



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL TAMPERING O DATA DIDDLING, UNA VULNERACIÓN
A LA LIBRE COMPETENCIA, AL MERCADO Y AL BIENESTAR ECONÓMICO
EN GENERAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesora Guía
Dra. Sara Patricia Alvear Peña

Autor
Diego Fernando Tinajero Bolaños

Año
2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Sara Patricia Alvear Peña

Doctora en Derecho

C.C.: 010266404-2

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Diego Fernando Tinajero Bolaños

C.C.: 050311627-9

AGRADECIMIENTO

A la Dra. Sara Patricia Alvear Peña, por su apoyo, comprensión, gratitud y paciencia. A mi novia Verónica por darme valentía para seguir adelante y no rendirme ante las adversidades y a mis padres por ser mis mentores y mis guías, enseñándome a cada instante el verdadero valor y sentido de las cosas.

DEDICATORIA

A mi familia, a mi novia y a toda la sociedad que esté dispuesta a expandir su conocimiento.

RESUMEN

El Derecho de la Competencia es una rama del Derecho que a pesar de su importancia y trascendencia económica, apareció dentro de nuestro país a principios del año 2008. Es por esta razón, que las normas y cultura de Libre Competencia hasta el momento no han llegado a ser analizadas a profundidad, y relacionadas con demás ramas del Derecho, en especial con las nuevas ramas y derechos que han surgido como efecto de la globalización y los nuevos factores de producción.

Con el desarrollo industrial de la sociedad, y con la noción de una sociedad inteligente surgió un factor decisivo que revolucionaría todos los paradigmas sociales, este factor es la tecnología; la cual, en sus inicios era un privilegio de pocos y el deseo de muchos. Sin embargo, su eficiencia, desarrollo e innovación convirtió a la tecnología en un factor de producción más, por lo cual se vio la necesidad de proteger y sancionar los usos antijurídicos del mismo, a través del Derecho de Propiedad Intelectual y Derecho Penal; y, dependiendo su impacto en los mercados relevantes, desde poco tiempo atrás, se lo ha analizado a la luz del Derecho de la Competencia.

El presente trabajo pretende analizar cierto ilícito informático, su problemática y efecto dentro del marco de Derecho de la Competencia ecuatoriano.

ABSTRACT

The Antitrust Law is a field of Law that that even because of its importance and economical transcendent. It appeared in our country at the beginning of 2008. For this reason, the rules and customs referring to this subject have not being as analyzed and developed as the other subjects of law, especially with the newest fields in law that have born with the globalization phenomena and the new production factors.

With the growth of the industrial and society development, technology became one of the most important and essential tools, which was a privilege for a few people and the desire of all the population at its beginnings. Undoubtedly, technology has become an essential role in the economy, for this reason, a need to regulate this instrument through the use of intellectual property and penal branches for the misuses was the best option, and depending of the impact of the damages caused the Antitrust Law is used.

This work tries to analyze the illegal actions of informatics, its origins and effects in the Antitrust Law in Ecuador.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. DERECHO DE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL	4
1.1 Libre Competencia.....	4
1.2 Bien jurídico protegido dentro del Derecho de la Competencia	8
1.3 Concepción de Derecho de la Competencia.....	12
1.3.1 Abuso de posición dominante	19
1.3.2 Ayudas públicas	22
1.3.3 Concentraciones económicas	25
1.4 Concepción de Mercado desde la órbita del Derecho de la Competencia.....	28
1.4.1 Concepto de mercado desde una noción abstracta.....	29
1.4.2 Concepto de mercado relevante	29
1.4.2.1 Mercado de producto o servicio	31
1.4.2.2 Mercado geográfico.....	32
1.4.2.3 Mercado temporal	33
1.4.2.4 Reglas	35
1.5 Concepto de bienestar económico en general	39
1.6 Referencia Constitucional aplicable dentro del derecho de la Competencia.....	41
1.7 Relación de los acuerdos y prácticas restrictivas dentro del Derecho de la Competencia	44
1.7.1 Conceptos	44
1.7.1.1 Acuerdos restrictivos	44
1.7.1.2 Prácticas u actos restrictivos.....	45
1.7.2 Relación entre acuerdos y prácticas restrictivas.....	46
1.7.3 Diferencias	47
1.8 Semejanzas y diferencias entre Derecho de la Competencia y Competencia Desleal.....	47
1.8.1 Semejanzas	48
1.8.2 Diferencias	50
2. TAMPERING O DATA DIDDLEING	55
2.1 Definición del Tampering o Data Diddleing.....	57
2.2 Tampering o Data Diddleing a la luz del Derecho Comparado	60

2.2.1	Figura del Tampering o Data Diddling instituida dentro de la legislación Chilena	60
2.2.2	Figura del Tampering o Data Diddling acogida dentro de la legislación Española.....	61
2.2.3	Figura del Tampering o Data Diddling establecida dentro de la legislación estadounidense	63
2.2.4	Figura del Tampering o Data Diddling acogida por la Organización Mundial de Las Naciones Unidas (ONU).....	65
2.2.5	Características Comunes (Tabla Comparativa).....	66
2.3	Tipos ejemplificativos y cotidianos de ataque de Tampering o Data Diddling.....	67
2.3.1	Bombas lógicas.....	67
2.3.2	Virus	68
2.3.3	Caballo de Troya “Troyanos”	69
2.3.4	Gusanos.....	70
2.4	Bienes Jurídicos vulnerados por medio de la práctica del Tampering o Data Diddling	70
2.5	Breve síntesis del Tampering o Data Diddling a la luz de la legislación ecuatoriana	74
2.5.1	El Tampering o Data Diddling dentro del Código Integral Penal.....	74
2.5.2	Insuficiencia de la norma penal referente al Tampering o Data Diddling.....	75
3.	TAMPERING O DATA DIDDLE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	78
3.1	Resumen general del caso legal estadounidense United States v. McLemore, 792 F. Supp. 96 (1992).....	79
3.2	Tampering o Data Diddling como Competencia Desleal Agravada (aplicado al caso legal estadounidense 792 F. Supp. 96 (1992))	84
3.2.1	Tampering o Data Diddling como Competencia Desleal Agravado por violación a derechos de Propiedad Intelectual, y a los intereses de los consumidores y el sistema competitivo.....	90
3.2.2	Elementos constitutivos del acto de competencia desleal agravado.....	92
3.2.2.1	Incidencia del acto de competencia desleal agravado en la buena fe objetiva	95
3.2.2.2	Acto de competencia desleal agravado contrario a los usos y costumbres del mercado	99

3.2.3	Tipo de acto de competencia desleal agravado en el que recae el caso legal estadounidense 792 F. Supp. 96 (1992).....	101
3.2.3.1	Acto de engaño	102
3.2.3.2	Violación de norma.....	105
3.3	Tampering o Data Diddling como Competencia Desleal Agravada y vulneración al Derecho de la Competencia (aplicado al caso legal estadounidense 792 F. Supp. 96 (1992))	108
3.3.1	Tampering o Data Diddling como atentado a la eficiencia económica.....	110
3.3.2	Afectación al bienestar de los consumidores a través del Tampering o Data Diddling como acto de competencia desleal agravado y por ello como Acto anticompetitivo	128
4.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	130
4.1	Conclusiones.....	130
4.2	Recomendaciones	132
	REFERENCIAS.....	133
	ANEXOS	140

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Escala de beneficios por diversificación tecnológica.....	77
Figura 2: Pregunta 1. Consumidor.....	115
Figura 3: Pregunta 1. Comerciante.....	116
Figura 4: Pregunta 2. Consumidor.....	118
Figura 5: Pregunta 2. Comerciante.....	119
Figura 6: Pregunta 3. Consumidor.....	120
Figura 7: Pregunta 3. Comerciante.....	121
Figura 8: Pregunta 4. Consumidor.....	123
Figura 9: Pregunta 4. Comerciante.....	124
Figura 10: Pregunta 5. Consumidor.....	126
Figura 11: Pregunta 5. Comerciante.....	127

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Características comunes aplicables al Tampering o Data Diddling	66
Tabla 2: Pregunta 1. Consumidor	115
Tabla 3: Pregunta 1. Comerciante	116
Tabla 4: Pregunta 2. Consumidor	118
Tabla 5: Pregunta 2. Comerciante	119
Tabla 6: Pregunta 3. Consumidor	120
Tabla 7: Pregunta 3. Comerciante	121
Tabla 8: Pregunta 4. Consumidor	123
Tabla 9: Pregunta 4. Comerciante	124
Tabla 10: Pregunta 5. Consumidor	126
Tabla 11: Pregunta 5. Comerciante	127

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia hemos podido observar que las empresas, empresarios privados, comerciantes y demás operadores económicos, tienen por finalidad conseguir dos objetivos primordiales: el primero de ellos es liderar un mercado, ser el principal oferente del mismo o simplemente tener una estructura superior ante los demás competidores; y, el segundo, consiste en que sus productos o servicios tengan un óptimo desarrollo y potencial posicionamiento en el mercado.

Para llegar a conseguir dichos objetivos, los operadores económicos no siempre han actuado respetando la ética empresarial o el beneficio de sus clientes, consumidores o potenciales clientes, que son quienes fomentan que su giro de negocio prospere, y éste llegue a alcanzar las metas planteadas. Por el contrario, diversos operadores económicos han optado por valerse de su infraestructura, su poder económico y su dominio en los diversos mercados para poder eliminar a su competencia, sus futuros y potenciales competidores y no depender de los consumidores o clientes quienes le otorgaran poder y aprobarán la credibilidad del operador dentro de los diversos mercados.

La sociedad, los diversos Estados y gobiernos al observar los abusos en que han incurrido ciertos operadores, y al concebir que el uso del “espíritu egoísta del comercio” (Moreno, 2010, p. 225) han reducido los valores inherentes dentro de los mercados; han visto la necesidad de crear o regular una normativa que minimice éste “espíritu egoísta del comercio” y en un futuro mediato o inmediato se elimine éste paradigma, consiguiendo con ello fortalecer la órbita comercial en diversos mercados, fomentar el comercio justo, conseguir una justa redistribución de la riqueza y fundamentalmente velar por la existencia de un mercado competitivo, en el que el desarrollo de las personas y la innovación sean el eje potencial que eleve los estándares de producción de bienes o servicios por parte de los competidores, y por ende los consumidores se encuentren en la posibilidad de acceder a bienes y servicios

de óptimas condiciones a cambio de precios justos y con ello conseguir una eficiencia económica y un apropiado desarrollo económico en los diversos mercados.

Frente a estas necesidades y con la finalidad de regular el tráfico económico y evitar abusos de los operadores económicos como derecho de corrección económica apareció el Derecho de la Competencia y el Derecho de Competencia Desleal, entre otras normas.

En sus inicios el Derecho de la Competencia se originó en Estados Unidos con los llamados *trust* de comercio, que ahora los conocemos como carteles, la normativa jurídica que positivizó y por lo cual nació ésta rama del Derecho fue la “Sherman Act.”, ésta norma a pesar que en sus inicios entró a restringir acuerdos anticompetitivos y controlar monopolios, sirvió como base fundamental, así como también la “Clayton Act.” y “Federal Trade Commission” para que diversas legislaciones que carecían de fundamento jurídico para proteger el Derecho Comercial y concurrencial adopten por hacerlo, tomando como base éstos cuerpos normativos.

Ecuador adopta como punto de partida normativo referente al Derecho de la Competencia la “Decisión 608” de la CAN (Comunidad Andina de Naciones), promulgada por la Comisión de la Comunidad Andina, luego de ello la “Decisión 616” de la CAN, y posteriormente a ello Ecuador en el ejercicio de sus facultades dictó el Decreto Ejecutivo 1614 y luego la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para proteger su mercado interno y precautelar por un comercio justo y en igualdad de condiciones. Esta Ley pese a su gran importancia aparece el 13 de Octubre del 2011.

Por lo expuesto dentro del presente trabajo, como punto de partida se analizará al Derecho de Competencia Desleal y Derecho de la Competencia, sus similitudes y diferencias a través del análisis doctrinario; luego de ello, considerando que actualmente nos encontramos en la sociedad de la

información, donde el impacto de la tecnología es tan importante y trascendente que la sociedad depende de ella para su desarrollo, se analizará la concepción del ilícito informático denominado Tampering o Data Diddling mediante análisis normativos, doctrinarios y deductivos, así como análisis comparativos con otros ordenamientos jurídicos que permitan demostrar la esencia, cotidianidad e influencia del ilícito en la sociedad actual. Una vez comprendido el ilícito informático pertinente, se analizará si el mismo puede llegar a considerarse una conducta o práctica ilegítima al amparo de los presupuestos de competencia desleal y competencia desleal agravada, para lo cual se abordarán estudios comparativos de casos similares dados en otros países, que acompañados del método doctrinario y deductivo permitan desarrollar este trabajo.

1. CAPÍTULO I. DERECHO DE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL

1.1 LIBRE COMPETENCIA

Desde sus orígenes más remotos los seres humanos siempre nos hemos encontrado en la necesidad de competir, siendo innato a nuestra naturaleza, luchar, contender y rivalizar para poder llegar a conseguir una meta o un objetivo en común, pero he aquí el dilema: ¿Hasta qué punto logramos concebir el significado de “competir”? ¿Qué se entiende por competir dentro del ámbito jurídico? Y ¿Qué gran importancia tiene la competencia dentro del ámbito económico-jurídico para que se convierta en una rama autónoma e independiente dentro del Derecho?

En respuesta a las preguntas planteadas, es menester destacar lo que nos establece Guillermo Cabanellas de la Torre respecto al concepto genérico sobre competencia, quien señala que competencia es la “Oposición, rivalidad; sobre todo en el comercio y la industria” (Cabanellas de la Torre, 2008, p. 76).

Este concepto permite tener percepciones diversas acerca de la concepción de competencia. Primero determina que competencia significa una oposición o rivalidad, por lo que, hace referencia a una contienda en la que se pone en disputa ciertos conocimientos, o aptitudes para lograr conseguir un fin predeterminado, luego alude el hecho que la competencia se encuentra inmersa en el comercio y la industria. En tal sentido, se refiere a comerciantes que participan en ciertas plazas y se dedican a la negociación de bienes o servicios a cambio de obtener un fin de lucro, es decir una retribución económica por su labor.

Se inferir por consiguiente, que competencia, es toda contienda económica en la que se ponen en disputa ciertos factores como conocimientos o aptitudes, mediante las cuales operadores económicos realizan para poder comercializar

sus productos o prestar sus servicios y con ello conseguir un rédito económico y, alcanzar un fin determinado dentro de cierta plaza comercial.

El derecho de Libertad de Empresa consolidado normativamente con la Revolución Francesa (en 1789) fomentaba el derecho de igualdad ante la ley, y el reconocimiento de libertad. En tal razón, “la libertad de empresa comprende la libertad para la creación, conservación, protección, ejercicio, transmisión y extinción de la empresa. Específicamente, dentro de la libertad de ejercicio de la empresa se halla la de organizarla y la de competir” (Troya & Grijalva, 2003, pp. 13, 14); en concordancia de ello el Dr. Víctor Cevallos Vásquez expresa que la libertad de empresa abarca libertad de creación de empresas, eligiendo el tipo o modalidad jurídica, libertad en la forma de ejercicio de la labor empresarial; y, libertad para concluir la actividad empresarial (Cevallos, 2001, p. 18).

La libertad en todos sus ámbitos, que poseen tanto los empresarios, como las empresas, se sujetan tanto a facultades de obrar como a facultades de no obrar. Empero, dentro del concepto de libertad, obrar de cierta manera o no obrar, implica cierto grado de responsabilidad, en base a ello, partiendo de la máxima universal que “no existe una libertad absoluta” y “el ejercicio de la libertad termina cuando se invade el de otro”, el derecho de libre empresa o libertad empresarial está delimitado de tal modo que la libertad de empresa está en cumplimiento de las funciones sociales, económicas y ambientales y a normas tales como el Derecho de la Competencia; el Derecho Penal, Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho del Consumidor, de Competencia Desleal, entre otros.

Una vez delimitado el derecho de libertad empresarial, que cabe recalcar se lo seguirá desmenuzando a continuación puesto el mismo se activa conjuntamente con el derecho de competir, ya que si bien son figuras diferentes, son complementarias entre sí y ambas son elementos básicos en el ejercicio de la Libre Competencia. Por consiguiente, como resultado de la

“Revolución francesa se consagró el derecho a participar en el mercado y a competir” (Bercovitz, 2014, p. 299); éste precepto se hacía efectivo por medio del ejercicio de la libertad de empresa, sin embargo, es a partir de éste momento histórico que se vincula al derecho de libertad de empresa con el derecho de competir.

Una gran dificultad que se producía a partir de éste acontecimiento es el hecho que como casi todo derecho subjetivo, podía ser renunciable o bien podía no ser ejercido por los operadores económicos. En respuesta a dicho conflicto, el Derecho de la Competencia occidental, del cual proviene el Derecho de la Competencia ecuatoriano, rescata como punto referencial para más luego desarrollarlo, modificarlo y adaptarlo a la realidad económica de la era contemporánea, la filosofía sostenida en el Derecho Antitrust, que manifiesta que los operadores económicos no sólo tienen el derecho a competir sino la obligación de hacerlo.

La naturaleza dual de la Libre Competencia “no se trata del liberalismo decimonónico de la Revolución Francesa, consistente en la libertad de industria y comercio, sino de proteger el derecho a competir libremente en el mercado” (Pérez, 2011, pp. 30- 31). Es decir, el derecho de competir y libertad de empresa además de ser conexos, tienen una doble naturaleza originada por la Revolución Francesa, en la cual se tenía como eje fundamental la facultad de obrar en el mercado por parte de los agentes de comercio, con el fin de conseguir una protección al derecho de competir ejercido a través del derecho de libertad de empresa.

El ejercicio del derecho de competir y libertad de empresa inmersos en la concepción de Libre Competencia, implican la obligación de competir. En observancia de ello, se podría decir que:

“Una visión moderna de la libertad de empresa y de la de competencia incluida en ella, las conceptúa ya no como derechos subjetivos absolutos,

es decir como derechos individuales que se oponen al Estado para proteger intereses particulares, sino como un derecho de segunda generación, un derecho social y económico del cual son titulares no solo los empresarios sino cualquier ciudadano en cuanto tiene el potencial y el derecho de acceder al mercado.” (Troya & Grijalva, 2003, p. 14).

En consideración a ésta cita, en el Derecho de la Competencia, la libertad de empresa no es un derecho absoluto sino más bien relativo, delimitado al cumplimiento de la obligación de competir leal y legalmente en un mercado y proteger a los actuales y potenciales partícipes del mismo.

El derecho de libertad de empresa ejercido a través de la autonomía de la voluntad de los operadores económicos, y sus derechos conexos llegan a ser concebidos “ya no como absolutos sino como relativos, sujetos al cumplimiento de funciones sociales, ambientales, y de bien común”. (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 22) Por consiguiente, éste derecho debe ser ejercido cumpliendo funciones sociales y ambientales, precautelándose que en todo momento se consiga un bien común.

Una vez analizadas y ubicadas las funciones económico-jurídicas que representan la Libre Competencia en el actual sistema social de mercado, es crucial entrar a definir Libre Competencia, para lo cual, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) peruano indica que Libre Competencia:

“... es el resultado de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente y calidad de los productos, sin que en esas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo” (INDECOPI, 1997, p. 7)

El autor William García Machmar coincide con ésta postura al determinar que:

“Se define a la libre competencia como aquella situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen y demandan bienes o servicios similares, es decir, sustituibles entre sí, sin que ninguno tenga poder por sí solo para influir en el precio de dichos bienes o servicios.” (García, 2010, pp. 32-33).

De las citas previamente mencionadas, se concibe a la Libre Competencia como aquel sistema por medio del cual los operadores económicos, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, ponen a disposición del mercado bienes y servicios de naturaleza análoga, capaces de ser sustituibles entre sí, y a su vez, consumidores y usuarios, adquieran dichos bienes y servicios, mediante el libre ejercicio de su facultad de elección, en un mercado regulado por la oferta y la demanda en donde independientemente de las situaciones intrínsecas al mismo mercado, los agentes económicos carezcan del poder de influir en él.

La Libre Competencia “se orienta también hacia el bienestar de los consumidores y/o hacia las exigencias de la economía en general; es decir, una libertad de competencia orientada hacia el interés público” (Vicano, 1995, p. 203). Por consiguiente, dentro de la concepción de Libre Competencia, elementos como el bienestar de los consumidores y las exigencias económicas son factores a ser protegidos, puesto que promueven el interés público dentro del estudio del Derecho de la Competencia.

1.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DENTRO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La competencia tiene como bien jurídico “a tutelar y defender desde una doble vertiente: desde la libertad y desde la lealtad” (Soto, 1999, p. 69). En éste estricto sentido existe un mecanismo dual y diferente de protección, el primero

de ellos desde un sentido de libertad, es decir desde la concepción de Libre Competencia, que a su vez es el objeto de estudio en del presente punto, y el segundo desde una perspectiva de lealtad empresarial dentro de un mercado. Ésta noción demuestra la ambigüedad en que cae la normativa interna de Derecho de la Competencia dentro de nuestro país, al incluir a la Competencia Desleal dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la cual busca resguardar el sistema de Libre Competencia.

Una vez individualizado el objeto de estudio dentro del presente punto, así como también comprendida la concepción de Libre Competencia; es menester resaltar que los operadores económicos pueden obtener ventajas competitivas por diversas razones o sucesos en particular, siendo varias de ellas la diversificación de los bienes o servicios, el esfuerzo en la creatividad e innovación productiva de los mismos, el uso adecuado de herramientas tecnológicas, entre varios factores más. Sin embargo, ésta corriente se fragmenta por eventuales acontecimientos ajenos al tráfico económico, así como por situaciones ajenas a cada mercado en particular.

En respuesta de ello, el bien jurídico que se protege dentro de ésta rama del Derecho, es el bienestar de la sociedad, y específicamente vendría a ser un interés común para los partícipes de un mercado determinado. La legislación de libre competencia española, la cual es base de la nuestra “protege un interés público y, desde luego, protege también a los consumidores” (Bercovitz, 2014, p. 300).

En el sistema de Libre Competencia, modelo adoptado por nuestro sistema económico actual, protege un interés público, y además de ello protege preponderantemente a los consumidores, quienes por encontrarse en situación de desventaja ante las decisiones y acciones de los operadores económicos se ven en desventaja no sólo dentro de la cadena de consumo, sino también dentro de la cadena de producción, y dentro de la economía social de mercado.

Dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en Ecuador, “el bien jurídico a tutelar de ésta ley es el interés general o público, denominado también en la doctrina como el interés económico general, y la protección de los consumidores.” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 57).

El Derecho de la Competencia a igual que otras ramas del Derecho cumplen fines específicos y objetivos determinados. William García Machmar determina que los objetivos del Derecho de la Libre Competencia son:

- “a) Proteger el bienestar de los consumidores;
- b) Promover una asignación eficiente de los recursos, y
- c) Proteger el proceso competitivo.” (García, 2010, p. 25)

De conformidad con la cita previamente mencionada, los tres objetivos bases en el Derecho de la Competencia, protegen el modelo económico adoptado en la actualidad.

Además de ello, el autor desarrolla cada una de éstas categorías, y determina que todas estas tienen su razón de ser, de tal modo que, el bienestar de los consumidores responde a que “mayores grados de competencia están asociados a mayor calidad de los productos y precios bajos” (García, 2010, p. 26), es decir que mientras mayor competencia exista dentro de un mercado, los operadores económicos ofertarán bienes y servicios de mejor calidad y a bajos precios, en segundo lugar, determina que el derecho de la libre competencia promueve la eficiencia; eficiencia que tendrá un gran impacto dentro de la concepción de bienestar económico en general, y será objeto de estudio dentro del punto 1.5 del presente trabajo.

En tercer lugar el autor menciona que el proceso competitivo conduce a un eficiencia del proceso productivo “impidiendo que en alguna parte de la cadena productiva existan conductas de los agentes económicos que entorpezcan el desempeño y actividad del resto de los agentes” (García, 2010, p. 26). Éste

último punto hace referencia al hecho de prevenir, corregir y sancionar a los agentes económicos que distorsionen el sistema competitivo promueve la existencia de una eficiencia productiva, y a más de ello la eficiencia dentro de los diversos mercados.

La normativa orientada a la protección y fomento de la Libre Competencia tiene por fin regular el Mercado pues, “el mercado ha evolucionado de un estado gremial que imponía sus propias reglas a un mercado libre en donde el consumidor y el sistema competitivo como tal, deben ser protegidos” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 23), en este sentido es pues que conforme al desarrollo y evolución de los mercados, la economía se va asociando y organizando cada vez más, y los factores internos que participan en él, van adquiriendo mayor importancia y protección.

Al colocar a los diversos agentes y factores del mercado, como bienes jurídicos a proteger puede mal interpretarse la norma protectora de la Libre Competencia, ya que los sujetos partícipes de un mercado posiblemente creerán que a través de los órganos protectores de la Libre Competencia podrán sancionarse a diversos operadores económicos que incurrieren dentro de toda violación acogida en el ordenamiento jurídico del Derecho de la Competencia, así como en ordenamientos jurídicos similares donde los bienes jurídicos a tutelar sean los mismos que uno de los bienes jurídicos protegidos dentro del Derecho de la Competencia.

En efecto, éstos conceptos son errados, puesto que dentro del aparatage jurídico de Libre Competencia conforme se conoció anteriormente, se protege un interés público, en el que se tiene como función promover la Libre Competencia así como garantizar la misma, y todos los factores e intereses inmersos en ella, tales como el bienestar de los consumidores, el bienestar económico en general y el modelo competitivo, protegiendo de ésta manera, en calidad de bien jurídico protegido a tutelar el modelo económico vigente, que acorde con lo mencionado en el capítulo anterior vendría a ser la economía de mercado o economía social de mercado.

Al dotarle al modelo económico actual la calidad de bien jurídico protegido, considerando el mismo se encuentra basado en el sistema de Libre Competencia dónde participan productores o proveedores, es decir ofertantes, y consumidores, usuarios, en calidad de demandantes, dicha tutela les brinda seguridad a todos los partícipes del mercado. Por lo tanto, los consumidores y usuarios, así como los productores y consumidores se ven protegidos y respaldados de forma subsidiaria e indirecta al protegerse el modelo económico como bien jurídico.

Se puede concluir, que cuando un acto anticompetitivo no afecta el modelo económico, no será parte de estudio del Derecho de la Competencia. Por ejemplo, Un operador económico denuncia a otro en las oficinas del órgano de control de la Libre Competencia, en virtud de haber recurrido en un abuso de un derecho de propiedad intelectual, o un consumidor denuncia a un operador económico ante el órgano de control de la Libre Competencia, una presunta violación a los derechos del consumidor. Éstas denuncias en el evento de que no vulneraren el bien jurídico protegido dentro del Derecho de la Competencia, serán denegadas y los órganos de control de la Libre Competencia se abstendrán de su tramitación y declinarán su competencia.

1.3 CONCEPCIÓN DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia es una norma propia de protección del modelo de economía social de mercado. En este contexto,

“El derecho de la competencia constituye un instrumento más de la política económica y comercial de un Estado, mientras que en el plano de las libertades individuales constituye un mecanismo de protección del derecho constitucional de “defensa del consumidor”, frente a los diferentes agentes económicos.” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 37)

El Derecho de la Competencia protege el “modelo económico” y por ello corrige las actuaciones ilícitas de operadores económicos siendo el Derecho de corrección del tráfico económico, que busca preservar, tutelar, proteger el modelo económico y con ello conseguir un modelo beneficioso para la sociedad y salvaguardar el precepto constitucional de conseguir una justa redistribución de la riqueza, precautelando una libertad de competencia, un comercio justo y una justa asignación de recursos.

