera generalizada, respecto de determinadas situaciones, hace la ley.

Pareciera últimamente que el desconocimiento de los más elementales principios de equidad, que obedecen inclusive al plano moral, se ha vuelto el consenso general de los ecuatorianos.

Y esto lo afirmo, pues pese a la abundante regulación, experiencia internacional, respecto de la aplicación absoluta del trato igualitario, el

EQUAL TREATMENT Y LA ACTIO IN REM VERSO

Ecuador presenta algunos casos en los que o se lo ha aplicado parcialmente, y en los más graves, negado por impertinente.

Por obligación los jueces están llamados a aplicar e invocar en sus fallos los principios generales del derecho, y el principio del trato igualitario, en materia de telecomunicaciones, es uno de ellos.

Tengo la esperanza que al contribuir con estas reflexiones, convierta al consenso general de que el trato igualitario debe ser aplicado en cuanta ocasión tengan los tribunales la oportunidad de defenderlo y rescatarlo, solo así lograremos que el “Consensus Facit” sea que el Ecuador es una nación en la que el derecho y su cuidado es la garantía más fiel de su equilibrio y bienestar.

Por suerte los romanos, que sabían hacer bastante bien las cosas, también tenían otra frase: “**contraria contrariis curantur**”... Las cosas se curan por medio de las contrarias...