El Derecho de la Competencia por su parte se enfoca en “garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo aquel ataque contrario al interés público, siendo así mismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas” (Pagador, Vela, Font, & Miranda, 2005, p. 60). En tal sentido, el Derecho de la Competencia pretende garantizar la existencia de una justa, sana y equitativa competencia, salvaguardando de ésta manera el interés público, y conseguir un ambiente de bienestar en general, tanto de productores como de consumidores.

Si bien al determinar que dentro de ésta rama del Derecho se garantiza y promueve un interés público, así como se faculta a las autoridades de competencia la posibilidad de sancionar todo ataque contrario a la libre competencia y a todos los factores inmersos en ella; cierta parte de la doctrina induce a presuponer que dicha rama del Derecho, proviene del Derecho Público, sin embargo, éste precepto es inexacto ya que a pesar de que proviene del Derecho Público también desciende y conserva aspectos del Derecho Mercantil y por ende del Derecho Privado, es por ello, que la naturaleza jurídica del Derecho de la Competencia es preponderantemente pública.

Tanto el Derecho del Consumidor así como el Derecho de Competencia Desleal tienen caracteres similares al Derecho de la Competencia. Por ejemplo, los tres aunque son diferentes buscan corregir las actuaciones de

operadores económicos. Sin embargo la autonomía de la rama objeto de estudio presenta características fundamentales que convierten al Derecho de la Competencia como una rama autónoma, manteniendo a éstas dos ramas como vinculadas.

El Derecho de la Competencia se vincula al Derecho del Consumidor en virtud de que ambos conciben al ser humano como sujeto y fin de la economía, y parten de la ideología de proteger al consumidor, quien es la parte más débil en las relaciones comerciales, sin embargo, la diferencia entre éstas dos ramas radica en sus objetos de estudio y el bien jurídico tutelado en ambos. Es así que el Derecho de la Competencia tiene como objeto de protección el mercado y sus operadores, y su bien jurídico protegido es el modelo económico; mientras que, el Derecho del Consumidor tiene como objeto de estudio las actuaciones incorrectas dirigidas en contra del consumidor, y su bien jurídico es el consumidor individualmente considerado.

El Derecho de Propiedad Intelectual por su parte, al igual que el Derecho de la Competencia buscan la innovación en los diferentes mercados; sin embargo, la diferencia entre ambos se fundamenta en que El Derecho de Propiedad Intelectual confiere derechos de exclusividad con el objetivo de buscar incentivos a la creatividad e invención, además de otorgar cierta exclusividad e identificación de algunos productos o servicios, mientras que el Derecho de la Competencia pone limite al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

En virtud de lo previamente mencionado,

“.. el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual confiere a su titular una posición monopolística respecto al producto de un bien protegido y la finalidad del Derecho de defensa de la competencia es, precisamente, promover la existencia de mercados abiertos y constreñir el ejercicio del poder de mercado” (Herrero, 2005, p. 62).

Ésta cita demuestra que el Derecho de Propiedad Intelectual confiere derechos monopolísticos y de exclusividad a sus titulares, mientras que el Derecho de la Competencia busca promover la libre competencia, y controlar los actos que puedan vulnerar la misma, incluidos los actos de propiedad intelectual. El Derecho de la Competencia pone límite a abusos de derechos de propiedad intelectual, en tal sentido es menester determinar que “las normas en materia de competencia devienen aplicables cuando el titular del derecho intenta prevalecerse de su posición de privilegio, utilizándola para reforzar o extender su poder de mercado a través de medios anticompetitivos” (Herrero, 2005, pp. 71-72).

Cuando existen abusos de derechos de Propiedad Intelectual que devenguen actos anticompetitivos y contrarios al Derecho de Competencia, el ordenamiento jurídico aplicable para sancionar éstos hechos será la normativa correspondiente al Derecho de la Competencia. Sin embargo, el Derecho de la Competencia exclusivamente se activará para asegurar la vigencia de una competencia suficiente y eliminar los ataques anticompetitivos que se devengaren por dichos abusos de propiedad intelectual, que a su vez, afecten al mercado, a sus partícipes y a la eficiencia económica.

“La mera titularidad de un derecho de propiedad intelectual no confiere un poder de mercado” (Herrero, 2005, p. 73), y por lo tanto, el goce de dicho derecho no acarrea ningún tipo de sanción por parte de la normativa referente al Derecho de la Competencia, ya que lo que sanciona dicho ordenamiento es el abuso de dicho derecho.

En el Derecho de la Competencia a diferencia del Derecho Penal, los ilícitos analizados pueden como no devenir de una conducta dolosa para que sean objeto de corrección por medio de las normas de Libre Competencia, así también, los ilícitos perseguidos dentro del Derecho de la Competencia son ejemplificativos, por consiguiente a diferencia del Derecho Penal su tipicidad no es un factor que impida que los actos concurrenciales por más innovadores o

atípicos que logren ser, puedan ser sancionados a través de la normativa de Derecho de la Competencia.

El Derecho de la Competencia se encuentra basado en el sistema de Libre Competencia, es por ello, que muchos autores tienden a asociar o a concebir a la Libre Competencia como el ordenamiento jurídico de la misma, en tal sentido “el derecho de la libre competencia es una rama del derecho público económico que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas comerciales anticompetitivas y creando las condiciones para intercambios suficientes.” (García, 2010, p. 24). Sin embargo, como se ha visto anteriormente, el ordenamiento jurídico de la libre competencia es el Derecho de la Competencia, por lo que a la definición previamente citada es crucial reemplazar el derecho de libre competencia por el Derecho de la Competencia.

Para poder llegar a una definición clara de lo que abarca y significa Derecho de la Competencia, el Dr. Víctor Cevallos Vásquez expresa que ésta rama:

“... regula la participación de los proveedores o empresarios en un plano de libertad, utilizando su iniciativa y todos los medios e intelectuales, para disputarse lícitamente un mercado o un segmento de él, de acuerdo a las ofertas respecto a la calidad, precio, condiciones de los bienes o servicios; teniendo como contrapartida la libertad de elección u opción de los consumidores, en consideración a las bondades de las ofertas o peticiones” (Cevallos, 2001, pp. 20-21)

En virtud de las citas previamente mencionadas, el Derecho de la Competencia es una rama preponderantemente pública, la cual tiene como objetivo garantizar, regular y promover la libre competencia, proteger el mercado y sus participantes, y sancionar aquellas prácticas comerciales anticompetitivas que afecten el modelo económico, para con ello asegurar una competencia sana, eficiente y en igualdad de condiciones.

El Derecho de la Competencia por su autonomía disciplinaria, puede estudiarse y analizarse desde una perspectiva externa e interna, en tal virtud, por “fuera establece el orden concurrencial del mercado; y por dentro, ejerce una función reestructurante y reordenadora del más moderno Derecho mercantil.” (Font & Miranda, 2005, p. 12), es decir que externamente puede estudiárselo como un ordenamiento jurídico regulador del mercado, e internamente como un ordenamiento jurídico interventor, supervisor y fiscalizador del Derecho Mercantil actual y moderno.

Una vez comprendido el concepto de Derecho de la Competencia, se debe iniciar con determinar la clasificación de las figuras genéricas que son objeto de análisis y sanción dentro de ésta rama del Derecho, para lo cual la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que es el ordenamiento jurídico interno en Ecuador referente al Derecho de la Competencia menciona lo siguiente:

“Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 1, 2011)

Dicho ordenamiento jurídico recoge 4 elementos que son objeto de análisis en materia de Derecho de competencia: El abuso de poder de mercado; los acuerdos colusorios o prácticas restrictivas, las concentraciones económicas y las prácticas desleales. La doctrina, diferentes legislaciones, así como la jurisprudencia separan a la Competencia Desleal del Derecho de la

Competencia, en virtud de que la Competencia Desleal es una rama autónoma que puede llegar a tener conexiones con el Derecho de Competencia pero que no por ello es parte de dicho ordenamiento jurídico.

Acorde a lo mencionado, dentro del presente trabajo se deslindará a la Competencia Desleal como parte de la clasificación de los grandes capítulos abordados dentro del Derecho de la Competencia, puesto que es una rama complementaria a la misma, y no es parte interna de su clasificación. A diferencia de nuestra legislación, “Existen bajo la L.D.C. (Ley de Defensa de la Competencia de Argentina), tres figuras básicas de conductas punibles: los actos o conductas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante y las concentraciones económicas restrictivas de la competencia.” (Cabanellas de las Cuevas, 2005, p. 222).

El Derecho de la Competencia dependiendo de su origen y desenvolvimiento económicos recoge ciertas figuras concurrenciales principales, que como se vio previamente, y nos aclaró el Dr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas son el abuso de posición dominante, las prácticas restrictivas o colusorias y las concentraciones económicas. Sin embargo, nuestra legislación así como la legislación española y varias más, además de estas tres figuras, acogen a las “ayudas públicas” como una cuarta figura que tiene la misma importancia de estudio que las anteriores, por ello la doctrina ecuatoriana señala que:

“El ámbito del derecho de Defensa de la Competencia o regulación y control de poder de mercado incluye, fundamentalmente, cuatro grandes temas:

- a) La calificación de concentraciones económicas;
- b) La regulación y sanción de actuaciones indebidas de mercado, como practicas colusorias prohibidas;
- c) El abuso de posición dominante; y
- d) Ayudas públicas.” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 37)

Una vez demostrada la clasificación de las figuras principales objeto de estudio por parte del Derecho de la Competencia, se debe entrar a estudiar cada una de ellas. No obstante, considerando que dentro del presente trabajo únicamente tienen cierta relevancia el abuso de posición dominante y los actos o prácticas colusorias; las demás figuras se las definirán y abordarán brevemente, para darles mayor importancia a las figuras mencionadas inicialmente. Por lo tanto, a pesar que se dará exclusivamente una definición de posición dominante, ésta noción será objeto de estudio a lo largo de todo el presente trabajo, mientras que los actos o prácticas colusorias serán objeto de estudio en puntos subsiguientes a los que se mencionarán a continuación.

1.3.1 Abuso de posición dominante

Previo a estudiar éste ilícito es necesario recalcar que el abuso de poder de mercado, abuso de posición dominante y el abuso de posición monopólica son parte de la misma categoría con diferente denominación. Una vez aclarado éste particular, “el poder de mercado, de monopolio o posición dominante se define como la aptitud de una empresa o de un grupo de empresas para aumentar y mantener sus precios por encima del nivel de competencia” (García, 2010, p. 56); en éste estricto sentido, ésta categoría contempla como elemento esencial la aptitud de uno o varios operadores económicos en su conjunto, de alterar o mantener, de una manera desproporcional, los precios de ciertos bienes y servicios, sin depender de su competencia.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por su parte, dentro del concepto de poder de mercado, brinda un concepto genérico aplicable para la presente figura, al determinar que:

“Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus

competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. (...)” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 7, 2011)

Acorde a lo determinado dentro de nuestra legislación, el concepto de Poder de Mercado tiende a ser sumamente general, para que cualquier ilícito se adapte dentro de la norma general prohibitiva contemplada bajo los presupuestos constitutivos del Poder de Mercado.

La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, la cual es de aplicación directa dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno determina en su parte medular que

“Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.” (Decisión 608, art. 9, 2005)

Dicho artículo ratifica que la posición de dominio es una aptitud que poseen los operadores económicos para individual o conjuntamente, poder influir de manera significativa dentro de cierto mercado, sin depender de ningún factor adicional inmerso en el modelo económico, y por ende dentro de dicho mercado, además ambos cuerpos normativos sostienen en su parte medular, que para la valorización de una posición dominante, los demás operadores inmersos dentro de dicho mercado relevante, deben encontrarse ante la imposibilidad de revertir dicho acto y afectación.

Para que ésta subcategoría sea objeto de análisis dentro del ámbito competencial se requiere que cumplan dos elementos: “la independencia de

comportamiento con respecto de los competidores y la capacidad de eliminar la competencia efectiva” (Ortiz, Maíllo, Ibáñez, & Lamadrid de Pablo, 2008, p. 150). Un tercer elemento que debe identificarse dentro de éste análisis es la imposibilidad de contrarrestar la conducta o acto anticompetitivo por parte de los competidores de dicho mercado.

Para determinar la existencia de una posición dominante, se requiere, que exista una independencia al realizar un acto concurrencial y segundo, la posibilidad de que el o los operadores económicos que ostenten dicha posición puedan sustraer a sus competidores del mercado.

Para el Derecho de la Competencia la existencia u obtención de poder de mercado o posición dominante por parte de uno o varios operadores económicos si bien implican una necesidad de control y supervisión por posibles arbitrariedades que se pudieran derivar, no constituyen una infracción en el Derecho, y no se sancionará la mera tenencia de la misma. Únicamente se sancionara cuando el o los operadores económicos, abusen de ella o utilicen arbitrariamente dicho poder, para tener una mayor incidencia en el mercado, o situarse en una posición arbitrariamente beneficiosa.

El poder de mercado o posición dominante, a pesar de tener una serie de caracteres que hacen presumir que son conceptos idénticos, cada uno de estos elementos tiene un factor doctrinario que permite diferenciar uno de otro. La posición dominante puede adquirirse en dos circunstancias:

“... por parte de una persona o empresa individual (para lo cual se requiere que sea la única oferente o demandante o que, sin ser la única, no esté expuesta a una competencia sustancial) y a la posición dominante por parte de un grupo de personas o empresas (lo cual se da cuando no existe competencia efectiva entre ellas, ni sustancial por parte de terceros)” (Coloma, 1997, p. 6)

En referencia a la cita previamente expresada, se puede concebir que dentro de la noción de abuso de posición dominante, se requiere que sea ostentado por sólo un oferente dentro de un mercado, o que éste operador individual u operadores que operen de forma colectiva carezcan una competencia efectiva y significativa. En concordancia de ello, el Dr. Guillermo Cabanellas expresa que una posición dominante viene a configurarse cuando una empresa no sufre una competencia significativa en los ámbitos definidos por el artículo 4° de la L.D.C. (Ley de Defensa de la Competencia de Argentina, s.f.). (Cabanellas de Torres, 2008, p. 398)

La posición dominante por lo tanto abarca como factor esencial el hecho de que no exista una competencia sustancial dentro de un mercado, y es éste criterio el factor que lo diferencia del poder de mercado y la posición monopólica. En elocuencia a ello, el factor que diferencia al poder de mercado, consiste en que dentro de un mercado debe existir cierto grado de competencia, mismo que debe ser significativo, además que ésta categoría podrá “ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante” (Coloma, 1997, p. 7), ni en la posición monopólica, que a diferencia de las demás, tiene como factor diferenciador el hecho de que el operador económico que la posea, debe ser el único oferente dentro de un mercado.

1.3.2 Ayudas públicas

Las ayudas públicas se producen cuando el accionar del Estado incide en el desarrollo de cierto operador económico mediante un incentivo pecuniario. En virtud de ello, nuestro ordenamiento jurídico interno determina que “se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores.” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 29, 2011).

Dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado las ayudas públicas únicamente proceden en los casos previstos dentro del artículo 29 de dicho cuerpo legal. Empero, a través del Reglamento de dicha Ley se amplía la noción del mismo, al determinarse que:

“(…) se entenderá que constituye ayuda pública, la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que: (i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores. (…)” (Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 34, 2012).

Las ayudas públicas se producen cuando El Estado, facilita recursos públicos o presta cierto tipo de soporte a los operadores económicos, tanto del sector público como del sector privado, afectando de ésta manera el funcionamiento del sistema competitivo y otorgándole una posición privilegiada a dicho operador por factores ajenos al resultado de su actividad económica, no obstante, para que ésta figura no caiga en arbitrariedades deberá cumplir con fines sociales o públicos, o velar por el bienestar de los consumidores, además que deberá reflejar los motivos por la cual fue otorgada.

Las ayudas públicas al igual que la posición dominante, no son por sí mismas ilícitos objetos de corrección u sanción, puesto que, éstas ayudas públicas acorde lo determinado dentro del capítulo tercero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado deben cumplir con un proceso de notificación posterior a los quince días de haber sido otorgadas, para con ello prevenir que se susciten irregularidades concurrenciales al respecto, afecten a los competidores y consumidores, así como prevenir que la concesión de las mismas vulneren el bienestar social y provoquen una afectación a la eficiencia económica.

En concordancia con lo determinado en líneas anteriores, las ayudas públicas pueden otorgarse a través de las siguientes medidas:

“(…) mediante subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; exenciones o reducciones de impuestos a operadores económicos o categorías de operadores económicos; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte de la Administración; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores.” (Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 34 inc. 2, 2012).

Al respecto, la ayuda pública “se cumple cuando se transfiere fondos a una o varias empresas; con préstamos a un tipo de interés reducido o sin interés; mediante cesión de terrenos o maquinarias; con exoneración de tributos; financiando campañas publicitarias.” (Cevallos, 2001, p. 37). En base a ello, las ayudas públicas no necesariamente representan la transferencia de fondos por parte del Estado a los operadores económicos, ya que puede suscitarse también a través de la transferencia de dominio de bienes inmuebles, exoneración de tributos, entre otros aspectos relevantes.

Las ayudas públicas son un factor fundamental dentro del estudio y análisis del Derecho de la Competencia, puesto a que todo país, en especial el nuestro, tiende a subsidiar demasiados bienes y servicios, y por consiguiente, pueden recaer en irregularidades o contradicciones con la ley vigente, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica; llegando incluso a producir una mala inversión por parte del Estado. Por ejemplo el Doctor Víctor Cevallos señala que ésta ayuda pública se considera un ilícito competencial cuando se configuran los siguientes presupuestos:

- a) “Que se produzca una ayuda del Estado efectivamente;
- b) Que la ayuda favorezca a determinadas empresas;
- c) Que se falsee la competencia; y,
- d) Que la ayuda a las empresas y su comercio afecte a los estados miembros.” (Cevallos, 2001, p. 37)

En base a lo previamente mencionado, aquellas ayudas públicas objeto de sanción o modificación por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, deben cumplir los siguientes parámetros: a) Exista un desembolso de fondos públicos o una ayuda por parte del Estado al operador económico; b) Dicha ayuda perjudique a una parte de los operadores económicos de un mercado y beneficie a otra; c) Que dicha ayuda pública falsee, altere o modifique la competencia; d) Que la ayuda pública no refleje los fines económicos y sociales mediante los cuales fue motivada; y, e) Que la ayuda pública afecte el modelo económico, así como a los factores inmersos en él.

1.3.3 Concentraciones económicas

Otro gran capítulo dentro del Derecho de la Competencia son las Concentraciones Económicas, por lo cual

“(…) se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal

adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.

- d) La vinculación mediante administración común.
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 14, 2011).

En Concordancia con el artículo previamente mencionado, Alberto Bercovitz-Cano, determina que constituyen operaciones de Concentración económica “tanto la fusión de varias empresas (de varias sociedades) previamente independientes, como la toma de control estable de la totalidad o parte de una empresa” (Bercovitz, 2014, p. 350) así también, el mismo autor determina que también constituyen concentraciones económicas:

“... la creación de una empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta pase a desempeñar con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamentar o coordinar el comportamiento de empresas que continúen siendo independientes” (Bercovitz, 2014, p. 350)

En primera instancia, tanto la doctrina, como nuestro ordenamiento jurídico interno son compatibles. Ésta figura resulta de mayor aplicabilidad para sociedades mercantiles constituidas como personas jurídicas; en base a ello, se puede definir a una operación de Concentración Económica como aquel acto jurídico mediante el cual se produce una modificación a la figura jurídica adoptada por un operador económico o varios de ellos, con el objetivo de asumir una figura jurídica diferente a la que actualmente posee o poseen, que permita concentrar cierta parte del comercio de cierto bien o servicio.

En una concentración económica existe un cambio de una figura jurídica por la adopción de otra, en referencia a ello, los actos más comunes aplicables a éstos conceptos son las diversas figuras reestructuradoras para compañías mercantiles existentes dentro del Derecho Societario, las cuales consisten en: fusión simple, fusión por absorción, adquisición de paquetes accionarios y formación de compañías filiales; así mismo, mediante otros contratos mercantiles innovadores como por ejemplo el contrato de consorcio o joint venture pueden recaer en una operación de concentración económica.

La fusión simple es la unión de dos compañías mercantiles con el objetivo de formar una nueva; la fusión por absorción, se define como aquel acto mediante el cual una compañía grande o bien conservada absorbe a otra compañía no tan bien posesionada, para que la compañía absorbida deje de existir y toda su estructura pase a ser parte de la compañía que la absorbió, además de ello, entra dentro de ésta categoría las compañías filiales, que son aquellas compañías que tengan a otra compañía como propietaria de la mayor cantidad de su paquete accionario, así también, ésta figura está aplicada para las compañías Holding, las cuales son compañías tenedoras de acciones, las cuales pueden tener paquetes accionarios de cierto grupo económico. (Gallego, 2014, pp. 153-161)

Las concentraciones económicas no son prohibidas, ni sancionadas por el simple hecho de adoptárselas, ya que cada acto de concentración económica debe ceñirse al estudio de ciertos umbrales para determinar si la práctica impide el sistema competitivo, o implica un riesgo para la competencia y el bienestar económico en general, por ello, la legislación protectora de la libre competencia española predica que, únicamente serán objeto de una segunda investigación y sanción aquellas concentraciones que puedan "(...) obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional (...)" (Bercovitz, 2014, p. 352).

Para poder identificar qué operaciones de concentración económica deben ser sancionadas, éstas deben seguir un procedimiento especial de notificación de conformidad con lo determinado dentro del capítulo II sección 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como en la sección II del capítulo II del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, salvo las operaciones exentas de notificación. Una vez iniciado el proceso especial de notificación de una concentración económica, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, podrá aceptar, denegar o condicionar la misma.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el evento de que considerare que el acto de concentración pudiere afectar al modelo económico y a la eficiencia económica, podrá iniciar el procedimiento de investigación de la misma, y para medir el índice de concentración de dicho acto dentro del mercado, deberá utilizar el índice Herfindahl- Hirschman (HHI) determinado en el artículo 44 del título VI del Instructivo de sustanciación de procedimiento de investigación administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

1.4 CONCEPCIÓN DE MERCADO DESDE LA ÓRBITA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Dentro del presente trabajo se ha abordado reiteradas veces al mercado, ya que el mismo es el principal objeto de estudio en el Derecho de la Competencia; su importancia se debe a que todos los elementos abordados dentro del punto anterior, así como todos los elementos y factores inherentes al Derecho de la Competencia, iniciarán su objeto de análisis una vez delimitado el mercado relevante. Ésta noción, permite demostrar si el acto presuntamente anticompetitivo causa o no una afectación a la libre competencia. Para ello, primero se abordará la noción de mercado desde una perspectiva abstracta, para luego tratar al mismo desde su concepto económico-jurídico en concreto (mercado relevante), y finalmente estudiar las reglas que influyen en él.

1.4.1 Concepto de mercado desde una noción abstracta

El mercado desde su noción abstracta y general “es el área de competencia o rivalidad en el cual dos o más empresas participan” (Instituto Nacional de Promoción de la Competencia, 2009, p. 7). Desde ésta perspectiva, se concibe al mercado como aquel segmento, dentro del cual participan y compiten una variedad de operadores económicos. Esta definición para el Derecho de la Competencia es insuficiente ya que “(...) el mercado podría definirse como el ámbito ya sea físico o virtual, en el cual se generan las condiciones necesarias para intercambiar bienes y servicios (...)” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 23).

Por lo tanto, el concepto de mercado desde un sentido abstracto es el conjunto de todos los mercados relevantes, sean éstos físicos o virtuales, dentro de los cuales dos o más operadores económicos intercambian bienes y servicios con usuarios, consumidores y profesionales, así como también generan las condiciones necesarias para la comercialización de los mismos, fomentando de ésta manera una situación de competencia entre ellos, y para el Derecho de la Competencia el mercado debe ser plenamente identificado y concreto.

1.4.2 Concepto de mercado relevante

El mercado relevante, es el objeto de estudio concreto dentro del Derecho de la Competencia, ya que su concepto abarca una serie de elementos que determinan una noción delimitadora de cada mercado, que permite identificar con claridad el segmento de mercado que podría estar vulnerado a través de los ilícitos competenciales. El Instituto Nacional de la Competencia de Nicaragua define al Mercado relevante como:

“... el ramo del comercio en que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto

plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un aumento no insignificante de los precios.” (Instituto Nacional de Promoción de la Competencia, 2009, p. 7).

Como se puede observar del párrafo precedente, el mercado relevante sirve para determinar el segmento de la competencia que ha sido restringido y vulnerado, considerando para ello, como componente fundamental la sustituibilidad del producto o servicio visto desde la noción de mercado geográfico y temporal, para observar si a raíz de ello, se ha restringido la libre competencia y/o se ha afectado a los demás factores inmersos dentro de la misma.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado para poder determinar el mercado relevante en todos y cada uno de los casos, considerará una variedad de elementos, siendo al menos necesario identificar “(...) el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. (...)” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 5, inc. 1, 2011).

El mercado relevante se compone de tres elementos fundamentales que son: el mercado de producto o servicio, el mercado geográfico y el mercado temporal, que contribuirá al estudio y concretización del mismo. Alberto Bercovitz determina que “El mercado relevante está delimitado por unos bienes y servicios determinados, caracterizados por su sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, dentro de un ámbito geográfico y temporal determinados.” (Bercovitz, 2014, p. 126).

El mercado relevante por lo tanto, es el conjunto del mercado de producto o servicio, el mercado geográfico, y el mercado temporal, que permiten determinar el segmento de la libre competencia que posiblemente haya sido afectado y la posible vulneración de los factores inmersos en la misma,

ocasionados por la ejecución de actos anticompetitivos de un operador económico o varios de ellos.

1.4.2.1 Mercado de producto o servicio

Dentro del análisis del mercado relevante, se debe iniciar determinando la sección de mercado del producto o servicio; para ello nuestro ordenamiento jurídico interno expresa que “El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 5, inc. 2, 2011)

En el mercado del producto o servicio la característica fundamental consiste en identificar si dicho producto o servicio puede ser capaz de sustituirse; para ello, se requiere analizar una variedad de hechos, procesos o circunstancias que reflejen la sustituibilidad del producto o servicio. Ésta multiplicidad de hechos, vienen a posicionarse en dos factores elementales dentro del estudio del mercado del producto o servicio, que son la “sustituibilidad de la demanda y sustituibilidad de la oferta que luego son elevados teniendo en cuenta las “condiciones de competencia reales en el mercado”. (Velilla, 1998, p. 188)

El mercado de producto o servicio, acorde a lo determinado previamente tiene dos factores cruciales que son: el mercado de producto o servicio desde el lado de la demanda y desde el lado de la oferta. El primero de ellos, hace referencia a la sustituibilidad del producto o servicio desde el lado del consumidor, mientras que en el segundo caso, se hace referencia a la sustituibilidad del mismo desde el lado del proveedor. En el mercado de producto o servicio desde el lado de la demanda, así como en cualquier análisis dentro del Derecho de la Competencia realizado desde la perspectiva del consumidor, se lo desarrolla desde el criterio o juicio del consumidor medio, quien a su vez fundamenta su juicio de valor mediante tres criterios: eficiencia, eficacia y racionalidad.

En el mercado de producto o servicio desde el lado de la demanda, se considera la postura de la sustituibilidad del mismo desde el lado del consumidor, quien en uso de su derecho de libertad de elección, adopta el producto o servicio que satisface sus necesidades, para que en base a éste criterio, así como en consideración del precio que está dispuesto a pagar el consumidor por dicho producto o servicio, se examine si el producto o servicio es sustituible o no; mientras que en el mercado de producto o servicio desde el lado de la oferta, se analiza la sustituibilidad del mismo producto o servicio desde el punto de vista del productor, en dónde se investiga el proceso de producción, así como los costos de producción de los mismos, para determinar la sustituibilidad del producto o servicio.

Una vez elaborado el análisis de mercado de producto o servicio desde el lado de la demanda y desde el lado de la oferta, se realiza un diagrama de Venn, en el cual, un círculo refleja el mercado de producto o servicio desde el lado de la demanda, mientras que el otro refleja el mercado de producto o servicio desde el lado de la oferta, y el cruce de éstos dos, a su vez refleja una zona en común entre ambos, y justo ésta zona común o intersección será el mercado relevante de producto o servicio.

El mercado de producto o servicio es por lo tanto el resultado del mercado de producto o servicio desde el lado de la demanda entrelazado con el mercado de producto o servicio desde el lado de la oferta, en el que la intersección de esto dos elementos servirá para determinar la sustituibilidad de dicho producto o servicio en el segmento de mercado y las condiciones de competencia reflejado en el mismo.

1.4.2.2 Mercado geográfico

Determinado el mercado de producto o servicio, el segundo elemento a analizarse es el mercado geográfico, que acorde con la definición de nuestro ordenamiento jurídico interno “El mercado geográfico comprende el conjunto de

zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 5, inc. 3, 2011). En base a dicha cita, el mercado geográfico es una zona física determinada en la cual está ubicado el producto o servicio.

El mercado geográfico al igual que el mercado de producto o servicio tiene una doble vertiente para el desarrollo de su análisis, que son tanto el mercado geográfico desde el lado de la demanda como el mercado geográfico desde el lado de la oferta; en consecuencia de ello, otro elemento aplicable para la evaluación del mercado de producto o servicio dentro de la determinación del mercado geográfico, es el criterio o juicio del consumidor medio.

Para la determinación del mercado geográfico, se toma a consideración “las dimensiones de la zona en el seno de la cual se confrontan efectivamente la oferta y la demanda del producto o del servicio, pueden ser determinados en un plano geográfico en función de elementos muy diversos” (Velilla, 1998, p. 189), estos factores pueden a su vez ser, por ejemplo, desde el lado de la oferta los costos de transporte del producto, los costos de importación del mismo los costos de mantenimiento en refrigeración de los productos, etc., mientras que desde el lado de la demanda dichos factores pueden ser los gastos de transporte del consumidor, los impuestos que deberá asumir el mismo, etc.

Para concretar la determinación del mercado geográfico como tal, al igual que en el mercado de producto o servicio, se requiere realizar un diagrama de Venn para delimitar la zona física o virtual del mercado geográfico, en dónde la intersección del mercado geográfico de la demanda y el mercado geográfico de la oferta, será el segmento o zona de mercado geográfico objeto de análisis.

1.4.2.3 Mercado temporal

Determinado el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico; es necesario entrar a determinar la temporalidad de la conducta, es decir el

mercado temporal, el cual es el tercer elemento delimitador del mercado relevante, ya que “cuanto mayor sea el período contemplado para evaluar la reacción de la oferta y la demanda frente a la conducta de un productor cuyo mercado relevante se trata de determinar, tanto mayor será la amplitud de tal mercado” (Cabanellas de las Cuevas, 2005, p. 389). De ésta forma, se puede determinar que cuanto mayor sea la duración de la conducta presuntamente ilícita, mayor será el tamaño del mercado afectado.

Dentro del mercado temporal, al igual que en el mercado de producto o servicio y mercado geográfico, existe una dualidad de factores inmersos que facilitan el estudio del mismo, estos factores son: el marco estacional y marco temporal. A pesar de que el mercado temporal no se encuentre tipificado dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y su reglamento, éste elemento se encuentra determinado mediante resolución de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, es así que dentro de dicha resolución los elementos aludidos determinan lo siguiente:

“Marco temporal y marco estacional.- Al momento de delimitar el mercado de producto o servicio, es recomendable considerar, además de la sustitución de la demanda y de la oferta, otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad bajo los cuales funciona el mercado. (...)” (Guía respecto a los métodos de análisis de mercados relevantes, art. 3.4.1. inc. 1, 2015)

Además de ello, los incisos: segundo y tercero de dicho artículo determinan que en el marco temporal se determina el tiempo que perdura el acto presuntamente anticompetitivo en el cual se produce el comercio del bien o servicio determinado en el mercado de producto o servicio, mientras que en el marco estacional se comprueba el período de tiempo del año en el cual existe una mayor cantidad u acogida de oferta, demanda o dinámica competitiva del mercado de producto o servicio objeto de análisis. (Guía respecto a los métodos de análisis de mercados relevantes, art. 3.4.1. inc. 2 y 3, 2015)

El marco temporal y estacional se encuentra intrínsecamente arraigado al mercado de producto o servicio, sin embargo, también puede verse inmerso al mercado geográfico, por ejemplo al determinarse que cuando existen cambios climáticos en diferentes países en que en la época de invierno nieva, los costos de transporte del producto son más altos, o los costos de refrigeración de dicho bien o servicio son menores. Es por ello que la estacionalidad y la temporalidad además del mercado de producto o servicio también son parte integrante del mercado geográfico.

El mercado temporal es por lo tanto, el último elemento de la cadena de componentes que forman parte dentro del análisis del mercado relevante, el cual es el resultado del marco estacional y/o temporal, que permitirán determinar el volumen de mercado afectado, las condiciones climáticas en que se produjo dicho acontecimiento presuntamente anticompetitivo y el tiempo de perduración de dicho acto, para con ello determinar la gravedad de la sanción u observar si dicho acto pueda estar posiblemente prescrito.

1.4.2.4 Reglas

Una vez determinado el mercado relevante es procedente identificar las reglas aplicables a los ilícitos anticompetitivos, ya que cada principio determina la importancia, gravedad o insignificancia de cada ilícito concurrencial dentro del segmento de mercado, así como la valorización de la carga probatoria. Éste precepto hace hincapié a que “la gravedad de un hecho varía en función del tamaño del mercado afectado por una restricción.” (Cabanellas de las Cuevas, 2005, p. 397). Es por ello que a continuación se abordará la noción de cada regla aplicable dentro del Derecho de la Competencia, las cuales son: regla de la razón, regla per se, primacía de la realidad y regla de mínimos.

Regla de la razón

La regla de la razón o Rule of Reason, toma importancia en razón de que “La regla de la razón define que la conducta es prohibida, pero permite un análisis

de la eficiencia para determinar sus efectos en el mercado y en los consumidores, sobre si los mismos son más beneficiosos que dañinos” (Mostajo, 2012, p. 6). En concordancia de ello, “la regla de la razón es aplicable cuando tiene sentido abrir una investigación sobre las virtudes procompetitivas de una conducta.” (Gherzi & Arosemena, s.f., p. 25). En el uso de la regla de la razón, se analiza la incidencia racional de la conducta en el mercado relevante, para determinar si la misma a pesar de ser anticompetitiva y vulnerar el Derecho de la Competencia, produce efectos positivos de mayor importancia en el mercado relevante.

Dentro de la regla de la razón toda conducta inmersa en ella es considerada como una prohibición relativa, ya que permite un análisis de los beneficios o afectaciones de la misma. Es por ello que en el uso de ésta regla se “tendrá que probar los efectos negativos, reales o potenciales, para la competencia y el bienestar de los consumidores” (OSIPTEL, s.f., p. 5). En tal sentido, siempre que se aplique la regla de la razón tendrá que comprobarse todos los efectos contrarios al bienestar de los consumidores y a la eficiencia económica.

Por lo tanto, no toda conducta es anticompetitiva al amparo de la regla de la razón, la cual se define como aquella regla que se aplica a aquellas conductas relativamente prohibidas, las cuales deberán ser analizadas con el objetivo de determinar la afectación económica a la eficiencia económica, a la libre competencia, así como a los factores inmersos dentro de ella, o en tal caso demostrar el impacto razonadamente beneficioso de dicha conducta dentro del mercado relevante. Están insertas bajo la luz de ésta regla: las ayudas públicas, los actos de competencia desleal agravada y los actos colusorios.

Regla per se

En la regla per se o prohibición per se, “ciertos actos o acuerdos se consideran siempre ilegales sin necesidad de evaluar o probar su impacto negativo sobre la competencia, la eficiencia o el bienestar de los consumidores” (Mostajo, 2012, p. 6); es decir que los acuerdos o actos insertos dentro de ésta regla, se

consideran prohibidos y son sancionados por el simple hecho de ser anticompetitivos. Éste hecho, refleja que las conductas sancionadas bajo ésta regla son prohibiciones absolutas, y por ello, “en el caso de la prohibición absoluta basta que la autoridad de competencia compruebe la existencia de la conducta” (OSIPTEL, s.f., p. 5).

En el uso de aplicación de la regla per se, toda conducta es prohibida y sancionada por el simple hecho de haber sido cometida y ser contraria al régimen de competencia, “la regla per se es, por lo tanto, una regla de economía procesal” (Gherzi & Arosemena, s.f., p. 25), ya que se empleará la menor cantidad de recursos procesales para el sancionamiento de la misma, en razón de que bastará con probar que la conducta es contraria a la libre competencia.

A pesar de lo mencionado, no toda conducta se encuentra inmersa bajo tutela de ésta regla, debido a que bajo la regla per se únicamente son aplicables aquellas conductas en las cuales el operador económico que la realiza posea posición dominante, dentro de un mercado relevante. Para la posesión dominante “En la Unión Europea, la Comisión establece una escala gradada: Por encima de 65%, la presunción de dominio es prácticamente irrefutable; entre 40-45%, se presume el dominio” (Instituto Nacional de Promoción de la Competencia, 2009, p. 16). En consideración a lo determinado por la doctrina española, la regla per se aplica en las conductas realizadas por operadores económicos que ostenten posición dominante, poder de mercado o posición monopolística.

La regla per se por lo tanto, aplica para aquellas conductas anticompetitivas realizadas por operadores económicos que ostenten el 40% o mayor porcentaje del mercado relevante, y bajo ésta regla toda conducta anticompetitiva es prohibida y deberá ser sancionada sin la necesidad de demostrar la incidencia que tenga dentro de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Primacía de la realidad

La primacía de la realidad es otra regla aplicable dentro del Derecho de la Competencia que proviene del Derecho Laboral, y además es un principio de aplicación directa. Este principio hace referencia a que “la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe (...)” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 3. inc. 1, 2011).

El principio de primacía de la realidad, es aplicable para todos los casos de Derecho de la Competencia, y se refiere a que independientemente de la dicotomía jurídica de cierta conducta jurídica, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará la naturaleza de dicha conducta en referencia a lo reflejado en la realidad de los hechos y el impacto económico que produce dicha conducta, deslindando de ésta manera lo reflejado dentro de ciertos documentos, contratos o acuerdos.

Regla del Mínimis

Para poder llegar a determinar si una conducta se encuentra bajo los umbrales de aplicación de la regla de mínimis, se requiere aplicar lo dispuesto por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, quien separa éstos umbrales en 3 literales que se enuncian a continuación:

- “a) Para las conductas entre operadores económicos competidores, cuando la cuota de los operadores participantes en conjunto no exceda del 14% del mercado relevante;
- b) Para las conductas entre operadores económicos no competidores, cuando la cuota de mercado de cada operador no exceda el 15% del mercado relevante; y,

- c) Cuando un mercado relevante se vea restringido por acuerdos paralelos, los porcentajes de cuota de mercado serán de 5%, y además se aplicará también cuando el 30% del mercado esté cubierto por redes de acuerdos paralelos.” (Criterios para la aplicación de la regla de Mínimis en materia de acuerdos y prácticas restrictivas, art. 2., 2014)

Por consiguiente, si la conducta presuntamente anticompetitiva se encuentra bajo este umbral, el estudio de los demás principios será irrelevante ya que la conducta será sancionada, estudiada o analizada bajo ésta regla, de igual manera si la conducta es inferior a ésta regla, la conducta presuntamente anticompetitiva no tendrá significancia dentro del Derecho de la Competencia y no podrá estudiarse bajo ninguna de las otras reglas.

1.5 CONCEPTO DE BIENESTAR ECONÓMICO EN GENERAL

El bienestar económico general acorde con lo que se ha abordado dentro del presente trabajo es uno de los pilares fundamentales que pretende alcanzar y fortalecer la normativa de Competencia, ya que “La competencia tiene como finalidad primordial el velar por el interés económico general que incluye el bienestar de los consumidores y la eficiencia del mercado” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 55). El bienestar económico en general se desprende a su vez de dos categorías: el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

La eficiencia económica y el bienestar de los consumidores son categorías jurídicas que se encuentran entrelazadas por medio de la competencia, debido a que “la competencia provoca un ambiente de eficiencia y ello implica beneficios para los consumidores pues con la lucha por el mercado se logra mejores precios.” (Cevallos, 2001, p. 18). Es por ello que, la competencia genera a la vez un ambiente de armonización y crecimiento de los mercados.

En el bienestar económico general debe estudiarse todos aquellos hechos que pueden ser beneficiosos y provechosos para los consumidores protegiendo de

ésta manera el principio de protección de los consumidores, y, además generando un ambiente de eficiencia económica dentro de los mercados. La noción de bienestar de los consumidores surte efecto para garantizarle al mismo, una óptima calidad de bienes y servicios a un precio flexible, mientras que, la noción de eficiencia económica “conduce los precios efectivos del mercado hacia los costos marginales de la empresa” (García, 2010, p. 26). Es decir la eficiencia económica busca conseguir un margen equilibrado entre los costos de un producto o servicio con el precio de su venta.

El bienestar económico en general es un elemento relevante dentro del Derecho de la competencia, ya que la vulneración, afectación o fragmentación del mismo, produce la activación de ciertas conductas comerciales ilícitas, como por ejemplo los actos de competencia desleal agravados, ayudas públicas y prácticas restrictivas. Por lo tanto, para determinar el grado de incidencia, afectación o favorabilidad entre una conducta y la eficiencia económica se debe “ponderar el bienestar de cada agente económico, lo cual es necesario para llegar a una función de bienestar”. (Cabanellas de las Cuevas, 2005, p. 263)

En el análisis de eficiencia económica opera el “excedente del consumidor”, que refleja el valor que está dispuesto a pagar un consumidor por cierto bien o servicio, para que éste le represente un beneficio económico; y, el “excedente del productor”, refleja el costo de provisión de un bien o servicio que está dispuesto a asumir el mismo, a cambio de obtener una ganancia y el beneficio económico que recibe al operar en dicho mercado. La suma de éstos dos elementos forma el “excedente total”, que es de gran importancia debido a que la valoración de la eficiencia económica se realiza a través del “excedente total de los agentes económicos” (Coloma, 1997, p. 4), que a su vez, equivale al cruce de excedentes del consumidor y del productor.

El bienestar económico en general se compone por lo tanto de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores; de los cuales, el primero de

ellos, se compone del excedente total de los agentes económicos que permite un óptimo desarrollo del sistema competitivo y un adecuado desenvolvimiento y funcionamiento de los diversos mercados, dentro de un ambiente de libre competencia, mientras que el bienestar de los consumidores se encarga de proteger el principio de protección de los consumidores. Antes de determinar éste punto cabe señalar que el mismo se lo desarrollará a profundidad dentro del último capítulo del presente trabajo.

1.6 REFERENCIA CONSTITUCIONAL APLICABLE DENTRO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia es parte del Derecho de Corrección Económica, dentro del cual se visualiza principalmente al ser humano como sujeto y fin de la economía mundial, y se crea la concepción del pilar fundamental económico del mundo contemporáneo, denominado la “Constitución económica”, y es pues a raíz de ésta ideología que se empieza a plasmar en las diferentes Constituciones de diversos países la noción integradora de un marco constitucional económico.

Los derechos económico-constitucionales aplicables dentro del Derecho de la Competencia, entre otros son:

- “a) Derecho a la Propiedad;
- b) Derecho a la libre empresa;
- c) Derecho del Consumidor; y,
- d) Derecho a la libre competencia.” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 29)

Derecho a la Propiedad

El Derecho de la Propiedad está intrínsecamente garantizado y reconocido por nuestra Constitución dentro del numeral 26 del artículo 66 dentro de dicho

cuerpo normativo, así como en el artículo 321 de nuestra Constitución de la República, sin embargo, lo condiciona al cumplimiento de funciones sociales y ambientales, convirtiéndolo de ésta manera en un derecho relativo. De igual manera, dentro del artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador se reconoce el derecho sobre la propiedad intelectual, que son producto del intelecto de la persona, que a su vez carecen de corporeidad, condicionándola de igual forma al cumplimiento de fines sociales y ambientales.

Derecho a la libre empresa

Al igual que el derecho a la propiedad, el derecho a la libre empresa o libertad de empresa se encuentra garantizado dentro de la Constitución de la República del Ecuador, al garantizar la libertad de asociación dentro del numeral 13 del artículo 66, la libertad de desarrollo de actividades económicas dentro del numeral 15 del artículo precedente, así como la libertad de contratación dentro del numeral 16 del mismo artículo. En consideración de lo previamente aludido, los derechos de insertos dentro del derecho de libertad empresarial de igual manera son relativos, ya que están sujetos al cumplimiento de funciones sociales y ambientales.

Así mismo, la libertad de empresa está expresamente reconocida dentro del inciso primero del artículo 319 de la Constitución Política ecuatoriana, ya que en su parte medular determina que la libertad empresarial, es un tipo de forma de organización productiva dentro de la economía, por lo que merece su reconocimiento ya que tiene una gran incidencia dentro de la economía al utilizar los factores de producción como un mecanismo de desarrollo económico.

Derecho del Consumidor

El derecho del consumidor, entendido como derecho constitucional y por lo tanto apartado de su ordenamiento jurídico, se encuentra reconocido dentro de

la Constitución de la República del Ecuador desde una doble posición: por un lado el inciso primero del artículo 52 de dicho cuerpo legal reconoce el derecho y principio de libertad de elección de los consumidores, mientras que desde otro ángulo, dentro de los artículos 53 y 54 de dicho cuerpo legal se determinan mecanismos jurídicos, que obliguen a los ofertantes y al Estado, velar por la salud de los consumidores, así como en dichos artículos se determina la responsabilidad que asumirán los ofertantes de un producto o servicio por los daños causados al consumidor del mismo.

Derecho a la libre competencia

Como se vio con anterioridad, la libre competencia y el derecho a la libre competencia son diferentes, por lo cual ésta clasificación hace hincapié en la noción de libertad de competir. El derecho de libertad de competir, al igual que el derecho de libertad de empresa se encuentra garantizado dentro del numeral 15 del artículo 66, ya que para el ejercicio de las actividades económicas; el operador debe hacer uso tanto del derecho de libertad de empresa como el derecho de libertad de competencia. Así mismo, acorde lo aludido dentro del primer punto del presente capítulo, el marco constitucional ecuatoriano vigente de igual manera vincula el ejercicio del derecho de libertad de competencia al cumplimiento de funciones sociales y ambientales.

Dentro del derecho de competir existen ciertos preceptos constitucionales, como por ejemplo el numeral 3 del artículo 17 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que está prohibido el monopolio u oligopolio de los medios de comunicación, así también el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el Estado tendrá la obligación de regular, controlar los intercambios de transacciones económicas, y de ser el caso el Estado también se encargará de sancionar aquellos actos ilícitos, que a su vez perjudiquen derechos económicos. (Constitución de la República del Ecuador, art. 335. Inc. 1, 2008)

A pesar de todos los artículos aludidos, el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador, es el principal elemento constitucional para el desarrollo del presente trabajo, ya que dentro de su primer inciso, se determina que el Estado realizará los mecanismos necesarios para la existencia de un comercio justo, además que dentro del inciso segundo se decreta que “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.” (Constitución de la República del Ecuador, art. 336. Inc. 2, 2008)

En base al precepto constitucional previamente citado, es el Estado el encargado de asegurar las condiciones necesarias para velar por la existencia de un mercado transparente y eficiente, en el que los operadores económicos ejerzan su derecho y obligación de competir en igualdad de condiciones y oportunidades dentro del mercado relevante.

1.7 RELACIÓN DE LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DENTRO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las prácticas restrictivas de la competencia, también conocidos como actos colusorios, es otra figura principal objeto de análisis por parte del Derecho de la Competencia.

1.7.1 Conceptos

1.7.1.1 Acuerdos restrictivos

Uno de los ilícitos que forman parte de las conductas restrictivas de la competencia y forman parte integrante de ésta cláusula general prohibitiva, son los acuerdos restrictivos, que dentro del comercio de productos o servicios cada acuerdo restrictivo es considerado “como el resultado de un conjunto de voluntades individuales” (Gómez, 1998, p. 147), que impide, restringe y limita la competencia dentro de cierto mercado.

Los acuerdos restrictivos de la competencia son aquellos consensos de voluntades entre dos o más operadores económicos, manifestados de forma expresa o tácita, en los cuales los titulares de dicho acuerdo se comprometen en conjunto a restringir, impedir y/o falsear la competencia, dentro del intercambio de bienes y servicios de un mercado relevante, mediante la realización u omisión de cierto acto concurrencial. Cabe recalcar que ésta medida prohibitiva no aplicará “(...) a los acuerdos que contribuyen, de manera general, al progreso económico (...)”. (Ortiz, et. al, 2008, p. 61)

1.7.1.2 Prácticas u actos restrictivos

Acorde lo determinado en el punto anterior, otro ilícito de las conductas restrictivas de la competencia, son las prácticas o actos restrictivos de la competencia. Galán Corona determina que las prácticas restrictivas son aquellos actos mediante los cuales “se realiza una coordinación entre empresas competidoras por medio de decisiones de sus titulares que aunque no se sustentan en un acuerdo formal, su cooperación, contactos frecuentes e intercambio de información elimina los riesgos de la competencia” (Cevallos, 2001, p. 25). Es decir, que desde ésta perspectiva las prácticas restrictivas tienen como elemento fundamental una coordinación entre operadores económicos para eliminar la competencia.

Las prácticas restrictivas de la competencia, denominadas también prácticas concertadas por parte de la doctrina, tienen como elemento fundamental de igual forma el hecho de que “se relacionan con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por un conjunto de empresas que se encuentran en colusión.” (Coloma, 1997, pp. 10-11).

Las prácticas restrictivas de la competencia por lo tanto, son aquellos actos mediante los cuales dos o más empresas colusionadas entre sí, restringen, impiden y/o falsean la competencia con terceros operadores, dentro del comercio de bienes y servicios en un mercado relevante, mediante la realización u omisión de cierto acto concurrencial.

1.7.2 Relación entre acuerdos y prácticas restrictivas

Las prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia, tienen una similitud de caracteres que permiten asociarse dentro de una misma cláusula prohibitiva, estos elementos que vinculan a la una figura jurídica con la otra se desarrollarán dentro de los siguientes puntos:

- El primer elemento en común que tienen las prácticas y acuerdos restrictivos es el efecto ilícito que producen, ya que acorde con lo determinado dentro de nuestra legislación interna es o puede ser “(...) impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general (...)” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 11, inc. 1, 2011). En base a ello, en las prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia deberá comprobarse que ambas tienen como propósito o efecto restringir, impedir y/o falsear la competencia con terceros ajenos a dicha conducta.
- Otro elemento en común que comparten las prácticas y acuerdos restrictivos es el hecho de que en ambas se aplican las mismas reglas y principios concurrenciales, y ambas se ceñirán en referencia a los mismos umbrales de aplicación. Es decir, tanto para las prácticas restrictivas como para los acuerdos restrictivos, se aplicará la regla de la razón, regla del mínimis y la primacía de la realidad, dependiendo el caso concreto.
- Tanto las prácticas restrictivas como los acuerdos restrictivos de la competencia, se encuentran dentro de la cláusula general prohibitiva para las conductas restrictivas de la competencia, por lo que se acomodan dentro de la misma clasificación de los elementos principales analizados en el Derecho de la Competencia.

1.7.3 Diferencias

Las prácticas restrictivas y acuerdos restrictivos de la competencia, tienen componentes sutiles que los diferencian al uno del otro. Estos componentes que permiten diferenciar a estas figuras son dos:

- La primera de ellas, determina que para ser considerado, analizado y sancionado como un acuerdo restrictivo de la competencia, debe comprobarse que el mismo “contiene disposiciones que obliguen a sus autores, como cualquier otro convenio” (Gómez, 1998, p. 148), mientras que, para el análisis y sanción de las practicas y actos restrictivos es irrelevante probar la existencia de dichas disposiciones obligatorias, ya que basta con determinar que la conducta tenga por efecto limitar, restringir o falsear la competencia, para encuadrar la misma en el concepto de práctica o acto restrictivo. (Gómez, 1998, p. 148)
- La segunda hace relevancia al efecto probatorio, ya que en nuestro caso la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá probar la existencia del acuerdo, y los términos del mismo, ya sea a través de un contrato expreso, mensajes de datos, mensajes de correos electrónicos enviados y recibidos entre los operadores colusionados, o cualquier otro mecanismo probatorio, mientras que en las prácticas restrictivas únicamente deberá probarse la colisión.

1.8 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL

La normativa referente a la represión de la Competencia Desleal acorde lo determinado en puntos anteriores, es una herramienta del tráfico económico, que acorde con lo determinado dentro de nuestra legislación busca reprimir “(...) todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas

realizadas en o a través de la actividad publicitaria. (...)” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 25, inc. 1, 2011). A pesar de que los apartados referentes a la Competencia Desleal en Ecuador se encuentren dentro de la normativa interna de Derecho de la Competencia, la Competencia Desleal es una rama autónoma del Derecho, que se compone y vincula a la vez con otras ramas del Derecho.

El Derecho de la Competencia como se vio en el punto “1.3.” tiene una conexión práctica con otras ramas del Derecho que entrelazan a las mismas, es por ello, que la Competencia Desleal en ciertos aspectos es una rama complementaria del Derecho de la Competencia, como en otros aspectos son ramas incompatibles que no deben mezclarse. Cabe recalcar que la Competencia Desleal será objeto de estudio y análisis a profundidad dentro del tercer capítulo del presente trabajo, por lo cual, dentro de los siguientes puntos se desarrollarán una serie de enunciados que permitan demostrar los puntos de conexión y las diferencias entre Derecho de la Competencia y Competencia Desleal.

1.8.1 Semejanzas

- El Derecho de la Competencia y el Derecho de la Competencia Desleal, encuentran su primer punto de conexión, en el sentido en que ambos forman parte de un sistema dual de tutela para el correcto y eficiente funcionamiento del mercado, el cual se compone por un lado de la protección de la competencia “ilícita” y, por otro lado, la defensa de la competencia (Pérez, 2011, pp. 35-36).

En referencia a la cita aludida, ambas ramas del Derecho, primeramente son herramientas de corrección del tráfico económico, y en tal virtud, dentro del Derecho contemporáneo son elementos fundamentales que coexisten entre sí para poder brindar una protección simbólica al correcto y eficiente desenvolvimiento de los mercados, precautelando de ésta manera la existencia

de un sistema competitivo en igualdad de condiciones, que tienda a demostrar un índice de eficiencia económica en los diferentes mercados.

- Otro factor que entrelaza al Derecho de la Competencia y al Derecho contra la Competencia Desleal, es el hecho en que ambas ramas son parte del Derecho Mercantil moderno, puesto que ambas recogen en su parte medular, el estudio de ciertos comportamientos y actos comerciales realizados por los operadores económicos.
- Otro elemento de gran importancia, que convierte al Derecho de la Competencia y al Derecho de Competencia Desleal como materias análogas, es el hecho de que ambas deben observar todos los principios constitucionales de comercio justo, derecho de competir, obligación de competir, derecho de libertad empresarial, e igualmente en ambos deberán respetarse los derechos de los consumidores, precautelándose el bienestar de los mismos a cada instante, y de igual forma, deberán respetarse los derechos derivados de la Propiedad intelectual, y no abusar de los mismos, en otras palabras, se puede determinar que ambas normas deben estar amparadas dentro del estándar de protección de la noción de constitución económica.
- El Derecho de la Competencia a pesar de constituir una rama de aplicación eminentemente de Derecho Administrativo, y, acorde con lo determinado dentro del presente capítulo, al igual que el Derecho de la Competencia Desleal, tienen conexión con otras ramas del Derecho como por ejemplo el Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho Penal, Derecho Civil y Derecho del Consumidor, para poder brindar una óptima protección jurídica, a los sujetos y los diversos bienes jurídicos protegidos en cada rama del Derecho, así como para poder demostrar con celeridad la afectación que tiene cierto hecho o acto dentro de cada cuerpo normativo previamente mencionado.

- El último y principal punto de conexión que entrelaza al Derecho de la Competencia con el Derecho de la Competencia Desleal, es cuando éste último produce efectos concurrenciales; en otras palabras, “el punto de conexión entre ambas ramas del Derecho mencionadas se da cuando se presentan actos desleales agravados en el mercado”. (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 90) Por su parte, los actos desleales agravados se demuestran cuando “la protección contra la competencia desleal no solo responde al interés de los empresarios afectados, sino al interés público en que el mercado competitivo se mantenga y con ello se precautelas los derechos de los consumidores” (Cevallos, 2001, p. 36).
- El Derecho de corrección de la Competencia Desleal por lo tanto, encuentra su principal punto de conexión con el Derecho de la Competencia, cuando el acto de competencia desleal es de tal gravedad, que cometido afecte la libre competencia, el orden público económico, y los intereses protegidos en el Derecho de la Competencia. Es decir, el Derecho de la Competencia Desleal entrará como objeto de estudio en el campo del Derecho de la Competencia, cuando el supuesto de competencia desleal afecte negativamente el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, acorde lo determinado en el art. 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y los arts. 30 y 31 del reglamento de la presente Ley.

1.8.2 Diferencias

El Derecho de la Competencia y la represión de la Competencia Desleal acorde con lo determinado, son ramas autónomas del Derecho, que protegen de ésta manera elementos y principios diferentes, tales como bienes jurídicos, factores atributivos, sujetos jurídicos, entre otros factores diferentes más. En éste sentido, y una vez desarrollado todos los puntos de conexión que permiten la complementariedad de estas ramas, es pertinente entrar a desarrollar todas las diferencias de las mismas, en los siguientes apartados:

- El Derecho contra la Competencia Desleal tiene su origen en Francia, mediante vía jurisprudencial en el año de 1852 a través de la interpretación del “(...) artículo 1.382 del Código Civil Francés sobre la responsabilidad extracontractual (...)” (Cevallos, 2001, p. 42). No obstante, el Derecho de la Competencia acorde lo determinado dentro del primer capítulo del presente trabajo, tiene sus primeros indicios en la edad media por Gremios de Comerciantes o Tribunales de Comercio y la Revolución Francesa (1789), sin embargo, su origen proviene de las bases normativas del sistema antitrust de Estados Unidos de América, las cuales son: “Sherman Act.,” “Clayton Act.” y “Federal Trade Commission”.

En éste sentido, el Derecho contra la Competencia Desleal apareció históricamente con el objetivo de eliminar los excesos de agresividad injustificados ejercidos por ciertos operadores económicos contra otros, a través de recursos contrarios a la ética empresarial, mientras que el Derecho de Competencia apareció con el fin de impedir una pérdida de agresividad injustificada por parte de ciertos grupos u organizaciones económicas, consiguiendo de ésta manera los objetivos de restringir el abuso de derecho (libertad de empresa) y cumplir con el derecho y obligación de competir.

- Otra diferencia fundamental entre el Derecho de Competencia Desleal y el Derecho de Competencia consiste en el mecanismo de sanción en derecho adjetivo (Derecho basado en normas de carácter procesal) de los actos contrarios al funcionamiento de los mercados, debido a que “Desde la perspectiva aplicativa, procedimental y sancionadora el ilícito enfrenta dos mecanismos de aplicación y sanción completamente distintos: uno típicamente de Derecho privado (aplicable a la competencia desleal), y otro típicamente de Derecho administrativo sancionador (aplicable al antitrust)” (Font & Miranda, 2005, p. 23).

En consideración de lo previamente determinado, todo acto sujeto a los principios inherentes al tráfico económico, comercio justo y prevalencia de

un mercado transparente, dentro de los aspectos jurídicos de carácter procedimental para la protección de los mercados, se puede determinar que existen dos mecanismos diferentes de aplicación para el procedimiento legal y mecanismo de sanción del caso en concreto; mismos que podrán ser: Por una parte, eminentemente de carácter de Derecho Privado en el evento de suscitarse un acto simple u ordinario de competencia desleal, mientras que por el contrario, el aparataje jurídico aplicable será predominantemente de carácter de Derecho Público en el evento de suscitarse un ilícito concurrencial.

- La diferencia elemental a considerar dentro del presente punto concierne fundamentalmente en el bien jurídico protegido en ambas materias. El Derecho de la Competencia “(...) introduce mecanismos de carácter eminentemente administrativo para proteger la libre concurrencia de operadores en el mercado evitando prácticas colusorias o abusos de la posición dominante (...)” (Pérez, 2011, p. 36), mientras que por otro lado, “las normas que prohíben la competencia desleal surgieron para proteger a los empresarios frente a actuaciones poco escrupulosas de otros empresarios que competían directamente con ellos” (Bercovitz, 2014, p. 372).

En conclusión, puede determinarse que el contraste fundamental que permite diferenciar y tornar incompatibles al Derecho de la Competencia con el Derecho de Represión contra la Competencia Desleal, es el bien jurídico protegido dentro de cada una de ellas. Por consiguiente, la diferencia radical entre éstas dos materias jurídicas, se fundamenta principalmente en el hecho de que el Derecho de la Competencia tiene como bien jurídico protegido el “modelo económico”, el cual está basado en un sistema de libre competencia, mientras que por el contrario el bien jurídico protegido en el Derecho de represión contra la Competencia Desleal, consiste en la “lealtad empresarial” fundamentado en los principios de ética y buenas costumbres empresariales.

- Otra diferencia radica en la naturaleza jurídica de cada rama, ya que el “(...) bien jurídico protegido por el derecho de defensa de la competencia, identifica una diferencia con aquellas ramas del Derecho cuyo objeto de protección jurídica preponderante, es el interés privado, como es el caso del derecho contra la competencia desleal” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 58).

En virtud de ello, en el Derecho continental y ecuatoriano, el Derecho de la Competencia asume una naturaleza jurídica de carácter preponderantemente público, puesto que, si bien tiene elementos constitutivos de Derecho Privado, su sentido proteccionista radica en intereses públicos, mientras que al Derecho de la Competencia Desleal se le adjudica una naturaleza jurídica de carácter preponderantemente privado, pues los actos de competencia desleal simples que son los generalmente ejecutados, conllevan inmersos intereses exclusivamente privados, y por ende sus efectos afectarán únicamente intereses privados, sin embargo, ésta esfera se extenderá, cuando éstos actos de competencia desleal produzcan efectos negativos en la libre competencia.

- Otro elemento que diferencia al Derecho de la Competencia con el Derecho de la Competencia Desleal, radica en el factor atributivo de responsabilidad civil, debido a que para todos los ilícitos concurrenciales con excepción del abuso de posición dominante y sus derivados; es aplicable el factor atributivo de responsabilidad subjetiva, mientras que para el abuso de posición dominante y sus derivados, y para los actos de competencia desleal, sean éstos simples o agravados, es aplicable el factor atributivo de responsabilidad objetiva, en consideración del riesgo introducido en el comercio y el mercado. (Salazar, 2013, párrs. 3- 9).

Los factores de atribución previamente mencionados, son figuras completamente diferentes, puesto que a la luz de los supuestos de responsabilidad objetiva basta con demostrar el daño causado por cierta

operador económico para imputar la responsabilidad del mismo; mientras que, en el marco de los supuestos de responsabilidad subjetiva se debe examinar y analizar el actuar de la conducta del operador económico, es decir, se requiere verificar la existencia de conciencia y voluntad en la conducta cometida por el operador económico para poder imputar la responsabilidad.

2. CAPÍTULO II. TAMPERING O DATA DIDDLING

Con el desarrollo de los sistemas de comunicación y la informática, la sociedad ha ido adaptándose a nuevos paradigmas sociales y nuevas realidades, si bien pasamos de ser una sociedad primitiva a una sociedad industrial económicamente activa, el desarrollo de nuevas tecnologías ha permitido la evolución de la sociedad.

La tecnología al principio era concebida como una herramienta para satisfacer ciertas necesidades de las personas, sin embargo su rápido desarrollo ocasionó que ella se convirtiera en una herramienta fundamental para la vida diaria de todas las personas habitantes en el planeta, es por ello, que ésta transición evolutiva llevo a posicionarnos en lo que hoy se conoce como la era de la sociedad de la información.

La sociedad de la información “es aquella en la cual las tecnologías que facilitan la creación, distribución y manipulación de la información juegan un papel importante en las actividades sociales, culturales y económicas” (Carrión, s.f., p. 1), y en razón de su vital importancia en la sociedad, causa que “hoy en día, las relaciones comerciales, las administraciones públicas y la sociedad en general dependen de un alto grado de la eficiencia y la seguridad de la moderna tecnología de la información” (Rovira del Canto, 2002, p. 13). En tal virtud, la tecnología en la actualidad ha permitido que la sociedad en general, se convierta en una sociedad globalizada y los lazos civiles, comerciales, y las relaciones con la administración pública, dependan de dicho factor para su óptimo desarrollo.

Acorde con lo determinado en el párrafo anterior, la tecnología se ha convertido en un factor fundamental para el desarrollo del comercio, llegando incluso a formarse una nueva modalidad de comercialización de bienes o productos, a través del denominado comercio electrónico, en el cual las relaciones comerciales salen del paradigma común, y usuarios y consumidores pueden

acceder a bienes o servicios a través de las tecnologías de la información y comunicación; éste como otros privilegios forjados en el ámbito comercial a través del uso de la tecnología, han llevado a concebir que “Las redes informáticas internacionales se han constituido en los nervios de la economía” (Rovira del Canto, 2002, p. 13).

El comercio es parte fundamental del desarrollo económico, y como se observó en el capítulo anterior el uso abusivo del derecho de libertad de empresa por parte de ciertos operadores económicos ha generado la creación de nuevas ramas del Derecho de represión económica, siendo el Derecho de la Competencia el principal mecanismo idóneo de protección jurídica de los mercados y de la Libre Competencia, ante ciertos actos comerciales abusivos que restringen el adecuado funcionamiento de los mismos.

A través del uso de la tecnología lamentablemente también han surgido nuevas situaciones negativas en el ámbito económico-comercial, que han degenerado la eficiencia de los mercados y la transparencia de los mismos, y por el contrario, se ha fomentado la inseguridad en los partícipes del mismo y nuevos mecanismos de protección por parte de los operadores económicos como por ejemplo la concesión de licencias de uso de software.

Por consiguiente, se han originado una multiplicidad de nuevos ilícitos informáticos que posiblemente podrían ser sancionados por el Derecho de la Competencia. Es por ello que dentro del presente capítulo se analizará una nueva figura del Derecho Informático, que si bien puede constituir un delito, de incidencia penal, el estudio de la misma, se lo realizará exclusivamente función de su naturaleza, incidencia práctica y los posibles efectos que podría ocasionar el ejercicio irrestricto de la misma, para con ello entrelazarla con el Derecho Económico, y subsiguientemente involucrarla con el Derecho de Competencia.

El ilícito informático objeto de análisis dentro del presente capítulo será la figura antijurídica denominada como “Tampering o Data Diddling”, misma que, al igual

que los demás ilícitos informáticos, considerando que en la actualidad nos encontramos en una sociedad de riesgos, no sólo incumben al ámbito penal, sino a otros como el comercial.

Las vulneraciones que se suscitan a través del uso abusivo e ilegítimo de la tecnología, ocasionan de una u otra forma un daño en general a un sistema informático, o a un elemento integrante del mismo. Cada sistema informático consiste en “el conjunto que resulta de la integración de cuatro elementos: Hardware, software, datos, usuarios y su objetivo principal es el de integrar estos 4 componentes para hacer posible el procesamiento automático de los datos mediante el uso de computadoras” (Achurra, 2010, p. 3), es decir, un sistema informático puede realizar el procesamiento automático de datos, a través de un proceso determinado que se compone del Hardware, software, datos y usuarios.

En consecuencia de existir ciertos elementos integradores necesarios para el funcionamiento de un sistema informático, el mismo puede llegar a ser invalidado, destruido y deteriorado a través de la fragmentación de uno de éstos elementos, por consiguiente, se puede afirmar el hecho que existen una multiplicidad de delitos informáticos, que de manera independiente pueden vulnerar o afectar el Hardware, o el software, los datos inmersos dentro del ordenador o la cuenta del usuario titular del sistema.

2.1 DEFINICIÓN DEL TAMPERING O DATA DIDDLING

La era de la sociedad de la información rescata un elemento fundamental que es el riesgo, debido a que muchos doctrinarios, así como diversos tribunales judiciales han determinado que a pesar de que la tecnología sea posiblemente el cuarto factor de producción necesario para conseguir el desarrollo, todo aquello inmerso con ella es riesgoso, y en base a ello se han suscitado una serie de mecanismos a través de los cuales puedan vulnerarse los diversos sistemas informáticos, un mecanismo de éstos, es el Tampering o Data Diddling.

Previo a definir la figura del Tampering o Data Diddling es necesario entender que los conceptos de Software y base de datos, por lo cual, nuestro ordenamiento jurídico interno define al primero de ellos como:

“Programa de ordenador (software): Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un dispositivo de lectura automatizada, ordenador, o aparato electrónico o similar con capacidad de procesar información, para la realización de una función o tarea, u obtención de un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión o fijación.” (Ley de Propiedad intelectual, art. 7, 1998)

Es decir, el software o programa de ordenador constituye un bien jurídico intangible y consiste en la secuencia lógica que se encarga de ejecutar de manera sistemática y ordenada la realización de cierta función programada a través de las instrucciones emanadas por el usuario, mientras que por otro lado, una Base de datos consiste en la “compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en una unidad de almacenamiento de ordenador o de cualquier otra forma.” (Ley de Propiedad intelectual, art. 7, 1998). En tal sentido, una Base de Datos, desde un estricto sentido informático vendría a ser, el conjunto de información almacenada dentro de un ordenador, que a la vez también puede considerárselo como un bien jurídico intangible.

Una vez concebida la noción de software y base de datos es necesario definir la figura en mención, para poder determinar su naturaleza y efectos; por ende, el Tampering o Data Diddling consiste en la “modificación desautorizada de datos o al software de un sistema llegándose, incluso, a borrar cualquier información” (Zambrano, s.f., p.1). Asimismo, David López Jiménez ratifica esta definición al determinar que “la modificación de datos -data diddling o tampering- se refiere a la alteración desautorizada a los datos o del software del sistema, incluyendo borrado de archivos” (López, 2011, p. 3), es decir, el Tampering o Data Diddling es una figura la cual afecta directamente al software y los datos inmersos en un sistema informático.

El Tampering o Data Diddling es una figura peculiar dentro del estudio de los delitos informático, puesto que “es una de las conductas más elementales pero una de las más seguras y eficaces, por cuanto las manipulaciones hechas antes o durante la entrada de los datos al ordenador son difíciles de detectar” (Sánchez, 2002, p. 33). En estricto sentido, la ejecución de éste ilícito “puede tener consecuencias desastrosas si no se mitiga o detecta a tiempo” (Magán, Camacho, & García, s.f., p. 1), puesto que afecta directamente la integridad de los datos insertos dentro de una base de datos o un ordenador; o afecta la integridad del programa de ordenador o software.

El Tampering o Data Diddling por lo tanto, es una figura que vulnera un sistema informático a través de un ataque lógico o físico de modificación al soporte lógico (software) o externo del sistema (Hardware), que a diferencia de la manipulación informática, la cual, si bien es similar a la figura objeto de estudio, su ejecución puede realizarse sin la necesidad de suscitarse una alteración al sistema o parte de él. En tal circunstancia, se puede definir el término Tampering o Data Diddling como aquel ataque lógico o físico, mediante el cual se modifican desautorizadamente los datos, base de datos, y al software o programa de ordenador de un sistema informático ajeno, llegándose incluso a borrar la información contenida en la misma, o inutilizar el programa de ordenador.

El Tampering o Data Diddling puede ser el delito informático con mayor aplicación a nivel mundial, puesto que, puede ser ejecutado por cualquier persona, es decir no se requiere de un conocimiento técnico informático para la ejecución del mismo, es por ello que, en ciertos casos esta acción puede realizarse sin que pueda determinarse el origen, autoría ni tampoco su finalidad (Davara, 2007, p. 371), sin embargo, ésta figura por su facilidad de ejecución “puede ser realizado por insiders o outsiders, generalmente con el propósito de fraude o dejar fuera de servicio un competidor”. (Bustamante, s.f., p. 47), es decir que, particularmente en el Tampering o Data Diddling, en la actualidad puede ser realizado con el objetivo de restringir o eliminar la competencia.

El Tampering o Data Diddling, es una figura tan lesiva que además de poder restringir la competencia o dejar fuera de servicio a un competidor, al constituir un delito informático el ámbito de mayor afectación tanto cualitativa como cuantitativamente es y seguirá siendo el ámbito económico (Rovira del Canto, 2002, p. 189), es decir que, dependiendo de la gravedad o incidencia del caso, el Tampering o Data Diddling puede ser concebido como un perjuicio competitivo y económico y naturalmente penal, y éstos posibles efectos pueden acarrear ineludiblemente un perjuicio irreparable.

2.2 TAMPERING O DATA DIDDLEING A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

El Tampering o Data Diddling acorde lo determinado por los MISSOURI COMPUTER TAMPERING STATUTES de Estados Unidos de América, tiene una clasificación que presenta una variedad de actos constitutivos del mismo, como son tampering with computer data (tampering de datos informáticos), tampering with computer equipment (tampering de equipos informáticos), y tampering with computer users (tampering en usuarios de computadoras) (Corrigan & Schutz, 2009, p. 6), sin embargo, no todos los presupuestos incluidos en ellos constituyen ataques lógicos o físicos de modificación, puesto que, a pesar que el término Tampering o Data Diddling posee un reconocimiento internacional, dentro de la legislación interna de cada país es diferente, y acatan nociones diversas del presente delito informático. Por lo que a continuación se desarrollará el ilícito a la luz del Derecho Comparado:

2.2.1 Figura del Tampering o Data Diddling instituida dentro de la legislación Chilena

El Tampering o Data Diddling al igual que en las legislaciones internas de diferentes países se encuentra tipificado dentro de un ordenamiento jurídico penal, en Chile en particular, la figura en mención se encuentra tipificada como delito penal dentro de la Ley N° 19.223 contra delitos informáticos que entró en

vigencia en el mes de julio del año 1993, en los artículos 1 y 3 del cuerpo normativo aludido. Acorde con lo determinado previamente:

“... el artículo 1. Sanciona al que maliciosamente destruya, impida, obstaculice o modifique el funcionamiento de un sistema de información (...) (Ley 19.223, art. 1., 1993), (...) artículo 3 de la mencionada Ley chilena se sanciona al que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información.” (Ley 19.223, art. 3., 1993)

En conclusión, de los artículos aludidos se puede desprender el hecho que el artículo primero contempla una figura del Tampering o Data Diddling como un ataque dirigido a modificar directamente el funcionamiento de un sistema de información, es decir básicamente la modificación de un sistema informático encargado del resguardo, administración y provisión de la información, mientras que el artículo tercero se centra en una figura del Tampering o Data Diddling como una vulneración dirigida a modificar los datos inmersos dentro de un sistema informático. Cabe recalcar que la modificación inmersa dentro del presente ilícito puede ser física como técnica.

2.2.2 Figura del Tampering o Data Diddling acogida dentro de la legislación Española

El Tampering o Data Diddling dentro de España se encuentra definido dentro del artículo 264.1 y 264.2, así como en el art. 264 bis.1 y 264 bis.2 del Código Penal español como un delito de daño informático. El Código Penal español es de vital importancia estudiarlo debido a que dentro del artículo 264.2 circunstancia 4 de dicho cuerpo legal, se forja una lazo de conexión indirecto pero expresamente vinculado entre el Tampering o Data Diddling y el Derecho de la Competencia. En tal virtud, a continuación se citarán los referentes artículos para luego de ello, realizar el análisis respectivo de los mismos.

Art. 264 “1. El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave” (Código Penal español, art.264.1, 1995) del artículo 264.1 del Código Penal español, dentro del verbo rector y los tipos penales inmersos en el mismo, se determina a la alteración desautorizada de datos informáticos, así como la alteración ilegítima de programas informáticos como uno de los supuestos del delito, y éste verbo rector en particular le otorga a dicho artículo la calidad parcial de Tampering o Data Diddling como un ataque dirigido a alterar el funcionamiento del software, así como también los datos informáticos.

Art. 264 “2. Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias: (...) **4.ª** Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad,(...) (...) el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones. (...)” (Código Penal español, art. 264.2, 1995)

Del artículo citado, la única diferencia inmersa que existe con el artículo 264.1, es el hecho de que existen una serie de agravantes para el aumento de la pena por la ejecución del delito, empero, el elemento de vital y mayor importancia a rescatar dentro del artículo del cuerpo normativo aludido, es el hecho de encontrar intrínsecamente tipificado dentro de la 4ª circunstancia “la afectación del bienestar económico en general” como agravante del delito, sea dentro del mercado nacional como dentro del mercado de la Unión Europea. Éste

supuesto en particular, permite demostrar la incidencia que podría tener el Tampering o Data Diddling dentro del Derecho de la Competencia.

Art. 264 bis. “1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno: (...) **a)** realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior; (...)”(Código Penal español, art. 264 bis1., 1995)

A diferencia del artículo 264.1 y 264.2 del presente cuerpo normativo, el artículo 264 bis.1 y 264 bis.2 sostiene como elemento vinculante la modificación ilegítima del funcionamiento del sistema informático en general, es decir, mientras el artículo 264.1 y 264.2 sanciona la modificación ilegítima del software y la base de datos, el artículo 264 bis.1 y 264 bis.2 sanciona la modificación desautorizada de todo el sistema informático. El artículo 264 bis.2 es de igual importancia dentro del presente trabajo porque recoge las mismas circunstancias agravantes del artículo 264.2, y por ende, a través del mismo, también se forja un vínculo entre el Tampering o Data Diddling con el Derecho de la Competencia, siempre que la figura informática aludida afecte el bienestar económico en España o en la Unión Europea.

2.2.3 Figura del Tampering o Data Diddling establecida dentro de la legislación estadounidense

En Estados Unidos de América además del ordenamiento jurídico determinado en puntos anteriores, existe una variedad de leyes reguladoras de los delitos informáticos para cada Estado en particular, sin embargo, en 1994 se promulga el Acta Federal de Abuso Computacional, la cual entró en aplicación para todos los Estados federales miembros de los Estados Unidos de América, además de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado referentes a ilícitos informáticos, sin embargo el mismo fue modificado en el año de 1986. Cabe señalar que antes de la emisión de éste norma jurídica, los delitos informáticos

eran tratados como figuras técnicas concretas como por ejemplo: virus, daños a las computadoras y a los sistemas informáticos.

El Acta Federal de Abuso Computacional de Estados Unidos de América, indirectamente tipifica al Tampering o Data Diddling como delito informático en los literales a) numeral 5)(A), y e) numeral 8)(B). Por ende, el primero de ellos, recae sobre quien “a) 5)(A) con conocimiento cause la transmisión de un programa, información, código o comando, y como resultado de tal conducta, cause intencionalmente un daño sin autorización a un computador protegido.” (Acta Federal de Abuso Computacional de Estados Unidos, lit. a) 5) (A), 1994).

El Tampering o Data Diddling en el presente caso aplica para modificaciones desautorizadas intencionales realizadas a través de un ataque físico modificando información por medio de comandos, y ataques lógico al software o a la información que produzca daño a un sistema informático protegido.

El literal e) numeral (8) del cuerpo legal antedicho por su parte, determina que el término daño aplicará cuando se “vulnere la integridad y disponibilidad de la información, datos, y programas, en ciertas circunstancias en particular” (Acta Federal de Abuso Computacional de Estados Unidos, lit. e) 8), 1994), es por ello que uno de estos supuestos aplica para quien “(B) modifique o vulnere, o potencialmente modifique o vulnere una examinación médica, diagnóstico, tratamiento o cuidado de uno o más individuos;” (Acta Federal de Abuso Computacional de Estados Unidos, lit. e) 8)(B), 1994), es decir, cuando el Tampering o Data Diddling altere resultados médicos implicará un agravante en la sanción del mismo por constituir un daño lesivo a la información de la salud humana de una persona.

Dentro del cuerpo normativo aludido, además de ello contempla la posibilidad de análisis de todas las figuras a la luz de su afectación económica y social. Además de ello, es relevante resaltar que en Estados Unidos de América, el sistema jurídico pertenece a la familia del common law, y por ende, a más de

las leyes u ordenamientos jurídicos aplicables a todos los Estados y a cada Estado en particular, la principal fuente generadora de Derecho son los precedentes jurisprudenciales, es por ello, que en el transcurso del presente trabajo se observará cómo el ilícito analizado dentro del presente capítulo, a través de un precedente jurisprudencial de éste país, puede ser objeto de interés desde la órbita del Derecho de la Competencia.

2.2.4 Figura del Tampering o Data Diddling acogida por la Organización Mundial de Las Naciones Unidas (ONU)

La Organización de las Naciones Unidas por su parte observó con preocupación la falta de tipificación de delitos contra la informática en todo el mundo, en base a ello elaboró una clasificación de delitos informáticos, con el objetivo de evitar y prevenir la proliferación de ellos, o incentivar a países la adopción de dicho modelo, sin embargo, escasos países adoptaron ésta postura. A pesar de ello, al marco de ésta clasificación, el Tampering o Data Diddling fue involucrado dentro de la noción de sabotaje informático, al determinarse el mismo como “el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadoras con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema.” (Costa, 2006).

En conclusión, la ONU ubicó al Tampering o Data Diddling desde una doble perspectiva, por un lado, como una manipulación de los datos de entrada, reiterando que ésta modalidad es la más común de todas, ya que “no requiere de un conocimiento técnico de la informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de éstos” (Téllez, 2009, p. 193), mientras que por otro lado, la misma ONU manifiesta que en la manipulación de programas, el autor del delito debe tener un conocimiento técnico para poder ejecutarlo, ya que el presente delito “consiste en una modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o rutinas” (Téllez, 2009, p. 193).

2.2.5 Características Comunes (Tabla Comparativa)

Tabla 1: Características comunes aplicables al Tampering o Data Diddling

	Chile	España	Estados Unidos de América	Organización de las Naciones Unidas (ONU)
Objetivo de protección	Prevenir ataques dirigidos al funcionamiento de un sistema de información, y datos contenidos en el mismo.	Protección de ataques contra datos, programas y documentos informáticos, y el funcionamiento de sistemas informáticos.	Prevenir ataques técnicos dirigidos al sistema informático en conjunto, o a datos concernientes a la salud humana inmersos en un sistema informático.	Prevenir ataques que restrinjan en normal desenvolvimiento de los sistemas informáticos.
Bienes protegidos	Información almacenada en un sistema informático.	Programa de ordenador e información almacenada en una base de datos, o en un documento o sistema informático.	Información de contenido médico y sistemas informáticos protegidos	Sistema informático e información informática.
Modus operandi	Ataque lógico y ataque físico.	Orientado a ataques lógicos.	Orientado a ataques lógicos.	Ataque lógico y ataque físico.
Verbos rectores	Modificar, destruir y dañar.	Dañar, alterar, restringir, obstaculizar, borrar y deteriorar.	Dañar, modificar.	Borrar, suprimir y modificar.

2.3 TIPOS EJEMPLIFICATIVOS Y COTIDIANOS DE ATAQUE DE TAMPERING O DATA DIDDLING

El Tampering o Data Diddling como se ha demostrado anteriormente, es un ilícito que puede ser ejercido a través de ataques lógicos como físicos; en base a ello, los ataques físicos se pueden suscitar mediante: la alteración de ciertos elementos del componente físico del sistema informático, una simple instrucción enviada al sistema para la eliminación de cierta información, la modificación directa del lenguaje binario del código fuente del sistema, así como también a través de la introducción de ciertas ordenes o comandos que arrojen diferentes instrucciones o modifiquen la información de un sistema informático o parte de él, o modifique la función que debe cumplir un software.

Los ataques lógicos, por otro lado, requieren de un conocimiento técnico-informático, y su diferencia con los ataques físicos constriñe en que los ataques lógicos son realizados a través de medios tecnológicos y almacenados en un soporte lógico- informático, es decir en el propio soporte eléctrico denominado bit, con la capacidad de poder activarse en cualquier momento y por determinada circunstancia, y, expandirse sin necesidad de existir presencia física del delincuente, es decir, los ataques lógicos pueden almacenarse en un sistema informático y mantenerse allí y activarse sin necesidad de recibir una orden de su creador. Entre los ataques lógicos más comunes se encuentran: los virus, bombas lógicas, Troyanos y gusanos informáticos, los cuales se desarrollarán a continuación:

2.3.1 Bombas lógicas

Uno de los ataques informáticos posiblemente más difíciles de detectar y más complejos de prevenir es la bomba lógica o también conocida bomba de tiempo, debido a que “se activa al aproximarse una determinada fecha con la que ha sido programada para activarse (...) o (...) se activa cuando el usuario realiza una serie de operaciones habituales” (Fillia, Monteleone, Nager, &

Sueiro, 2007, p. 106), en concordancia de ello, otra parte de la doctrina sostiene la Bomba de tiempo o bomba lógica son “introducciones lógicas en un programa informático que se activa ante determinada circunstancia (fecha, orden entre otros), dañando o destruyendo los datos informáticos contenidos en el ordenador” (Pérez, 2012, p. 253).

Las Bombas Lógicas por lo tanto, son aquellos ilícitos informáticos mediante los cuales existe una introducción lógica dentro de un software, que puede activarse mediante dos tipos de circunstancias determinadas por su creador: una de ellas, es el alcance de un fecha determinada, y un otra de ellas, se suscita cuando el usuario que utiliza el sistema vulnerado, realiza número de veces determinado cierto acontecimiento en particular, y consecuentemente, suscitadas estas circunstancias, el presente ataque puede dañar así como destruir cierta información contenida dentro de un sistema informático. En éste sentido, el Tampering o Data Diddling cometido a través de bombas lógicas produce una modificación ilegítima a un software o programa de ordenador.

2.3.2 Virus

El virus informático es el mecanismo de ataques informático más conocido en la presente era. En virtud de ello, el virus contiene “un elemento que suele alterar en forma nociva el adecuado funcionamiento de los sistemas informáticos produciendo desperfectos y afectando el normal desempeño de los mismos” (Fillia, et. al, 2007, p. 101). Éste elemento esencial del virus, radica básicamente en un código malicioso.

Los virus informáticos pueden incorporarse a “programas secuenciales de efectos previsible, con capacidad de reproducción en el ordenador y su expansión y contagio a otros sistemas informáticos” (Pérez, 2012, p. 254). Por consiguiente, los virus son programas informáticos, que contienen un “código malicioso” en ellas, que se adhieren dentro un programa de ordenador, documento electrónico base de datos, sea del mismo sistema informático u otro

sistema informático que haya tenido contacto con el sistema infectado, con el objetivo de expandirse y saturar el sistema. Cabe recalcar que el Tampering o Data Diddling ejercido a través de virus consiste en una conducta ilícita modificadora del software y de información contenida en un sistema informático.

El Tampering o Data Diddling ejercido a través de virus puede llegar a tener relevancia con el Derecho de Competencia en sentido que, podrían existir operadores económicos que lleguen a tener acuerdos con un ingeniero en sistemas, para que éste realice un virus que pueda infiltrarse en los sistemas informáticos de su competencia para poder eliminarlos del mercado, o afectar su participación dentro del mismo.

2.3.3 Caballo de Troya “Trojanos”

El mecanismo de ejecución de ilícitos informáticos es a través del denominado “Caballo de Troya” o más conocido como troyano, según Pablo Palazzi es un “programa de apariencia normal, pero que una vez ejecutado destruye la información almacenada en la computadora” (Fillia, et. al, 2007, p. 107); ésta definición es a su vez compartida y aclarada por el Dr. René de Sola Quintero, quien manifiesta que el Caballo de Troya “consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.” (De Sola, s.f., pp. 7- 8).

En resumen, puede definirse al Caballo de Troya como aquellas indicaciones inmersas dentro de un programa de ordenador aparentemente legítimo y auténtico, para que acorde a las instrucciones insertas en el mismo, pueda destruir información almacenada dentro del sistema informático en el que se encuentra alojado dicho programa de ordenador o inutilizar el mismo.

El “modus operandi” que pueden utilizar los operadores económicos para eliminar a sus competidores, restringir la competencia y vulnerar su

transparencia, se suscita cuando dicho operador ejecuta el Tampering o Data Diddling a través de un programa de ordenador esencial en los sistemas informáticos de sus competidores, y con ello elimina información dentro de dichos ordenadores, llegando incluso a congestionar el mismo, y consecuentemente perturbar la agilidad habitual de dicho computador.

2.3.4 Gusanos

Otro mecanismo de ataque a la información contenida dentro de un sistema informático de común aplicación, es a través de los gusanos cibernéticos, los cuales “se infiltran en los programas sea para modificar o destruir datos, pero se diferencian de los virus porque no pueden regenerarse” (Fillia, et. al, 2007, p. 108), es decir, que los gusanos informáticos son códigos que se adhieren a un software con el objetivo de modificar o destruir información relevante, que se encuentra dentro de un ordenador, sin embargo, éstos gusanos informáticos carecen de la facilidad de regenerarse, y por ende, una vez exterminados no vuelven a vulnerar el sistema.

2.4 BIENES JURÍDICOS VULNERADOS POR MEDIO DE LA PRÁCTICA DEL TAMPERING O DATA DIDLING

La evolución social que ha surgido a través de la revolución tecnológica, acorde con lo determinado en puntos anteriores, ha generado al Derecho la necesidad de evolucionar y desarrollarse a la par de la tecnológico, es por ello que uno de los avances más recientes y fundamentales que ha influido al Derecho sobre la tecnología, ha sido la incorporación de ciertos ilícitos informáticos dentro del ámbito penal, elevándolos de ésta forma dentro de la calidad de delito. Por consiguiente, al igual que los delitos comunes, los delitos informáticos debieron sujetarse al cumplimiento de una serie de requisitos esenciales, como lo es la protección de un bien jurídico protegido a través de la tipificación.

Los sistemas informáticos acorde con lo determinado dentro del presente trabajo, están compuestos por una serie de elementos que permiten su

funcionamiento, entre estos elementos se puede apreciar el software o soporte lógico, hardware o soporte físico, los datos almacenado en bits que constituyen información y los usuarios que son quienes a través de cierta acción manejan el sistema informático, en éste sentido, a pesar de que los elementos precitados son completamente diferentes, en la interconexión de éstos tres se almacena un bien en particular que es la información, en tal virtud independientemente el ataque informático que se suscite, devendrán siempre en una afectación a la información.

Considerando que la revolución tecnológica ha llevado inmiscuirnos en la era de una sociedad inteligente, que cada vez depende más de la tecnología, la norma penal ha elevado a la información dentro de la categoría de bien jurídico protegido en los delitos informáticos, con el objetivo de “resguardar la información como bien jurídico protegido en el ejercicio legal y magistral” (Pérez, 2012, p. 245), es decir que en estricto sentido la información contenida en un soporte informático constituye un bien jurídico protegido por la normativa penal, debido a que ha logrado ser concebida como un factor fundamental para el desarrollo social.

La información contenida en las tecnologías de la información y comunicación, a la par de ser catalogada como un bien jurídico protegido dentro del ámbito penal, fue y continúa siendo objeto de protección desde un estricto sentido económico, ya que “la importancia económica de la información no está puesta en duda y es un verdadero bien susceptible de apoderamiento con un innegable valor patrimonial o contenido económico inherente o intrínseco, que radica en el destino o utilidad de ella”. (Téllez, 2009, p. 69), en éste estricto sentido, la información contenida dentro un sistema informático también es objeto de protección desde el ámbito económico.

La información “debe ser considerado un valor económico de empresa” (Pérez, 2011, p. 251), y por ende “su contenido económico requiere una tutela jurídica en razón de los diferentes derechos y obligaciones que genera” (Téllez, 2009,

p. 69). En tal virtud, la información puede llegar a ser un bien jurídico de contenido económico para los diversos operadores económicos, y en el evento que dicha información se encuentre almacenada dentro un sistema informático, sitúa al mismo objeto como un bien jurídico intangible capaz de generar derechos y obligaciones de índole económica.

El hecho de catalogar a la información almacenada dentro de un sistema informático, como un bien objeto de protección jurídica dentro del Tampering o Data Diddling es a su vez insuficiente, puesto que la figura en mención, busca proteger la información contenida dentro de una base de datos o un software, por lo tanto, éste precepto amplía la perspectiva del bien jurídico protegido dentro de éste ilícito informático. Es por ello que previo a determinar el bien jurídico protegido dentro del Tampering o Data Diddling, es relevante resaltar la protección jurídica que brinda uno de nuestros ordenamientos jurídicos internos reguladores del tráfico económico respecto al software y las bases de datos, para en lo posterior analizar su incidencia dentro del Derecho de la Competencia.

Dentro de la Ley de Propiedad intelectual ecuatoriana, tanto las bases de datos, así como los programas de ordenador (software) se encuentran protegidos como derechos de autor, dentro del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, literal b) para bases de datos y literal k) para programas de ordenador o software. Cabe aclarar, que la protección jurídica a través de derechos de autor del software, protege tanto los derechos patrimoniales como derechos morales insertos dentro de dicho programa, así como protege individual o conjuntamente las partes constituyentes del mismo, que son: código fuente y código objeto.

El código fuente y código objeto por lo tanto son elementos contenedores de información, y son elementos completamente diferentes ya que el código fuente “es el que está escrito en el lenguaje de programación, que es legible por los seres humanos.” (Moisset de Espanés & Hiruela de Fernández, 2012, p. 57),

mientras que el código objeto por su parte “es una sucesión de 1s y 0s que resulta, como expresión incomprensible para la mayoría de los humanos” (Carranza, 2008, p. 229), es decir “el código objeto es el lenguaje de la máquina, que se expresa en alfabeto binario y por tanto es ininteligible para el ser humano” (Moisset de Espanés & Hiruela de Fernández, 2012, p. 57).

De conformidad con lo determinado, se puede determinar que ambos son códigos informáticos, sin embargo, mientras el código fuente constituye un lenguaje de programación diseñado por cierta persona natural, que a su vez es comprensible para el ser humano y generan instrucciones que debe seguir la computadora; para poder ser ejecutado el programa de ordenador o software, el código objeto por su parte, constituye una cifra binaria contenida en líneas de texto determinadas por su creador, las cuales son comprensibles exclusivamente por la computadora que a su vez, se complementa con el código fuente, y consiguientemente, ambos permiten la ejecución automática del software.

Una vez desarrollada la protección jurídica del software y bases de datos como derechos de autor dentro de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, es pertinente concretar el bien jurídico protegido en el Tampering o Data Diddling. En relación a ello, Sánchez Ramos establece que una subcategoría de los activos intangibles son: “d) Activos intangibles relacionados con la tecnología. Entre ellos, patentes y tecnología no patentada, software, bases de datos, fórmulas secretas, procesos, etc.” (Sánchez, 2009, p. 90), es decir, el software así como las bases de datos, al ser objetos inmateriales capaces de representar un valor patrimonial, pueden constituir de igual manera un bien jurídico de vital relevancia en la sociedad de la información.

Al concebir que el Tampering o Data Diddling aplica para aquellos ataques dirigidos al software y bases de datos, y considerando que la información almacenada en sistemas informáticos es el bien jurídico protegido en los delitos informáticos, se puede determinar que el bien jurídico protegido en el

Tampering o Data Diddling es la integridad de la información alojada en las bases de datos y en los programas de ordenador o software's.

Al encontrarse protegidos dichos elementos (software y bases de datos) como derechos de autor, estos, en virtud de constituir derechos económicos de propiedad que a su vez son derechos relativos y de segunda generación, se han delimitado a través de la concesión de licencias de uso de software, así como la subordinación del cumplimiento de fines sociales, ambientales y de bienestar en general, por lo tanto, deben de igual forma sujetarse a los principios de corrección económica y bienestar económico en general, caso contrario, si el ilícito en mención afectare notablemente el bienestar económico en general, el órgano administrativo competente para conocer ésta causa sería el órgano regulador de la Libre Competencia, que en el caso ecuatoriano vendría a ser la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

2.5 BREVE SÍNTESIS DEL TAMPERING O DATA DIDDLING A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.5.1 El Tampering o Data Diddling dentro del Código Integral Penal

El Tampering o Data Diddling, a pesar de constituir una figura sui generis inmersa en el ámbito penal, se encuentra indirectamente tipificado dentro del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en el capítulo referente a los delitos contra la información. El delito que indirectamente tipifica el Tampering o Data Diddling se encuentra inmerso dentro del “art. 232. Ataque a la integridad de sistemas informáticos” el cual reza lo siguiente:

“Ataque a la integridad de sistemas informáticos.- La persona que destruya, dañe, borre, deteriore, altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico, de sistemas de tratamiento de información, telemático o de telecomunicaciones a todo o partes de

sus componentes lógicos que lo rigen (...)” (Código Orgánico Integral Penal, art. 232, 2014)

El presente artículo trae a colación una noción de Tampering o Data Diddling como una vulneración al componente físico como lógico, sin embargo a diferencia de los demás tipos Tampering o Data Diddling que se han estudiado dentro del presente trabajo, la figura en mención, dentro del marco penal ecuatoriano, a pesar de poseer una variedad exorbitante de verbos rectores, únicamente contempla ataques lógicos o físicos maliciosos dirigidos a alterar la información o datos contenidos dentro de un componente lógico, es decir no contempla la modificación desautorizadas dirigidas a un programa de ordenador o software.

2.5.2 Insuficiencia de la norma penal referente al Tampering o Data Diddling

Como se ha observado dentro del presente capítulo, actualmente la humanidad se encuentra inmersa en una sociedad dependiente del factor tecnológico para alcanzar índices óptimos de desarrollo, ya que la misma tiene una fuerte relevancia económica, por lo tanto, se puede determinar que “el desarrollo tecnológico crece con complejidad y rapidez, así como los consecuentes cambios sociales, haciendo aparecer nuevos riesgos con mayores impactos” (Rovira del Canto, 2002, p. 20), riesgos que requieren de una mayor protección, y en su mayoría de ocasiones produce efectos nocivos al bienestar económico.

Asimismo, el hecho de sancionar las vulneraciones informáticas únicamente a través de delitos informáticos “permite que numerosas acciones dolosas no sean castigadas como deberían, debido al escape que tienen, al no estar tipificadas como delito en la legislación penal” (Davara, 2007, p. 381), es decir, que en el caso concreto del Tampering o Data Diddling, al ser una figura atípica podría recaer el acto ilícito en impunidad, por el simple hecho de no

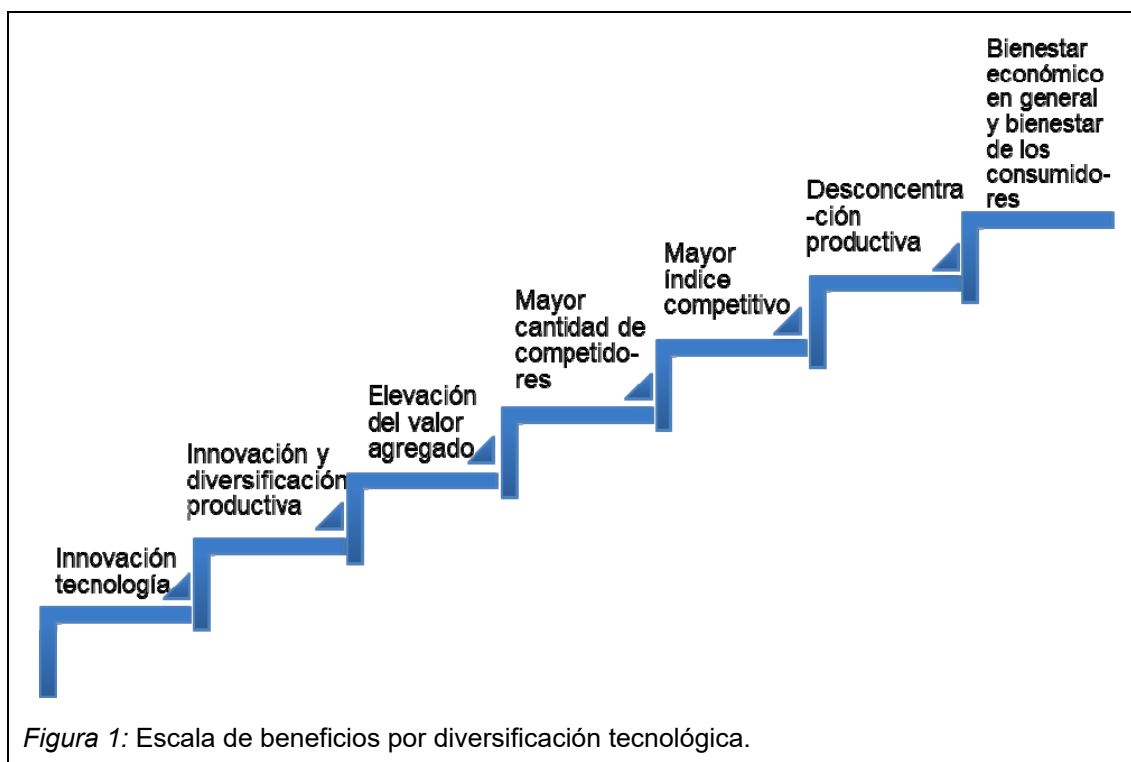
encontrarse expresamente tipificada como delito dentro de la norma penal. Un claro ejemplo en que ésta figura podría quedar en la impunidad dentro de nuestro país, sería en el evento de que se ejecutare la figura del Tampering o Data Diddling mediante un ataque al software, y por consiguiente, el hecho de que el delito no contemple como bien jurídico protegido la integridad informática de un software, dicho ilícito podría recaer en la impunidad del mismo.

Otro mecanismo para poder proteger los ataques derivados del presente ilícito, es a través de una acción civil que permita una reparación de los daños causados por el uso indebido de los sistemas informáticos, como por ejemplo lo considerado en los Estatutos de Manipulación Informática de Missouri o la Ley Federal de fraude y abuso Informático de Estados Unidos, o a su vez a través de una acción civil y/o comercial por incumplimiento de contrato de licencia de uso de software que permita la reparación del operador económico titular de los derechos de propiedad intelectual protegidos que recaigan sobre la obra. Sin embargo, éstos hechos equivaldrían únicamente aplicables para proteger intereses privados, pero como se ha logrado observar a lo largo del presente trabajo, la ejecución de éste delito podría derivar en una afectación directa a intereses económicos.

La ejecución de éste ilícito podrá recaer en vulneraciones económicas, que si bien podrían ser resueltas a través de los órganos reguladores de la Propiedad Intelectual, acorde lo determinado por la doctora Katty Pérez Ordóñez, al igual que la normativa de Propiedad Intelectual “son insuficientes para la protección específica de la información” (Pérez, 2012, p. 251) almacenada dentro de un sistema informático, debido a que, al encontrarnos económicamente dentro de un Estado del bienestar, los ilícitos informáticos no solo afectan a las personas, también tiene efectos colectivos que no necesariamente han sido el objetivo perseguido por el autor del delito (Rovira del Canto, 2002, p. 19), es decir, que en muchas ocasiones el Tampering o Data Diddling podría supere interés supraindividuales, y afectar el bienestar económico.

Por lo tanto, acorde lo determinado por Lloret, R existe una “necesidad de profesionales que pudieran (...) tratar los ilícitos informáticos (...) en la definición y localización de procedimientos atípicos” (Davara, 2007, pp. 376-377), sin embargo, el hecho de limitar derechos a través de la concesión de licencias de uso de software como se analizó anteriormente, no han contrarrestado a cabalidad la ejecución del delito, puesto que dichos contratos en su mayoría benefician exclusivamente al titular de los derechos que recaen sobre dicha obra.

En éste estricto sentido, se puede determinar que el Tampering o Data Diddling podría ser incluido como un ilícito concurrencial, en el evento que produzca efectos negativos en el bienestar económico en general, y dichos efectos superen los umbrales de aplicación de las reglas analizadas dentro del Derecho de la Competencia. Previo a culminar éste capítulo, el siguiente gráfico, basado en la filosofía del economista Clemente Ruiz Durán demostrará la incidencia de la tecnología en la eficiencia económica (Ruíz, 1992, pp. 1- 3):



3. CAPÍTULO III. TAMPERING O DATA DIDDLING EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La tecnología como se ha logrado profundizar dentro del capítulo anterior, cada vez tiene mayor importancia. Por ello su influencia, uso y manejo han llevado a concebirla como un factor de producción adicional a los que naturalmente se conoce, puesto que “la empresa que logra evangelizar mejor que otra en la utilización de su tecnología adquiere una ventaja competitiva” (Carranza, 2008, p. 247). En tal razón, la revolución tecnológica ha sobrepasado los límites de tutelas jurídicas por parte del Derecho y sus ramas afinas, siendo actualmente un factor fundamental dentro del desarrollo económico al punto de que ciertos operadores han hecho usos ilegítimos de la misma.

Los operadores económicos al observar el enorme desarrollo y soporte que brinda la tecnología dentro de los ámbitos comerciales y económicos, han hecho uso de las mismas con el objetivo de facilitar o agilizar su trabajo, empero, otros operadores deshonestos del mercado han logrado dominar ésta herramienta y han cometido una serie de arbitrariedades con la misma, incurriendo de ésta manera en “nuevas formas de enriquecimiento ilícito basadas en maniobras fraudulentas y engañosas que se aprovechan de una economía basada en la intensidad y velocidad del tráfico mercantil” (Sintura, 1998, p. 273). Uno de los mecanismos habituales con los que se ha cometido estas vulneraciones ha sido el ataque de “Tampering o Data Diddling”.

El Tampering o Data Diddling puede tener tal impacto dentro de la sociedad al punto de eliminar operadores económicos, monopolizar un mercado e incluso controlar e invadir una industria. Un claro ejemplo es el caso suscitado en los años 80, en Estados Unidos de América entre Artic International Inc. (Artic) y Midway Manufacturing Co. (Midway), en dónde Artic fabricó un kit acelerador que modificaba ciertos aspectos del videojuego Galaxian de propiedad de Midway, dentro de dicho kit, se encontraban ciertos dispositivos que contenían cierto código necesario que permitía alterar el videojuego, éste caso fue llevado

a los tribunales locales en donde, el tribunal de apelaciones decidió fallar a favor de Midway, resaltando que Artic había creado una obra derivada, con la cual se alteraba en código fuente original del videojuego Galaxian (Carranza, 2008, pp. 263-264).

Así como dicho caso tubo su importancia en los consumidores y en el mercado de consolas de videojuegos, han existido múltiples ataques de Tampering o Data Diddling que han impactado dentro de diferentes mercados. En vista de ello, dentro del presente capítulo se estudiará el caso jurídico estadounidense “United States v. McLemore, 792 F. Supp. 96 (1992)”, adaptándolo a la actualidad y realidad social y jurídica de nuestro país, así como se estudiará la figura del Tampering o Data Diddling suscitada en éste caso a la luz del marco legal actual de Derecho de la Competencia que se posee dentro de nuestra legislación y concluiremos determinando si dicho caso podría afectar en Derecho de la Competencia.

3.1 RESUMEN GENERAL DEL CASO LEGAL ESTADOUNIDENSE UNITED STATES V. MCLEMORE, 792 F. SUPP. 96 (1992)

Antecedentes.- El caso United States v. McLemore, 792 F. Supp. 96 (1992), se suscita en virtud de que el acusado el señor Charles R. McLemore interpone una moción de desestimación ante la Corte del Distrito Sur de Alabama de los Estados Unidos de América de conformidad con la regla 33 del Reglamento Federal de Procedimiento Penal para obtener un nuevo juicio, así como también invoca la regla 12 de dicho cuerpo legal con el objetivo de desestimar la acusación realizada por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América. La regla número 33 invocada hace referencia a la concesión de un nuevo juicio al procesado por interés de justicia, mientras que la regla número 12 consiste en anular los cargos infundados en virtud de carecer de legalidad por mala aplicación de la normativa jurídica.

El hecho consistía en que el acusado, el señor Charles R. McLemore en abril de 1988 fue condenado por hacer retroceder de manera ilegítima y fraudulenta

las lecturas de los odómetros en vehículos en violación del Código 15 secciones 1984 y 1990c (a) de los Estados Unidos de América, sin embargo, en julio de 1991, al poseer una pistola, rifle y escopeta fue acusado y condenado por el delito de posesión de arma de fuego de conformidad con lo determinado en el Código 18 Sección 922(g) de dicho país. En síntesis, ésta segunda infracción fue objeto de una acumulación de penas ya que de conformidad con lo determinado en el Código 18 Sección 922(g) aludido, dichos delitos son sancionados con una pena mayor a un año de prisión.

Posición de las Partes:

Gobierno de los Estados Unidos de América (Actor/ titular de la acción).-

El Gobierno de Estados Unidos de América incriminó al señor Charles R. McLemore bajo el Código 18 Sección 922(g) de dicho país en virtud de considerar que aunque la alteración de odómetros se considera un acto de Competencia Desleal Agravada, éste acto era ilícito por tener como origen el fraude por engaño y por lo tanto es un delito *malum in se*, y no *malum prohibitum* como los actos de competencia desleal y por lo tanto pueden ser procesados por ejemplo bajo delitos como fraude postal, fraude electrónico y fraude por engaño al Estado, y por lo tanto el Gobierno puede tener la facultad de procesar éste delito bajo el Código 18 Sección 922(g), aun así dicho delito esté exento en virtud del Código 18 Sección 921(a) (20), en vez de procesar el mismo bajo el Código 15 secciones 1984 y 1990c (a) de Estados Unidos de América.

El actor también argumentó que no existían al momento del juicio fuentes legislativas del Código 18 Sección 921(a) (20), que apoyaran que los delitos de tipo comercial debían quedar exentos de la definición de los delitos incorporados dentro del Código 18 Sección 922(g). Por consiguiente, el Gobierno finalizó su intervención citando el caso legal “U.S. v. Meldish, 722 F.2d 26, 28 (2nd Cir. 1983)”, sosteniendo que dicho caso a pesar de no ser vinculante, era aplicable dentro de dicho proceso debido a que, en el caso

citado no fue indispensable comprobar la afectación a los competidores o consumidores a pesar de ser un ilícito comercial; y por ende, la adulteración de odómetros era un acto fraudulento por sí mismo que no requería de comprobar la afectación a los competidores o consumidores.

Charles R. McLemore (Acusado).- El señor Charles R. McLemore comenzó recusando la condena que sobre él recaía, alegando que el delito comercial de hacer retroceder fraudulentamente los odómetros de los vehículos que había sido sentenciado inicialmente, no recaía dentro de los delitos subyacentes ni las penas comprendidas dentro del Código 18 Sección 922(g) de los Estados Unidos de América, en virtud de que el acto se excluía de dicho cuerpo legal en razón del Código 18 Sección 921(a) (20) de los Estados Unidos de América, el cual determinaba que se eximía de la sección mencionada inicialmente a los delitos relativos a “violaciones antimonopolio, prácticas comerciales desleales, restricciones de comercio y otros delitos similares que sean relativos a la regulación de las prácticas comerciales”

Asimismo, el acusado dentro del memorando adjuntado dentro de dicho caso señaló que antes del año de 1986, las violaciones al Código 15 secciones 1984 y 1990c (a) no eran considerados como delitos graves, y por ende, siendo un delito menor el que había cometido, no podía ser enjuiciado bajo el Código 18 Sección 922(g), así también dentro del informe que había presentado, exigía que se aplique la regla de lenidad a su favor, la cual determina que en cualquier resolución de un conflicto penal en que exista una ambigüedad normativa, se aplicará la regla favorable al acusado de conformidad como se indicaba en el juicio “ Crandon v. U.S., 494 U.S. 152, 158, 110 S. Ct. 997, 1001, 108 L. Ed. 2d 132 (1990)”.

El acusado finalizó resaltando su postura inicial en la que determinaba que Código 18 Sección 921(a) (20) expresamente determinaba una excepción al Código 18 Sección 922(g), y por consiguiente los actos de competencia desleal y los delitos similares relativos a la regulación de las prácticas comerciales, no

tenían la misma naturaleza jurídica que los delitos contemplados dentro del Código 18 Sección 922(g) de los Estados Unidos de América.

Problema Jurídico Planteado.- El problema jurídico planteado dentro del presente caso se suscitó en determinar si efectivamente la decisión judicial decretada en primera instancia era correcta, y por ende podía determinarse que la modificación de odómetros dentro de los vehículos podía considerarse como un delito grave de conformidad con lo determinado en el Código 18 Sección 922(g) de los Estados Unidos de América, o a su vez dicho acto, consistía en un acto de competencia desleal que debía ser sancionado como tal bajo el Código 15 secciones 1984 y 1990c (a) de los Estados Unidos de América; y por consiguiente constituía una excepción al Código 18 Sección 922(g) en mención, de conformidad con lo determinado en el Código 18 Sección 921(a) (20).

Razonamiento y decisión de la Corte.- El Tribunal de la Corte del Distrito Sur de Alabama de los Estados Unidos de América (Segundo Circuito), comenzó primeramente resaltando que el Código 15 secciones 1984 y 1990c (a) tiene como objetivo sancionar los actos de competencia desleal que incluyen los actos desleales agravados (único caso que se vincula con el Derecho de la Competencia en el Derecho de Competencia Desleal), en armonía con lo previsto dentro del Código 18 Sección 921(a) (20), en tal virtud el Gobierno de los Estados Unidos debía vivir con la decisión de iniciar un proceso al señor Charles R. McLemore, por la alteración de los odómetros de los vehículos utilizando para ello el Código 15 secciones 1984 y 1990c (a).

Así también, el tribunal sostuvo que en el caso “U.S. v. Meldish, 722 F.2d 26, 28 (2nd Cir. 1983)” citado por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América, en el término “práctica desleal” se encuentra determinado dentro del mismo, como requisito fundamental la afectación negativa a los consumidores o competidores, determinando que si bien la adulteración fraudulenta de odómetros puede estar prohibida o sancionada bajo otros estatutos, el acto en

particular se encontraba prohibido bajo el Código 15 secciones 1984 y 1990c (a), es decir bajo el término de “competencia desleal” justamente por el efecto negativo que recaía en la competencia y en los consumidores, apoyando esta idea bajo lo determinado en la historia legislativa de la Ley de Veracidad en Kilómetro de 1986.

El tribunal determinó además, que justamente el Congreso de los Estados Unidos de América había determinado la necesidad de proteger a los consumidores contra el costo anual de DOS MIL MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 2.000.000.000,00) que como compradores de automóviles han pagado en exceso por vehículos que han tenido un kilometraje no declarado, en virtud de lo determinado en 1986 bajo el U.S. Code Cong. and Adm. News, 5620-27. Por consiguiente el Tribunal determinó que la condena que tuvo el señor Charles R. McLemore en 1988, no es un delito subyacente de conformidad con lo determinado en el Código 18 Sección 922(g) de U.S.A.

Para finalizar el tribunal analizó que el auto de procesamiento y la condena que recibió el señor Charles R. McLemore por la posesión de un arma de fuego no eran correctas acorde a Derecho y por lo tanto ambos anulaban la decisión expedida por la corte de primera instancia el 5 de febrero de 1992 y por ello se aceptaba la moción sostenida por el acusado, concediendo la Regla número 33 del Reglamento Federal de Procedimiento Penal otorgando de ésta manera un nuevo juicio, así como también conceder la Regla número 12 de dicho cuerpo legal, y anular la moción y cargos imputados contra Charles R. McLemore.

En este caso se observa la conexión del Derecho de la Competencia que se activa en protección de los consumidores y el sistema competitivo, con los actos desleales agravados.

3.2 TAMPERING O DATA DIDDLING COMO COMPETENCIA DESLEAL AGRAVADA (APLICADO AL CASO LEGAL ESTADOUNIDENSE 792 F. SUPP. 96 (1992))

El Tampering o Data Diddling es un delito informático, sin embargo, los efectos que produce la ejecución del mismo no sólo incumben al Derecho Penal, sino también a las demás ramas del Derecho, como el de Libre Competencia, Competencia Desleal y Competencia Desleal agravada que es el único caso en que se admite un acto desleal como anticompetitivo.

Para el estudio del caso jurídico estadounidense planteado anteriormente desde las perspectivas de Competencia Desleal y Competencia Desleal agravada, se añadirá al mismo cuatro variables que permitirán ilustrar con mayor facilidad, la inserción del caso planteado como un supuesto acto de competencia desleal agravada y dentro del ámbito tecnológico en general, deslindando de ésta manera en cierta parte, los componentes mecánicos del odómetro.

Las variables que se incorporan al presente caso son: 1) Para efectos de análisis desde el marco jurídico ecuatoriano, se supondrá que el caso jurídico estadounidense se hubiere cometido dentro de la feria de venta de vehículos usados de Cemexpo en la ciudad de Quito; 2) Se determinará que dicho acto fue cometido durante todo el mes de febrero del año 2015; 3) El señor Charles Mclemore, será un comerciante de vehículos usados; 4) Ya que el presente trabajo versa en parte sobre tecnología, se supondrá que los odómetros alterados fueron odómetros digitales, mas no odómetros análogos.

Para lograr enfocar el caso en el ámbito tecnológico y consiguientemente inmiscuirlo dentro de la figura de corrección económica enunciada, primeramente se procederá a detallar la estructura informática de los odómetro digitales, el ataque lógico mediante el cual se adultera la lectura de dicho instrumento; y, consiguientemente se incorporará a dicho ataque informático

dentro del ilícito comercial mencionado en párrafos anteriores y sus subcategorías.

Previo a abordar el concepto de odómetro y la composición informática del mismo, cabe señalar que desde el marco legal estadounidense, no se desarrolla a profundidad dentro del presente caso el engaño realizado, ni los elementos informáticos infringidos, debido a que un tipo de competencia desleal dentro de dicho país consiste en la sustitución o alteración de productos ya que “ésta categoría forma parte de los elementos del Derecho de la competencia desleal estadounidense que se origina en el common law” (Cabanellas de las Cuevas, Palazzi, Sánchez Herrero, & Serebrinsky, 2014, p. 123).

El objeto vulnerado de acuerdo al caso estadounidense planteado y a la variable número 4) mencionada es el odómetro digital. En tal sentido, existen dos clases de odómetros: odómetro análogo y odómetro digital, los cuales son diferentes a pesar de tener la misma función (medir el kilometraje de un vehículo), puesto que, el primero de ellos se compone exclusivamente de elementos físicos y herramientas mecánicas, mientras el segundo se compone de herramientas tanto mecánicas como tecnológicas. (Torres, 2008, pp. 5-7)

El odómetro digital, por consiguiente es un elemento esencial en los vehículos, el cual se encarga del envío, soporte y visualización de la información del recorrido del vehículo “a la unidad de control del auto, esta es enviada en un bus de datos común para muchos otros tipos de información que pueden viajar en dicho bus” (Torres, 2008, p. 6). El mismo autor explica que “existe un código que identifica la información enviada y determina la distancia recorrida en el vehículo.” (Torres, 2008, p. 7), es decir que dentro de los odómetros digitales consta cierto componente lógico que se encarga de la administración y transmisión de los datos que permiten calcular, medir y verificar el recorrido en un vehículo.

El autor dentro de su trabajo determina también que para la construcción y diseño de un odómetro digital se requiere ciertas herramientas, entre ellas un microcontrolador que se encarga de controlar uno o varios procesos, y uno o varios microprocesadores que se encarguen de procesar la información contenida en el microcontrolador (Torres, 2008, pp. 6-14). Así también, los microcontroladores tienen: una memoria, líneas de comunicación, módulos de control, generador de impulsos de reloj. (Torres Toro, 2008, pp. 8-9). Es por ello que los componentes de mayor importancia para la creación y funcionamiento de un odómetro digital son los microprocesadores y microcontroladores.

Con el objetivo de comprender a ciencia cierta cómo se compone un odómetro digital, se citará en un sentido ejemplificativo, el concepto de un odómetro digital el cual obtuvo el registro de patente en los Estados Unidos de América, mismo que invoca lo siguiente:

“Un odómetro digital que tiene una memoria mecánica en la forma de un codificador suministra datos binarios a un control lógico y la memoria que puede ser un microprocesador. Tanto distancia total y el viaje se almacenan en la memoria en el control lógico y la memoria y se suministran a las pantallas digitales.” (Becker & Neill, 1983, parr. 1)

Como se puede observar, en dicho odómetro digital se incluye una codificación de datos binarios a un control lógico, que como se ha visto en el capítulo anterior justo esta cifra binaria es lo que en informática se conoce como código objeto; de igual forma, la memoria existente en dicho odómetro digital consiste en un microprocesador, y el conjunto de todo, incluyendo las herramientas mecánicas permitirán la interfaz del recorrido del vehículo con los datos provisionados.

El microprocesador es un elemento fundamental dentro del odómetro digital, sin embargo, para que éste microprocesador funcione se requiere de cierto

diseño y componentes en específico, por ende, los microprocesadores en la actualidad se diseñan en base a la arquitectura de Harvard, misma que supone “dos memorias independientes una, que contiene sólo instrucciones y otra, sólo datos.” (Torres, 2008, p. 14). Como se puede desprender, los microprocesadores diseñados bajo ésta estructura contienen instrucciones que no pudieran ser programas sin el uso de un lenguaje de programación, además que bajo dicha estructura coexiste una memoria independiente contenedora de datos.

Con el objetivo de profundizar en la importancia de los microprocesadores dentro de los odómetros digitales, es necesario observar la siguiente cita que es un ejemplo de la funcionalidad de los microprocesadores en los odómetros digitales, además de determinar la complementariedad que requiere para que éste pueda funcionar óptimamente dentro de un odómetro digital:

“La mejora del velocímetro / odómetro es controlado por un microprocesador en el que los programas de software se registran previamente de acuerdo con los requisitos de diferentes especificaciones de velocímetro / cuentakilómetros. Por lo tanto, los circuitos en el presente velocímetro / odómetro se pueden aplicar libremente a instrumentos / metros con diferentes especificaciones sin cambiar el diseño de los circuitos.” (Liu P., 1998, parr. 9)

En armonía con el ejemplo planteado, el procesador es el elemento más importante del microcontrolador, y el mismo, se compone de un software y un hardware (además de otros elementos), los cuales realizan todo el trabajo con el objetivo de la ejecución de los trabajos determinados para la computadora (Torres, 2008, p. 14), en dónde, en el caso específico del software, éste se encargará básicamente de lo que es la transformación de la medición a datos, el almacenamiento de los mismos, la suma de los mismos, entre otras más. (Torres, 2008, p. 56)

Con el objetivo de facilitar la comprensión sobre los elementos informáticos de los odómetros digitales se puede concluir que independientemente como sea creado el mismo, siempre tendrá inserto un microprocesador, el cual consiste en una computadora pequeña que se encarga de la mayor parte del trabajo en un odómetro digital.

Un sistema informático como ya se desarrolló en el capítulo anterior, se compone de una serie de elementos que se entrelazan entre sí para poder ejecutar el sistema informático, es decir, que en el caso específico del odómetro digital, tanto el bus, el microprocesador, la memoria, los circuitos y los aspectos mecánicos del odómetro deben estar vinculados para que pueda funcionar el odómetro digital, y justamente se requiere de cierto programa de ordenador (software) que permita entrelazar, ejecutar y visualizar el kilometraje del vehículo, para con ello conseguir la interfaz del recorrido exacto del automóvil.

En ciertos vehículos en cambio existe un software interno, inserto dentro de una computadora madre en el vehículo, mediante el cual dicho programa puede hacer posible la interfaz del odómetro en la pantalla del vehículo, además de incorporar funciones de odómetro digital, el cual puede ser iniciado, detenido y regulado según las necesidades que tenga el usuario (Haro & Naranjo, 2013, p. 94). Es decir que así como puede existir un software específico para el desarrollo, otro para el control y otro para la administración de un odómetro digital, también puede existir un solo software que se encargue de todo ello, así como pueda ejecutar una serie de actividades adicionales dentro del vehículo.

El software por consiguiente es el factor más importante para el desarrollo de los odómetros digitales, es por ello que cuando éste es alterado fraudulentamente, puede arrojar información errónea o falsa respecto al kilometraje del vehículo. En tal razón, dentro del supuesto planteado en el presente capítulo, puede reiniciarse el kilometraje del mismo y dar la apariencia

que el vehículo es nuevo o seminuevo, o simplemente puede dejar de funcionar la medición del kilometraje y quedarse dicha información congelada o eliminada.

Dentro de una de las entrevistas realizadas para el desarrollo del presente trabajo, el Ingeniero Automotriz Santiago Bedón supo explicar que los odómetros digitales “pueden ser modificados legalmente siempre que exista una avería en el mismo”, así también afirmó que alterar el odómetro es diferente ya que “se estaría cambiando los valores normales dentro del funcionamiento normal del odómetro a la modificación que crea pertinente la persona que está realizando dicho trabajo”, de igual forma, el entrevistado nos supo informar que para poder realizar una adulteración al odómetro digital “se requiere de un conocimiento técnico informático y técnico mecánico”.

El Ingeniero Automotriz Santiago Bedón también explicó que para poder adulterar el odómetro digital, se requiere de una computadora que pueda manejar los datos y el programa inserto en la computadora del vehículo. Éste hecho en particular, concuerda en cierto aspecto con lo determinado por la página web oficial de North California Division of Motors, en donde se determina que “con la llegada de odómetros digitales, un criminal sin habilidad mecánica puede cambiar el kilometraje de un vehículo con sólo un programa informático.” (North California Division of Motors, párr. 19, s.f.)

El ataque de Tampering o Data Diddling en el supuesto planteado, está dirigido en contra del software incorporado dentro de los odómetros digitales, que a su vez, se encuentran insertos en los diferentes tipos de vehículos. El modus operandi de éste tipo de ataque se lo realiza por medio de otra computadora, que contenga el programa informático determinado para realizar éste tipo de actos, es decir, el ataque se produce a través de un ataque lógico dirigido contra el software del odómetro digital. Una vez, comprendido el modus operandi de dicho ilícito y la afectación informática del mismo, es necesario vincular dicho ilícito como un supuesto acto de competencia desleal agravado.

3.2.1 Tampering o Data Diddling como Competencia Desleal Agravado por violación a derechos de Propiedad Intelectual, y a los intereses de los consumidores y el sistema competitivo

El acto de Tampering o Data Diddling cometido dentro del supuesto planteado, como se logró entender previamente, consistió en la modificación desautorizada de los programas fuente u objeto de los software's insertos dentro de los odómetros digitales de los vehículos, los cuales acorde con las variantes mencionadas, fueron comercializados por el señor Charles R. Mclemore. En vista de ello, cabe mencionar que antes de entrar a profundizar la incidencia de ilícito como un acto de Competencia Desleal Agravado, es fundamental determinar la institución pública pertinente, que inicialmente conocerá el presente proceso legal.

Por consiguiente los actos de competencia desleal se pueden clasificar en:

- 1) "Actos desleales derivados de la violación de los derechos de propiedad intelectual; y.
- 2) Actos desleales derivados de la violación de otros derechos diferentes a los de propiedad intelectual."
- 3) Actos desleales que no tiene una incidencia en la eficiencia del mercado y del interés de los consumidores.
- 4) Actos desleales agravados que afectan intereses generales, como la estructura y eficiencia del mercado y el interés de los consumidores."
(Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 97)

La adulteración de odómetros digitales en el supuesto planteado, al consistir ésta vulneración un ataque lógico dirigido a afectar el software, tanto el normal desenvolvimiento de los programas fuente que son instrucciones escritas en lenguaje de programación, como los programas objeto que son programas binarios que igualmente constituyen instrucciones descifrables por la computadora (Carranza, 2008, p. 226), mediante las cuales funciona la misma.

Éstos ataques violan los derechos de autor que recaían sobre dichos programas de ordenador, y por ende la institución administrativa competente en conocer inicialmente el presente caso será el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual; en adelante IEPI.

En armonía con lo presupuesto en el artículo 30 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, los actos de competencia desleal que provengan de violaciones a derechos de propiedad intelectual deberán presentarse ante el IEPI, quien remitirá el expediente en calidad de consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la cual determinará si existe la ejecución de dicha práctica y si la misma producirá indicios de una posible afectación negativa a la eficiencia económica o al bienestar de los consumidores.

De conformidad con la norma legal previamente mencionada “(...) si el acto denunciado es o no de aquellos desleales que corresponden a su competencia o por el contrario corresponde a las autoridades de propiedad intelectual (...)” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 99), ya que en el evento de que el acto de competencia desleal afecte exclusivamente intereses privados, le corresponderá la competencia al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, mientras que si por el contrario dicho acto afecta a la libre competencia, será competencia de la Superintendencia del Control del Poder de Mercado.

Adaptando éstos razonamientos al supuesto planteado, la adulteración de una de las partes del o los software's contenidos dentro de los odómetros digitales a su vez insertos dentro de los vehículos comercializados en el supuesto planteado, sería en primera instancia conocido por parte del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual quien a su vez remitiría el expediente en consulta a la Superintendencia del Control del Poder de Mercado, la cual a su vez de determinar la existencia de afectación a la eficiencia económica asumiría su competencia e iniciara el proceso de investigación y de ser necesario sancionaría dicho acontecimiento por trascender las fronteras del derecho privado.

En el evento de que se encontraran exclusivamente intereses privados inmersos dentro de dicho acto de adulteración de odómetros digitales, la Superintendencia del Control del Poder de Mercado debería remitir el expediente y un informe detallando la existencia o no de la práctica desleal al IEPI, institución que tendría la competencia para sancionar dicho acto, considerando que los actos desleales provenientes de violaciones a derechos de propiedad intelectual “se activan en forma directa y preponderante mediante la aplicación de las normas de propiedad intelectual, por cuanto afectan directa y generalmente derechos privados de los particulares”. (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 98)

En este caso y aplicando analógicamente el ejemplo y en el supuesto de afectación agravada que supone la regla del *minimis* será juzgado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

3.2.2 Elementos constitutivos del acto de competencia desleal agravado

El Tampering o Data Diddling ejecutado en contra de los odómetros digitales comercializados por parte del señor Charles McLemore objeto del presente estudio, constituyen una infracción informática como se ha podido observar y con el afán de estudiar dicho ilícito dentro de la figura de competencia desleal agravada, se ha empleado como punto de partida la determinación de la institución pública competente en analizar en primer orden el presente caso, por lo cual se ha determinado que el IEPI sería la primera instancia administrativa en conocer el presente caso, el cual remitiría el expediente en consulta a la Superintendencia del Control del Poder de Mercado con el objetivo que determine la ejecución de la práctica y determine la competencia de estudio de la misma.

Una vez que la Superintendencia del Control del Poder de Mercado tenga en su poder el caso que se ha planteado dentro del presente trabajo, entrará a analizar primero si dicha práctica constituye un acto de competencia desleal,

para después analizar los intereses que se encuentran de por medio y el alcance de infracción que podría llegar a ser.

El Derecho de la Competencia Desleal busca reprimir aquellos actos contrarios a la “lealtad empresarial”, dichos actos son ilícitos que se sujetan a la regla per se, regla de la razón y regla del mínimis, y por ende las infracciones cometidas bajo ésta figura de conformidad con el inciso tercero del artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no requieren de acreditación de conciencia y voluntad, basta con determinar un daño potencial y se sujetan a los principios de Responsabilidad civil extracontractual, que dentro de nuestro ordenamiento interno se encuentran determinados tanto en el artículo 2214 y 2229 del Código Civil ecuatoriano.

La doctrina española trae a colación ciertos requisitos que deben suscitarse para considerar cierta conducta como un acto de competencia desleal, que son: “a) Que el acto se realice en el mercado; b) que el acto se realice con fines concurrenciales; y, c) que el acto resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.” (Gallego, 2014, p. 95). Para poder entender el segundo requisito planteado es relevante resaltar que “la finalidad concurrencial expresa la efectiva relación de la conducta con el proceso de intercambio de bienes y servicios en el mercado” (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 246), es decir que el acto cometido debe tener un vínculo comercial con el bien ofertado dentro del mercado.

El supuesto planteado dentro del presente trabajo, para poder ser concebido como un acto de competencia desleal agravado, debe reunir todos los supuestos determinados en el párrafo anterior, por tal razón, se puede determinar que el Tampering o Data Diddling de los odómetros adulterados de los vehículos supuestamente comercializados se suscitó supuestamente dentro de la feria de vehículos usados llevada en el parqueadero de Cemexpo de la ciudad de Quito, así como dicho acto tiene relación con el bien ofertado por parte del señor Charles McLemore, quien es comerciante de vehículos usados

y comercializa los mismos dentro del el parqueadero de Cemexpo de la ciudad de Quito.

Como se puede demostrar en el párrafo anterior, dos de los tres requisitos para que se configure el Tampering o Data Diddling de los odómetros digitales comercializados en el supuesto planteado como un acto de competencia desleal han sido demostrados, sin embargo el tercer requisito planteado, hace referencia a lo determinado por el doctrinario Pinzón, quien determina que “la competencia desleal es ilícita y esta ilicitud no se deriva propiamente de su aptitud para perjudicar o lesionar el interés particular sino de su oposición a la buena fe comercial y al normal desarrollo de las actividades comerciales” (Echeverri de Ricaurte & Ordóñez de Cardozo, 1980, p. 18).

Pinzón al igual que García Menéndez determinan que los actos de competencia desleal son aquellos “realizados directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, que afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores” (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 19), es decir, dentro de dicho requisito se incluyen los elementos jurídicos principales de estudio dentro del Derecho de la Competencia Desleal, los cuales son: la buena fe objetiva y los usos y costumbres del mercado.

Tanto la buena fe objetiva como los usos y costumbres del mercado demuestran la lealtad o deslealtad de dicha práctica, y por ende son considerados los elementos principales de estudio dentro del Derecho contra la Competencia Desleal Agravada. Por consiguiente, a continuación se desarrollará cada uno de éstos elementos fundamentales, y se aplicarán las mismas dentro de la práctica cometida en el caso legal objeto de análisis del presente capítulo.

3.2.2.1 Incidencia del acto de competencia desleal agravado en la buena fe objetiva

A pesar de que dentro de nuestra normativa interna no se encuentra expresamente tipificado la determinación de que el acto de competencia desleal agravado debe ser contrario a la buena fe objetiva. El concepto de buena fe objetiva en particular, es recogido dentro de múltiples legislaciones y en cada una de ellas su naturaleza y contenido es diferente, es por ello, que en consideración de poseer una legislación sobre Competencia Desleal Agravado semejante a la española, se definirá dicho elemento a la luz del Derecho contra la Competencia Desleal Agravada española.

La buena fe objetiva “sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta” (Bercovitz, 2014, p. 392), en tal virtud, se exige “una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena” (Bercovitz, 2014, p. 392). En dicho contexto, la buena fe objetiva viene a ser una exigencia de lealtad comercial, mediante la cual se prima por una conducta fundamentada en valores y conductas honradas, que no permitan influir negativamente sobre la confianza ajena.

La buena fe en sentido objetivo se determina a través de dos juicios: a) la protección del interés general en el correcto funcionamiento de cierto sistema de competencia; y b) promover y reconocer los valores constitucionalmente reconocidos (Gallego, 2014, p. 96), por consiguiente se entenderá como desleal todo acto o práctica contraria a la buena fe objetiva, la cual será vulnerada cuando el acto de competencia desleal en particular, transgreda ciertos valores y conductas basadas en la honradez y lealtad, y por consiguiente dicho acto afecte negativamente sobre la confianza ajena.

Una vez definido el concepto de buena fe objetiva y todas sus implicaciones, a pesar de haberse detallado dentro del primer capítulo del presente trabajo, es importante volver a resaltar que en la ejecución de un acto de competencia desleal “puede actuarse contra la buena fe objetiva sin que exista mala fe subjetiva” (Bercovitz, 2014, p. 392), pues lo que pretende proteger exactamente la buena fe objetiva es el riesgo potencialmente negativo que pueda introducirse en la confianza ajena de los partícipes de un mercado.

La buena fe objetiva dentro del supuesto planteado puede verse afectada debido a que la reacción de los partícipes de un cierto mercado al conocer la fatídica noticia de que los vehículos que supuestamente adquirieron por parte del señor Charles R. Mclemore, eran adulterado el kilometraje mediante un supuesto ataque informático denominado Tampering o Data Diddling podría desincentivarles a invertir nuevamente dentro de dicho mercado, y aún peor, el consumidor medio evidentemente perdería la confianza que ha depositado dentro del mercado determinado en el supuesto planteado y optará por abandonar dicho mercado o no confiar en los comerciantes que operan dentro del mismo.

A pesar de que es completamente evidente la afectación que genera el Tampering o Data Diddling de los odómetros digitales insertos en los vehículos comercializados en el supuesto analizado, se procedió a realizar un estudio de mercado que evidenciara la supuesta afectación de dicho acontecimiento, por lo cual se tomo como fundamento la siguiente fórmula estadística de muestreo, la cual serviría para tomar una muestra de la población exacta a encuestar que a su vez permitiera que el resultado de dicha muestra poblacional refleje un resultado exitoso con un escaso margen de error dentro del prese caso, en tal virtud, la fórmula mediante la cual se calculó el tamaño de la muestra fue la siguiente:

$$n = \frac{N \times Z_a^2 \times p \times q}{d^2 \times (N - 1) + Z_a^2 \times p \times q}$$

Ecuación 1: Formula para muestreo

En donde,

N = tamaño de la población

Z = nivel de confianza,

P = probabilidad de éxito, o proporción esperada

Q = probabilidad de fracaso

D = precisión (Error máximo admisible en términos de proporción) (Torres & Paz, 2006, p. 11)

Para poder conocer el tamaño total de la población se realizó una entrevista al Economista Romel Sarzosa, Administrador de la feria de venta de vehículos usados en Cemexpo- Quito, misma que se encuentra dentro del anexo 3 del presente trabajo. Dentro de la misma, dicho entrevistado argumentó que los días sábados acuden alrededor de 150 vehículos en calidad de visitantes (consumidores), y aproximadamente 200 vehículos para poder venderse (comerciantes o vendedores), mientras que los días domingo acuden aproximadamente 250 vehículos en calidad de visitantes (consumidores), y 400 vehículos para poder venderse (comerciantes o vendedores).

De tal manera, para poder obtener una respuesta concreta de la cantidad de vehículos que ingresaron como visitantes y con el objeto de ser vendidos por el mes de febrero del año 2015, se sumaron las cantidades arrojadas por día de cada operador económico y se multiplicó dicha respuesta por cuatro que es el número de fines de semana que tenía dicho mes, obteniendo de ésta forma como resultado una población de 1,600 visitantes (consumidores), y 2,400 vehículos en venta (comerciantes o vendedores). En éste caso se tomará a los vehículos como individuos, puesto a que a pesar de que ingresen más personas dentro de los vehículos, los miembros que se encuentran dentro de dicho bien, acuden con un mismo objetivo y por ello pueden ser considerados un mismo operador.

Una vez que se ha obtenido la cantidad de la población real de dicho mercado, a continuación se llenaran las demás variables de dicha fórmula para que el resultado de la misma determine el tamaño de la muestra que se requiere encuestar por cada operador:

Consumidores:

$$n = \frac{1,600 \times 1.65^2 \times 0.5 \times 0.5}{0.09^2 \times (1,600 - 1) + 1.65^2 \times 0.5 \times 0.5}$$

$$N = 1,600$$

$$n = 80$$

$$Z = 1.65$$

$$p = 0.5$$

Tamaño de la muestra para consumidores: 80

$$q = 0.5$$

$$d = 0.09$$

Comerciantes o Vendedores:

$$n = \frac{2,400 \times 1.65^2 \times 0.5 \times 0.5}{0.9^2 \times (2,400 - 1) + 1.65^2 \times 0.5 \times 0.5}$$

$$N = 1,600$$

$$n = 81$$

$$Z = 1.65$$

$$p = 0.5$$

Tamaño de la muestra para comerciantes: 81

$$q = 0.5$$

$$d = 0.09$$

En tal razón la pregunta que se realizó a cada grupo económico referente al presente tema para poder obtener un supuesto de afirmación, versó en la siguiente: ¿Considera usted que la adulteración de un odómetro digital dentro de un vehículo usado con el objetivo de comercialización del mismo, destruye la confianza que tienen los consumidores y comerciantes al momento de

adquirir un vehículo dentro de la feria de vehículos usados ubicado en CEMEXPO que se suscita todos los fines de semana dentro de la ciudad de Quito?

Las respuestas obtenidas tanto desde el lado del Consumidor como del Comerciante, demostraron que efectivamente el supuesto ilícito considerado dentro del presente capítulo vulnera la buena fe objetiva, puesto que desde el lado del comerciante todas las respuestas a la presente pregunta fueron “Si”, arrojado de esta manera un porcentaje del 100% en afirmación a la misma; mientras que desde el lado del consumidor existió una afirmación a dicha pregunta del 97.5%, mientras que el 2.5% restante respondió que dicho acto no era contrario a la buena fe objetiva dentro de dicho mercado, obteniendo de ésta manera 78 respuestas “sí”, y 2 respuestas “no” a la preguntada planteada. En tal sentido, dentro del caso analizado y las respuestas obtenidas, el supuesto de afirmación permite presuponer que si se vulnera la buena fe objetiva.

3.2.2.2 Acto de competencia desleal agravado contrario a los usos y costumbres del mercado

Otro elemento constitutivo de los actos de competencia desleal agravado consiste en la determinación de la afectación negativa de cierta práctica o acto dentro de los usos y costumbres honestas que se suscitan dentro de cierto mercado, es así que nuestra normativa interna determina expresamente dentro de la definición de Competencia Desleal, “(...) todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. (...)”. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 25, inc. 1, 2011) Es por ello que la función que cumple la justificación de los usos y costumbres del mercado consiste en determinar el criterio de aquello que puede considerarse como correcto o incorrecto. (Bercovitz, 2014, p. 392)

La deslealtad comercial vista como actos o prácticas contrarias a los usos empresariales u honestos de mercado, compete por una parte determinar a los propios círculos comerciales quienes calificarán la lealtad o deslealtad y antijuridicidad del acto, y subsiguientemente la autoridad competente será quien en base a dichos criterios y su sana crítica defina la línea de la lealtad o deslealtad de la conducta, y fijará si la misma se encuentra dentro de la conciencia jurídica o moral objetiva que se exige dentro del mercado.

En base a ello, en el año 2009 se reformó la Ley de Competencia Desleal en España, puesto que podía presentar ciertas inconsistencias, y se determinó que las prácticas honestas del mercado pasen a ser un elemento secundario y por ende, la deslealtad se visualice desde la posible afectación que tenga el acto sobre la buena fe objetiva del mismo, (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, pp. 255-258) sin embargo, para poder calificar a la conducta como contraria a los usos honestos, la misma deberá chocar con la moral social compartida dentro del mercado (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 265), es decir, contra la ética económica acogido por los partícipes de dicho mercado.

Para la vinculación del Tampering o Data Diddling de los odómetros digitales de los vehículos afectados por parte del señor Charles R. McLemore objetos del supuesto caso jurídico abordado dentro del presente capítulo como una posible afectación a los usos y costumbres correctas determinadas dentro del mercado de venta de vehículos usados, es trascendental indagar dentro de dicho mercado, para encontrar si efectivamente dentro de la ética social de los partícipes de dicho mercado, el acto ilícito abordado constituye un acto contrario a los usos y costumbres y por consiguiente configurar al mismo como un acto de competencia desleal. En tal virtud, para demostrar dicha hipótesis se realizó la siguiente pregunta en formato encuesta a los diversos partícipes del mercado:

¿Considera usted que la adulteración de un odómetro digital dentro de un vehículo usado con el objetivo de comercialización del mismo, constituye una violación a los usos y costumbres honestas de la feria de vehículos usados ubicado en CEMEXPO que se suscita todos los fines de semana dentro de la ciudad de Quito?

Para realizar la toma de la muestra adecuada se consideró el mismo tamaño de la muestra del mercado obtenida dentro del punto anterior, y por ende, del público encuestado, tanto para los consumidores como competidores la pregunta tuvo como respuesta un 93.75% de aceptación ya que el 6.25% restante, equivalente a cinco personas afirmaron que la adulteración ilegítima de odómetro no contravenía los usos y costumbres de dicho mercado, ratificando de ésta el presupuesto fáctico vinculante, que demuestra que el Tampering o Data Diddling de dichos odómetros digitales es posiblemente un acto contrario a los usos y costumbres honestas del mercado de la feria de vehículos usados analizado, y consiguientemente vinculando de ésta manera dicha práctica como una práctica de competencia desleal al cumplirse todos los presupuestos pertinente dentro de la definición de competencia desleal.

3.2.3 Tipo de acto de competencia desleal agravado en el que recae el caso legal estadounidense 792 F. Supp. 96 (1992)

Los actos de competencia desleal son típicos y atípicos, típicos son “aquellos comportamientos que se encuentran regulados de forma expresa” (Pérez, 2011, p. 122), mientras que los actos de competencia desleal atípico son aquellos actos que “al carecer de regulación propia la consideración de desleales se hace depender de que tales comportamientos sean objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe” (Pérez, 2011, p. 123).

La modificación desautorizada de los odómetros digitales de los vehículos comercializados por parte del señor Charles McLemore constituye un acto de competencia desleal atípico o agravado, y por consiguiente se conducirá a los

mismos dentro de los tipos de competencia desleal por acto de engaño y violación de norma, con el Derecho de la Competencia por la afectación a los consumidores y al bienestar económico en general, en virtud de los puntos de conexión que se detallarán a continuación.

3.2.3.1 Acto de engaño

El Tampering o Data Diddling de odómetros digitales conforme al supuesto que se ha planteado dentro del presente estudio, constituye un acto de competencia desleal ya que reúne los presupuestos y elementos jurídicos requeridos, y por ello, el presente ilícito informático se ajusta a los preceptos identificados en la cláusula general prohibitiva de competencia desleal. A pesar de ello, dentro del estudio de los actos de competencia desleal agravados, existe también la llamada segunda cláusula prohibitiva que permite adecuar e identificar cierta conducta desleal agravada derivada de la cláusula general competitiva, dentro de un tipo de ilícito específico que demuestre cuál es el principal partícipe del mercado afectado, así como la dimensión y forma de daño causado por dicho acto.

Un tipo de actos de competencia desleal y competencia desleal agravada son los denominados actos de engaño, que de conformidad con nuestra normativa interna de Derecho de la Competencia, que a su vez contiene todo lo referente a actos de Competencia Desleal Agravada, señala que el ilícito desleal se considerará un acto de engaño cuando:

“(…) tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a

error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.” (Ley Orgánica de regulación y control del poder de mercado, art. 27, num. 2, 2011)

Nuestra normativa interna refleja con claridad que los actos de engaño tienen como principal factor el inducir al error, inclusive por omisión sobre los elementos, caracteres y naturaleza del servicio o bien que pone a disposición cierto operador económico dentro de cierto mercado, sin embargo, la presente norma por el hecho propio de constituir una norma con mayor carácter ejemplificativo que sustantivo es necesario observar ciertos criterios jurídicos que permitan adaptar dentro de la presente figura el caso objeto de análisis dentro del presente capítulo. Por ende, resulta fundamental resaltar que los aspectos que destacan dentro de los actos de engaño son “la naturaleza del bien o servicio, sus características principales o el precio” (Gallego, 2014, p. 102).

La determinación de actos de engaño pretende proteger dos elementos fundamentales: el principio de veracidad, y el derecho a la información. Para entender el primero de ellos, se debe partir comprendiendo que “los consumidores como el resto de los comerciantes tienen derecho a confiar en que los actos y mensajes del competidor son veraces.” (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 361), éste supuesto es considerado un elemento fundamental ya que el principio de veracidad “es un desprendimiento del reconocido principio de confianza” (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 361), la cual debe ser expresamente reconocida y respetada por todos los partícipes del mercado.

Una vez que se ha determinado los elementos fundamentales protegidos en la ejecución de actos de engaño, es trascendental determinar que la comunicación del mismo además de ser capaz de infundir información falsa u errónea, puede ser incompleta, recayendo de ésta manera en omisión engañosa, en la cual, el factor de mayor importancia “no es el silencio en sí

mismo considerado, sino la emisión de una comunicación con información incompleta, que, al ser solo parcialmente veraz, es inexacta, y por lo tanto engañosa.” (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 394) Por ende, en una omisión engañosa el error recae en la insuficiencia de la información suministrada que a su vez genera una impresión falsa del producto o servicio.

Los actos de engaño u omisiones engañosas están dirigidos a perjudicar directamente al consumidor, empero, el acto de engaño acorde lo determinado por la OMPI “también perjudica al competidor honrado (quien pierde clientela) y al mercado (disminuyendo la transparencia, con las implicancias que ello trae para la economía y el bienestar en general)” (Bullard & Patrón, 1999, p. 443). Es decir, que independiente la dirección con la que esté dirigido el acto de engaño u omisión engañosa, la misma puede afectar tanto a los consumidores, competidores y lesionar sustancialmente la transparencia del mercado.

En tal sentido, considerando que “el software es expresión, pero también, y sobre todo, funcionalidad, y genera instrucciones, pero también interfaces” (Carranza, 2008, p. 233), así como “(...) la lectura del odómetro es la pieza más importante de información sobre un coche en específico que determina su valor y esta es la razón por la cual los precios de los coches se ajustan por kilometraje” (Cowen & Tabarrok, 2015, parr. 8), se puede determinar primeramente que con respecto a su eficiencia y manejo, el software inserto dentro de los vehículos que poseen odómetros digitales para calcular su kilometraje, es el principal factor de funcionamiento de dicho bien, y por ende cualquier vulneración al mismo refleja un acto de engaño.

Los actos de engaño agravados se suscitan cuando tanto consumidores como competidores, a través de ciertos lineamientos explicados por un operador económico, son inducidos a error y falsedad de los elementos, características y/o naturaleza del bien o servicio puesto al servicio del mercado por parte de dicho operador, generando una impresión falsa en los consumidores como competidores de dicho mercado, error que podría suscitarse también cuando el

operador determinado omitiere detallar información importante dentro del proceso de comercialización del bien o servicio.

La adulteración de odómetros digitales refleja un error dentro de la ejecución normal del programa de ordenador o software, que ejecuta la actividad de medición dentro del vehículo, y la realización de dicho acto, así como la omisión engañosa del mismo al no revelar dicha vulneración al sistema informático protegido configura un acto de engaño y/o omisión engañosa, puesto que la funcionalidad de dicha herramienta depende del funcionamiento normal del programa de ordenador o software.

3.2.3.2 Violación de norma

Otro tipo de actos de competencia desleal agravados consiste en aquellos que se suscitan por violaciones de normas jurídicas, en tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico interno determina que “(...) se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica (...)” (Ley Orgánica de regulación y control del poder de mercado, art. 27, num. 9, 2011). Los actos de competencia desleal agravados por violación de norma, tienen como finalidad conseguir que “los operadores económicos cumplan la legalidad vigente, pues sólo de esa manera pueden competir en condiciones de igualdad”. (Bercovitz, 2014, p. 431)

Para que éste acto de competencia desleal agravado a través de una violación de norma logre configurarse deben suscitarse los siguientes presupuestos: 1) Que exista una infracción de leyes; 2) Que el infractor obtenga en virtud de la infracción una ventaja competitiva; 3) Que esa ventaja sea significativa; y 4) Que el infractor se prevalega en el mercado de esa ventaja significativa. (Bercovitz, 2014, p. 420)

Los actos desleales agravados provenientes por violaciones de norma, primeramente deberán acreditar la existencia de una infracción legal, luego, deberá evidenciarse la ventaja competitiva que ostentara el operador económico, para finalmente determinar que "(...) la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. (...)" (Ley Orgánica de regulación y control del poder de mercado, art. 27, num. 9, 2011) Es por ello, que el cumplimiento de los presentes requisitos, permitirá demostrar el nexo causal entre la infracción realizada y la ventaja efectivamente alcanzada, por ejemplo permitiéndole al operador económicos imponer los bienes o servicios a precios más bajos del mercado.

Ésta clase de ilícito por consiguiente producirá "un doble efecto: la aplicación de la sanción concreta y específica establecida por la norma jurídica violada, y la comisión de un ilícito de deslealtad comercial justamente verificado por la violación de aquella norma" (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 687). En éste sentido, los actos de competencia desleal agravados provenientes de violaciones a normativa jurídica tienen una bilateralidad de consecuencias, que consistirán en la sanción del acto o hecho en concreto dentro del área del Derecho transgredida por la violación de la normativa legal pertinente, así como la afectación que dicho acto haya ocasionado dentro del mercado por la violación de dicha norma legal.

De conformidad con lo que se ha abordado dentro del anterior y presente capítulo, el software, tanto su programa fuente como su programa objeto, tienen una protección legal inminente. En tal sentido, el software así como los elementos componentes del mismo, se encuentran reconocidos bajo el régimen de derechos de autor consagrado dentro del literal k) del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, así como dentro del artículo 28 y subsiguientes de dicho cuerpo normativo, reconociéndole al autor de igual forma los derechos morales consagrados en el artículo 18 del cuerpo normativo en mención. Sin embargo, la protección jurídica del software supera el derecho

de Propiedad Intelectual clásico y el Derecho de Competencia Desleal y por su gravedad debe pasar a ser analizado por el Derecho de la Competencia.

A pesar de la protección jurídica conferida al software inserto dentro de los odómetros digitales que permite el procesamiento de información contenida dentro de dicho dispositivo como un derecho de autor y consiguientemente como un derecho de Propiedad Intelectual, el Tampering o Data Diddling del mismo, constituye un delito penal de conformidad con lo determinado dentro del artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal.

En tal circunstancia, el caso objeto de análisis dentro del presente capítulo revela que el supuesto acto de adulteración de odómetros digitales realizado por parte del señor Charles McLemore sobre los vehículos que había comercializado, presuntamente constituye una violación a las normas en mención, así como confiere una ventaja competitiva a dicho operador, ya que al alterar arbitrariamente el kilometraje de los vehículos permite a dicho operador maximizar sus ganancias ofertando un bien a un precio que no refleje la veracidad de su kilometraje y de ésta manera consiguiendo que la ventaja competitiva pertinente sea significativa, y por consiguiente configure un acto de competencia desleal agravado por violación de normas de Propiedad Intelectual e infracción de norma de índole penal que afectan a consumidores.

A pesar de ello, para que el acto de competencia desleal por violación de norma sea efectivo “deberá existir necesariamente una sentencia previa pasada en autoridad de cosa juzgada que establezca que el infractor ha violado una norma jurídica” (Cabanellas de las Cuevas, et. al, 2014, p. 690); es decir, que para poder determinar la existencia de un acto de competencia desleal agravado por violación de norma, en el caso de la alteración de odómetros digitales, sin perjuicio de acciones competitivas proceden acciones y reparación de daños.

3.3 TAMPERING O DATA DIDDLING COMO COMPETENCIA DESLEAL AGRAVADA Y VULNERACIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA (APLICADO AL CASO LEGAL ESTADOUNIDENSE 792 F. SUPP. 96 (1992))

Una vez que se ha logrado enfocar el supuesto caso jurídico de Tampering o Data Diddling de los odómetros digitales objeto de estudio dentro del presente capítulo, como un acto de competencia desleal agravado; de conformidad como se logró demostrar al final del primer capítulo, el Derecho de la Competencia Desleal, a pesar de ser una rama del Derecho autónoma e independiente, tiene una cantidad de semejanzas con el Derecho de la Competencia, que dependiendo el caso en particular, vuelve a ambas ramas como complementarias.

Nuestra normativa interna no es clara respecto de la vinculación de éstas dos ramas jurídicas, ya que tiende a confundir la noción de cuando un acto de competencia desleal pasa a ser competencia de los órganos reguladores de la Libre Competencia. En tal virtud, el desarrollo del presente punto se realizará con mayor profundidad en los actos de competencia agravados considerados por la legislación española, ya que dicha noción es sumamente amplia y contiene el sentido idóneo de comparación y vinculación de éstas dos ramas del Derecho.

La definición de competencia desleal por parte de nuestra normativa interna no diferencia cuando un acto de competencia desleal corresponde al Derecho de la Competencia y cuando al Derecho de Competencia Desleal. Únicamente la definición inserta dentro del artículo 25 y prohibición inserta dentro del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se encargan en determinar que los ilícitos de competencia desleal se sujetan a la regla per se, ya que son restrictivos independientemente del efecto que tengan los mismos.

Los actos desleales en consideración de sus intereses afectados se dividen en:

“3) Actos desleales que no tiene una incidencia en la eficiencia del mercado y del interés de los consumidores. 4) Actos desleales agravados que afectan intereses generales, como la estructura y eficiencia del mercado y el interés de los consumidores” (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 97). Los actos desleales agravados son aquellos que “pueden afectar o afectan el interés general de los consumidores y el del sistema competitivo de mercado (...)”. (Alvear & Gómez de la Torre, 2012, p. 100)

Para que un acto de competencia desleal afecte la libre competencia deben concurrir tres presupuestos: “Que exista un acto de competencia desleal en los términos definidos por la legislación en la materia. Que el acto en cuestión afecte a la libertad de competencia en el mercado, y, finalmente, que tal afectación comprometa el interés público” (Gallego, 2014, p. 91).

En éste estricto sentido, adaptando el supuesto objeto de análisis dentro del presente capítulo, se puede entender que posiblemente el Tampering o Data Diddling de odómetros digitales constituye un acto de competencia desleal, que de igual forma restringe la libertad de competir entre operadores económicos honestos, sin embargo, para la determinación de la afectación al interés público, entendido éste último como el modelo económico socialmente reconocido, el cual se basa en un sistema de Libre Competencia, será necesario determinar la afectación e incidencia de dicha dentro del bienestar económico en general, el cual como se vio dentro del primer capítulo se compone de: eficiencia económica y bienestar de los consumidores.

Es de competencia exclusiva del órgano regulador de la Libre Competencia conocer aquellos actos desleales agravados que incidan negativamente en el bienestar económico en general, esto es en la eficiencia económica y el bienestar general de los competidores. En respuesta de ello, el segundo inciso del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de

Mercado en armonía con el artículo 30 del Reglamento de aplicación de dicho cuerpo legal, resaltan que si el órgano regulador de la libre competencia encontrare que los asuntos discutidos por el acto de competencia desleal originado por violaciones a derechos de propiedad intelectual, justifican la existencia de intereses únicamente privados, será de competencia del IEPI la imposición de la sanción pertinente.

El error que recae sobre nuestra normativa referente a la corrección de los actos desleales agravados acorde a la legislación española, consiste en que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado será competente para reprimir aquellos actos desleales que “afecten negativamente la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores”, abriendo de ésta manera la posibilidad de analizar sólo una de ellas para la determinación de un acto agravado.

No obstante, como dicha acepción está mal encaminada, dentro del presente trabajo se procederá a identificar la incidencia del caso objeto de estudio dentro del presente capítulo, dentro del bienestar económico en general, es decir dentro de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, para de ésta forma culminar el presente trabajo determinando si dicho acto constituye o no un acto de competencia desleal sancionado bajo las leyes de Libre Competencia.

3.3.1 Tampering o Data Diddling como atentado a la eficiencia económica

De conformidad con lo visto dentro del punto 1.6 del presente trabajo, la eficiencia económica o bienestar económico en general “conduce los precios efectivos del mercado hacia los costos marginales de la empresa” (García, 2010, p. 26), es por ésta razón que Otamendi señala que cuando un acto de competencia desleal afecta negativamente al interés económico se vincula el hecho directamente con el mercado, puesto que (...) “lo que debe analizarse es si el interés económico general de la comunidad que se nutre de ese mercado

es afectado, y no el interés económico general del país”. (Cabanellas de las Cuevas, 2005, p. 262)

La afectación a la eficiencia económica perturba inminentemente la seguridad, transparencia y eficiencia del mercado, es por ello que, previo a analizar la eficiencia económica debe determinarse el mercado relevante que será objeto de cierta conducta restrictiva; en tal razón, considerando que la finalidad del presente punto es determinar la afectación económica del Tampering o data Diddling de los odómetros digitales insertos a su vez en vehículos comercializados dentro de la feria de vehículos usados de Cemexpo durante el mes de febrero por parte del señor Michael R. McLemore, es necesario determinar el mercado relevante del caso en particular.

Considerando que dentro del caso jurídico mencionado, así como dentro de las variables añadidas al mismo, no reflejan todos los datos pertinentes para la determinación del mercado relevante, se considerarán presupuestos fácticos, por lo cual, se fijará como mercado de bien o servicio a los vehículos comercializados, enfatizando que es completamente sustituible puesto que dentro de la feria de vehículos usados de Cemexpo en la ciudad de Quito existe una gran variedad de vehículos sustituibles que se ofertan dentro del mismo, así también, se precisará como mercado geográfico la feria de vehículos usados objeto de estudio, dónde los partícipes del mismo acuden en igualdad de condiciones y bajo los mismos costos, y por último se determinará como mercado temporal el mes de febrero, como el tiempo durante el cual se suscitó la conducta restrictiva.

Bajo el supuesto que el mercado relevante sea delimitado y el supuesto de afectación de odómetros digitales se verificase, debería analizarse la incidencia del acto en la eficiencia económica. Por consiguiente, “(...) la definición del excedente del consumidos es que los bienes y servicios consumidos por una parte pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios (...)” (Coloma, 1997, p. 4), en tal razón para poder medir el

excedente del consumidor vemos que es necesario analizar la función de demanda de cierto bien o servicio, o las características del mismo.

A diferencia de ello, el excedente del productor representa un concepto semejante al excedente del consumidor pero visto desde el lado de las empresas proveedoras del bien (Coloma, 1997, p. 4), en tal virtud, el excedente del productor refleja por su parte, el costo de valoración de producción de cierto bien o servicio, o la importancia de las características del mismo para su comercialización. En tal sentido cada agente busca la maximización de propio excedente y es precisamente el cruce de dichos excedentes lo que refleja el bienestar económico en general o eficiencia económica, así como el punto de equilibrio de cierto mercado.

Es menester resaltar que “la calidad de un software no se mide por la belleza que genera sino por la eficiencia de sus instrucciones y por la creatividad y expresión de los complejos procesos de conocimiento que incorpora” (Carranza, 2008, p. 226), en tal virtud, es necesario comenzar a analizar el impacto del odómetro digital y por ende la importancia del kilometraje dentro del mercado de venta de vehículos usados de la feria de Cemexpo, es por ello que a continuación se realizará un estudio exhaustivo de la importancia del kilometraje en la eficiencia económica de dicho mercado.

El mecanismo de estudio que se utilizará para demostrar la afectación a la eficiencia económica dentro de dicho mercado será a través del análisis del Óptimo de Pareto, para lo cual, el artículo 7 del Instructivo de sustanciación de procedimientos de investigación en sede administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en armonía con el artículo 38 numeral 6 y artículo 48 de Ley Orgánica de regulación y control del poder de mercado, faculta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado solicitar o requerir información a operadores económicos y a la ciudadanía en general para determinar la importancia de cierta actividad comercial, bien o servicio.

El Economista Vilfredo Pareto, sostenía que “el sentido preciso en que la competencia perfecta asigna eficientemente los recursos fue definido formalmente por el economista italiano Vilfredo Pareto” (Fischer, Dornbusch, & Schmalensee, 1998, p. 222), y por ende, “el precio de equilibrio de un mercado perfectamente competitivo es igual tanto al valor que dan los consumidores a una unidad adicional del bien como al costo que tiene para la economía la producción de esa unidad” (Fischer, Dornbusch, & Schmalensee, 1998, p. 225). Por consiguiente, Pareto demostró mediante el diagrama conocido como el análisis del “80/20” u Óptimo de Pareto, que el 80% de los problemas es generado por el 20% de causas y viceversa.

Con el análisis del Óptimo de Pareto “es sin embargo imposible mejorar la situación de un agente sin empeorar la situación de otro agente. Esta situación podrá no ser justa pero con certeza es eficiente para evitar el gasto.” (Danthine & Donaldson, 2005, p. 12), en elocuencia de ello, “la eficiencia en el sentido de Pareto ofrece un criterio para saber si en una determinada situación hay o no despilfarro” (Fischer, Dornbusch, & Schmalensee, 1998, p. 222). Es decir, el gráfico del Óptimo de Pareto tiene como objetivo fundamental, demostrar que ciertas asignaciones son más eficientes que otras, y por ello, es más eficiente la asignación de recursos dentro de los factores que presenten mayor relevancia para evitar el despilfarro.

En vista de que la ubicación de las asignaciones en el sentido del Óptimo de Pareto, resulta un factor relevante para conseguir la eficiencia de los recursos, es necesario demostrar el nivel de eficiencia de los recursos inmersos dentro de los vehículos, para demostrar si efectivamente el Tampering o Data Diddling de odómetros digitales dentro del caso planteado en el presente capítulo, resulta contrario a la eficiencia económica; es por ello que bajo este supuesto se realizó una investigación de campo repartiendo encuestas que permitan demostrar la importancia en la afectación de dicha herramienta, aclarando que se trata de un supuesto de realidad, en tal razón, a continuación se expondrán

las preguntas realizadas, para luego graficar el diagrama del Óptimo de Pareto, y sacar las respectivas conclusiones del caso y cada pregunta en particular.

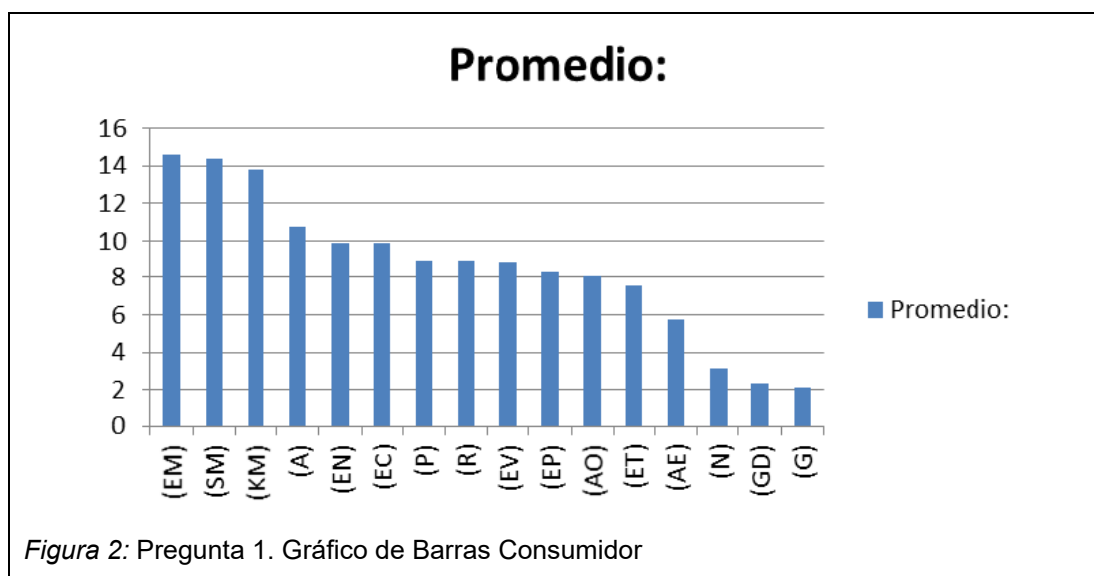
1) Enumere en orden del 1 al 16 los factores de mayor relevancia a tomar en cuenta al momento de comprar un vehículo usado, siendo el número 16 el de mayor importancia y el número 1 el de menor necesidad.

Para el estudio análisis y desarrollo de la presente pregunta, se utilizará la misma fórmula estadística y los mismos resultados reflejados en el punto 3.2.2.1. y 3.2.2.2., del presente capítulo, por lo cual el resultado de la misma nos refleja que el tamaño mínimo de población que se requiere encuestar para que los resultados demuestren una suma similar a la completa dentro del supuesto analizado es: 80 consumidores encuestados y 81 comerciantes encuestados, y por ende, la respuesta de dichas encuestas nos reflejarán un resultado aproximado con una pequeña variación, que permitirá demostrar o no, si en el supuesto de Tampering o Data Diddling en los odómetros digitales puede constituir un acto de competencia desleal agrava.

Para ello cabe recalcar, que tanto dentro de la presente pregunta como las siguientes preguntas forman parte de un modelo de encuesta predeterminada, donde se encuestaron a 83 supuestos consumidores y 82 supuestos comerciantes, así como del valor total de las encuestas se consiguió sacar un promedio equivalente a la suma de cada valor otorgado a cada variable y se dividió para el número de encuestas realizadas, es decir para 83 en el caso de consumidores y 82 para el caso de comerciantes. En razón de ello, a continuación se reflejarán las variables asignadas dentro de la presente pregunta, con sus respectivos promedios y su respectivo gráfico, tanto desde el punto de vista de consumidor como comerciante, para consecuentemente obtener una respuesta concreta a la presente pregunta.

Tabla 2: Pregunta 1. Consumidor

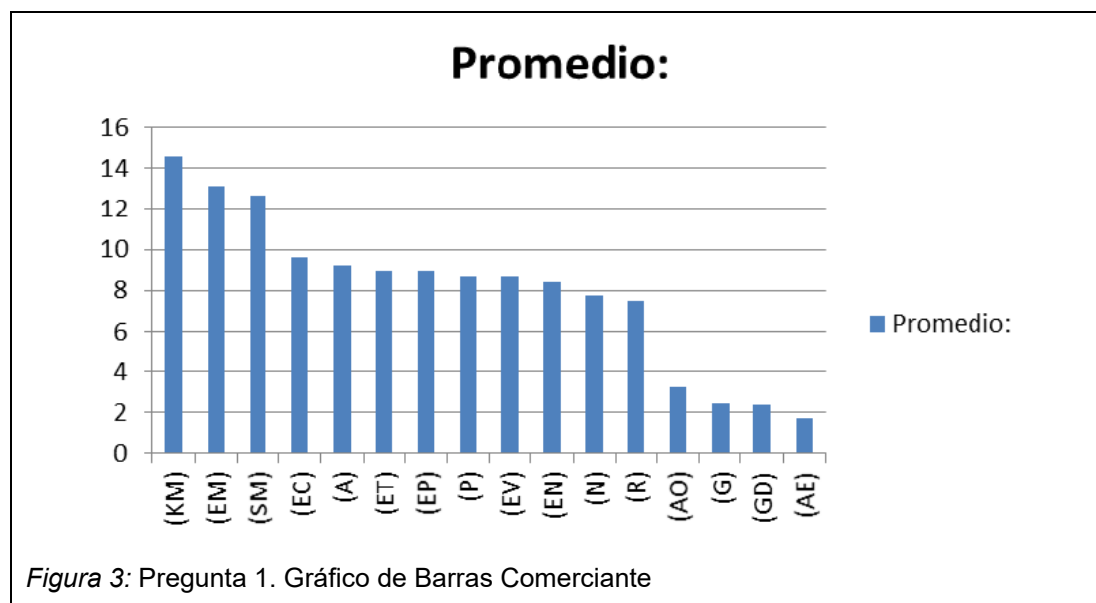
Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	8,05	Región de circulación del vehículo (R)	8,87
Accesorios extra (AE)	5,72	Sistema mecánico (SM)	14,36
Placa (P)	8,89	Estado mecánico (EM)	14,61
Año de fabricación (A)	10,78	Estado de la Pintura (EP)	8,30
Estado de los neumáticos (EN)	9,85	Estado de la carrocería (EC)	9,85
Equipamiento del vehículo (EV)	8,77	Gasolina aplicada en el vehículo (G)	2,12
Estado de tapicería (ET)	7,59	Número de dueños del vehículo (N)	3,14
kilometraje o recorrido (KM)	13,78	Género del anterior dueño (GD)	2,35



Excedente del consumidor en la pregunta 1.- Como se puede reflejar en las respuestas previamente mencionadas y en el gráfico manifestado, el kilometraje, recurso que en el empleo del presente supuesto abordado, constituye el objeto primordial de estudio; y, efectivamente se encuentra como uno de los supuestos recursos más importantes por parte del consumidor al tomar la decisión de adquirir un vehículo usado.

Tabla 3: Pregunta 1. Comerciante

Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	3,23	Región de circulación del vehículo (R)	7,50
Accesorios extra (AE)	1,72	Sistema mecánico (SM)	12,63
Placa (P)	8,71	Estado mecánico (EM)	13,10
Año de fabricación (A)	9,19	Estado de la Pintura (EP)	8,93
Estado de los neumáticos (EN)	8,42	Estado de la carrocería (EC)	9,62
Equipamiento del vehículo (EV)	8,66	Gasolina aplicada en el vehículo (G)	2,42
Estado de tapicería (ET)	8,93	Número de dueños del vehículo (N)	7,74
kilometraje o recorrido (KM)	14,60	Género del anterior dueño (GD)	2,35



Excedente del productor (comerciante) en la pregunta 1.- Al igual que en el estudio del excedente del consumidor dentro de la presente pregunta, los promedios previamente reflejados como el gráfico de barras del mismo, permite identificar que aparentemente desde el punto de vista de los comerciantes, el factor de mayor relevancia al tener la intención de comprar un vehículo usado, con el objetivo de hacer negocio del mismo es presuntamente el kilometraje.

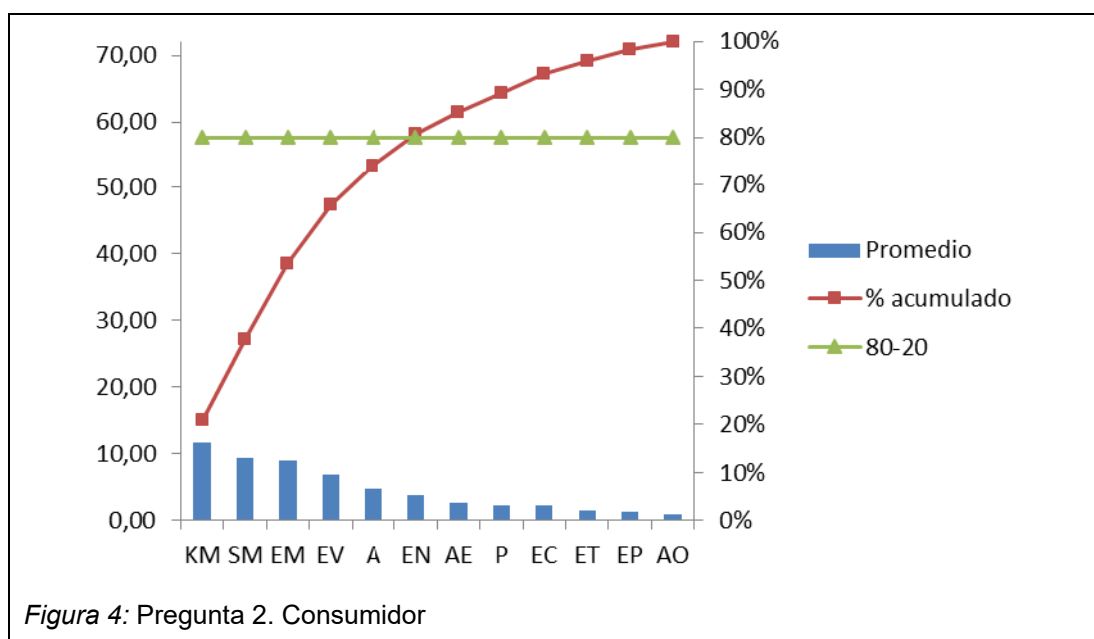
Excedente total en la pregunta 1.- Una vez obtenidas las respuestas de excedente de consumidor y de productor, en éste caso de comerciante, se debe vincular éstas dos figuras para obtener un resultado certero dentro de la presente pregunta. Por lo cual, la correlación de las mismas permite concluir que tanto desde el punto de vista del consumidor como del productor, el kilometraje, es uno de los factores de mayor relevancia al momento de comprar un vehículo usado, y por ende el kilometraje es uno de los factores de mayor trascendencia para comprar un vehículo usado dentro del supuesto analizado.

- 2) Enumere en orden del 1 al 12 cuál de los siguientes factores considera usted que tiene mayor trascendencia al momento de ser alterado en un vehículo, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menos importante.**

Al igual que en la pregunta anterior, dentro del desarrollo del presente punto, se realizaron la misma cantidad de encuestas de la pregunta anterior, así como los promedios obtenidos se sacaron conforme con la suma de cada variable dividida para el número de encuestados. En tal virtud, a continuación se mostrarán los resultados obtenidos por parte de consumidores como productores del supuesto analizado y se mostrará dentro del diagrama u Óptimo de Pareto la incidencia de cada uno de ellos, y la importancia ponderada de la conjunción de los mismos.

Tabla 4: Pregunta 2. Consumidor

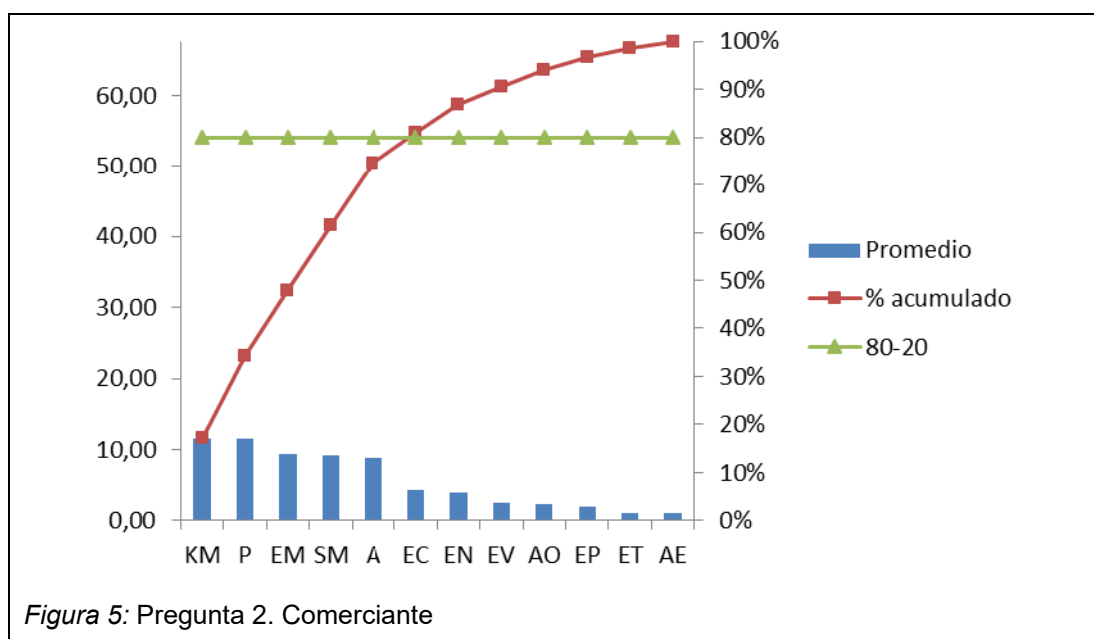
Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	3,04	kilometraje o recorrido (KM)	11,15
Accesorios extra (AE)	1,29	Sistema mecánico (SM)	10,42
Placa (P)	11,43	Estado mecánico (EM)	9,29
Año de fabricación (A)	9,23	Estado de la Pintura (EP)	1,63
Estado de los neumáticos (EN)	2,74	Estado de la carrocería (EC)	6,71
Equipamiento del vehículo (EV)	3,13	Estado de tapicería (ET)	2,04



Excedente del consumidor en la pregunta 2.- Como se puede manifestar en los promedios previamente aportados y en el gráfico de Óptimo de Pareto realizado, el kilometraje, al manifestarse como el problema de adulteración de mayor importancia, y al encontrarse por debajo de la línea del ochenta (80%) predeterminada, visualiza que desde el punto de vista del consumidor la solución de la alteración de los odómetros reflejará la mayor cantidad de eficiencia en el mercado, por lo que de afectarse éste ítem; se podrá afectar, restringir y distorsionar el comportamiento de los consumidores y la libre competencia.

Tabla 5: Pregunta 2. Comerciante

Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	2,34	kilometraje o recorrido (KM)	11,55
Accesorios extra (AE)	1,03	Sistema mecánico (SM)	9,17
Placa (P)	11,51	Estado mecánico (EM)	9,29
Año de fabricación (A)	8,84	Estado de la Pintura (EP)	1,97
Estado de los neumáticos (EN)	3,94	Estado de la carrocería (EC)	4,27
Equipamiento del vehículo (EV)	2,49	Estado de tapicería (ET)	1,11



Excedente del productor (comerciante) en la pregunta 2.- Al igual que en el excedente del consumidor, el kilometraje al encontrarse por debajo de la línea horizontal que refleja los problemas que requieren mayor atención, el kilometraje es el principal, y por ello, la solución de la alteración del mismo por parte del productor (en éste caso comerciante), generaría la mayor cantidad de eficiencia dentro de dicho mercado.

Excedente total.- En contraste con lo previamente expuesto, la unión del excedente total del consumidor como del comerciante, reflejan que la solución de los problemas concernientes a la alteración de odómetros en los

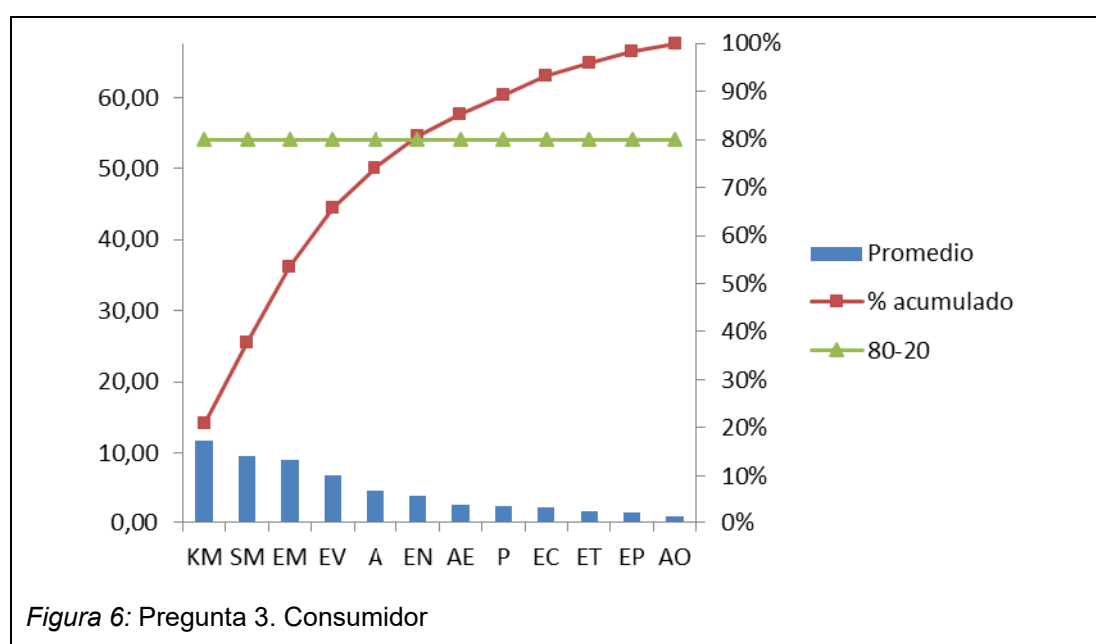
vehículos usados comercializados en el supuesto analizado, mostrará la mayor cantidad de eficiencia en el mercado relevante.

3) De los factores previamente mencionados, señale del 1 al 12, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menor relevancia, ¿Cuál de ellos es de mayor complejidad o presenta mayor grado de dificultad percibir su alteración dentro de un vehículo?

Para el desarrollo de la presente pregunta, nos regiremos en base a los misas nociones referidas en la pregunta precedente, salvo la diferencia en los promedios que refleje las respuestas del presente caso.

Tabla 6: Pregunta 3. Consumidor

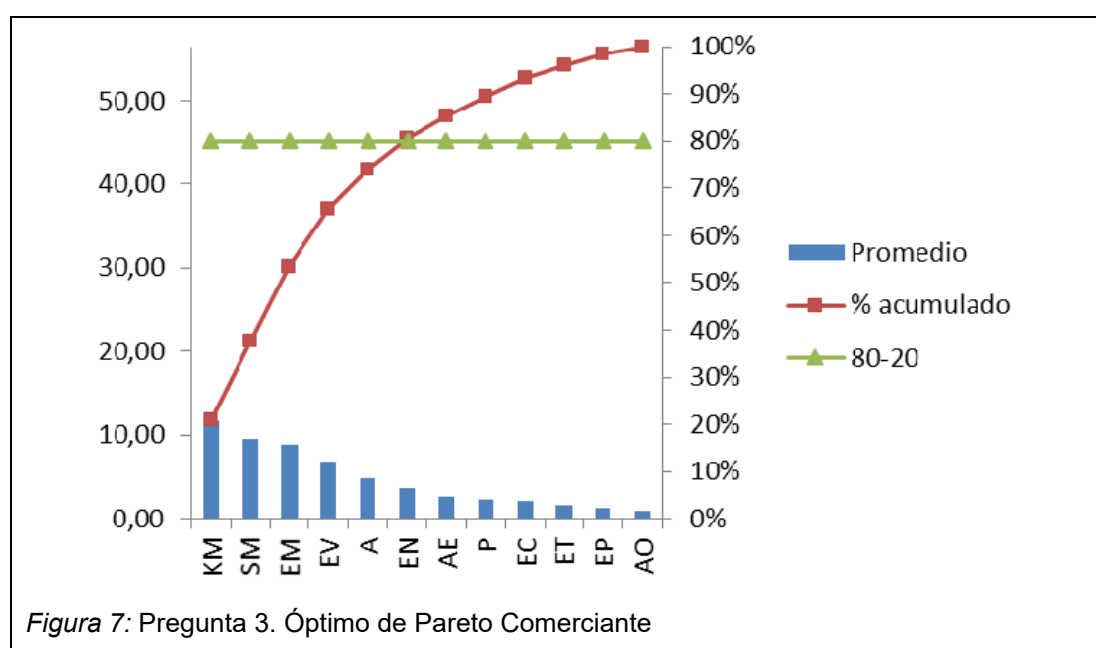
Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	6,57	kilometraje o recorrido (KM)	11,67
Accesorios extra (AE)	6,57	Sistema mecánico (SM)	9,17
Placa (P)	11,59	Estado mecánico (EM)	10,89
Año de fabricación (A)	3,53	Estado de la Pintura (EP)	1,57
Estado de los neumáticos (EN)	3,48	Estado de la carrocería (EC)	2,11
Equipamiento del vehículo (EV)	1,11	Estado de tapicería (ET)	1,75



Excedente del consumidor en la pregunta 3.- Los promedios aportados dentro de la presente gráfica del Óptimo de Pareto, indica que alteración de odómetros y por ende la alteración del kilometraje de los vehículos usados además de presentar una situación de ineficiencia y detrimento de mercado desde el punto de vista del consumidor, es el problema con mayor complejidad de percibir, es decir es el más complicado de identificar. el kilometraje, al manifestarse como el problema de adulteración de mayor importancia, y al encontrarse por debajo de la línea del ochenta (80%) predeterminada, visualiza que desde el punto de vista del consumidor la solución de la alteración de los odómetros reflejará la mayor cantidad de eficiencia en el mercado.

Tabla 7: Pregunta 3. Comerciante

Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	0,89	kilometraje o recorrido (KM)	11,75
Accesorios extra (AE)	2,57	Sistema mecánico (SM)	9,48
Placa (P)	2,34	Estado mecánico (EM)	8,93
Año de fabricación (A)	4,74	Estado de la Pintura (EP)	1,36
Estado de los neumáticos (EN)	3,72	Estado de la carrocería (EC)	2,21
Equipamiento del vehículo (EV)	6,90	Estado de tapicería (ET)	1,55



Excedente del productor (comerciante) en la pregunta 3.- De igual forma con los resultados reflejados en el excedente del consumidor, la alteración del kilometraje inserto en los vehículos es el problema más importante en el supuesto analizado, así como también éste problema es el que mayor complejidad presenta al momento de querer detectar el mismo, así como también al encontrarse el mismo dentro del cuadrante situado por debajo de la línea del 80% que permite identificar el grado de eficiencia de la variable, la misma, al solucionarse puede presentar una situación de eficiencia en dicho mercado.

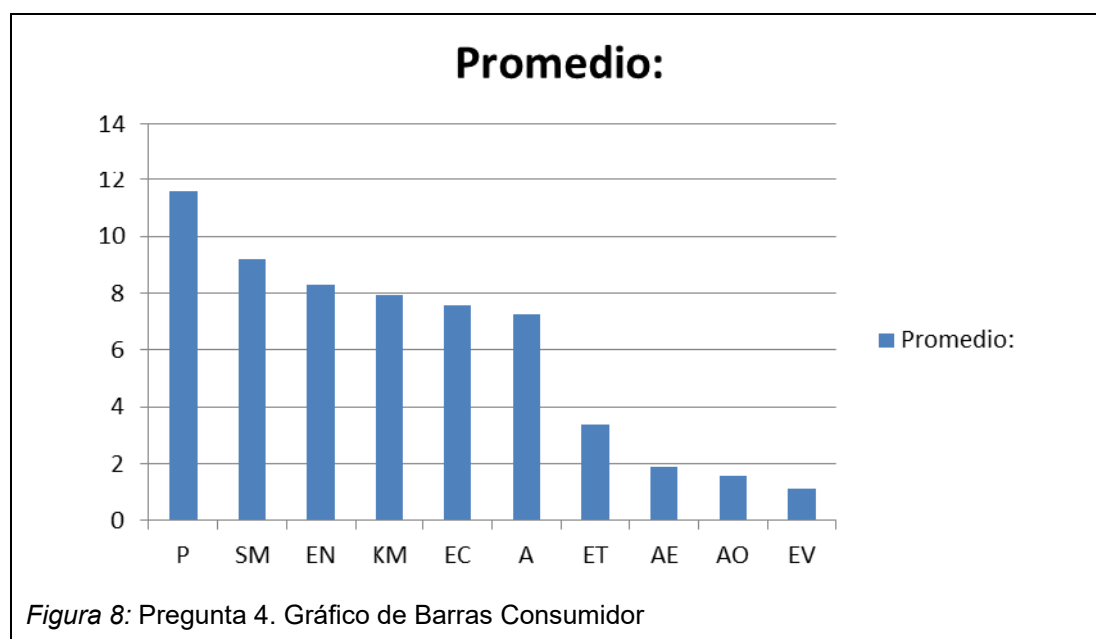
Excedente total.- En elocuencia a lo previamente plateado, la suma ponderada de éstos dos excedentes, tanto del consumidor como del productor (en éste caso comerciante), reflejan que efectivamente la adulteración del kilometraje y por consiguiente de los odómetros de los vehículos genera una situación de ineficiencia en el mercado, así como el estudio del Óptimo de Pareto en el supuesto planteado, refleja que la alteración del mismo es el ilícito más difícil de comprobar. Por consiguiente, el reparo del mismo producirá el mayor índice de eficiencia dentro del mercado del supuesto planteado.

4) En caso de ser adulterados alguno de los siguientes elementos indique del 1 al 12, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menor relevancia, ¿Cuál de ellos le produciría mayores problemas e inconvenientes al intentar matricular el vehículo comprado que adquirió?

Para el estudio de la presente pregunta, se observarán los parámetros determinados en la primera pregunta del presente acápite, así como el cuadro desarrollado en la misma.

Tabla 8: Pregunta 4. Consumidor

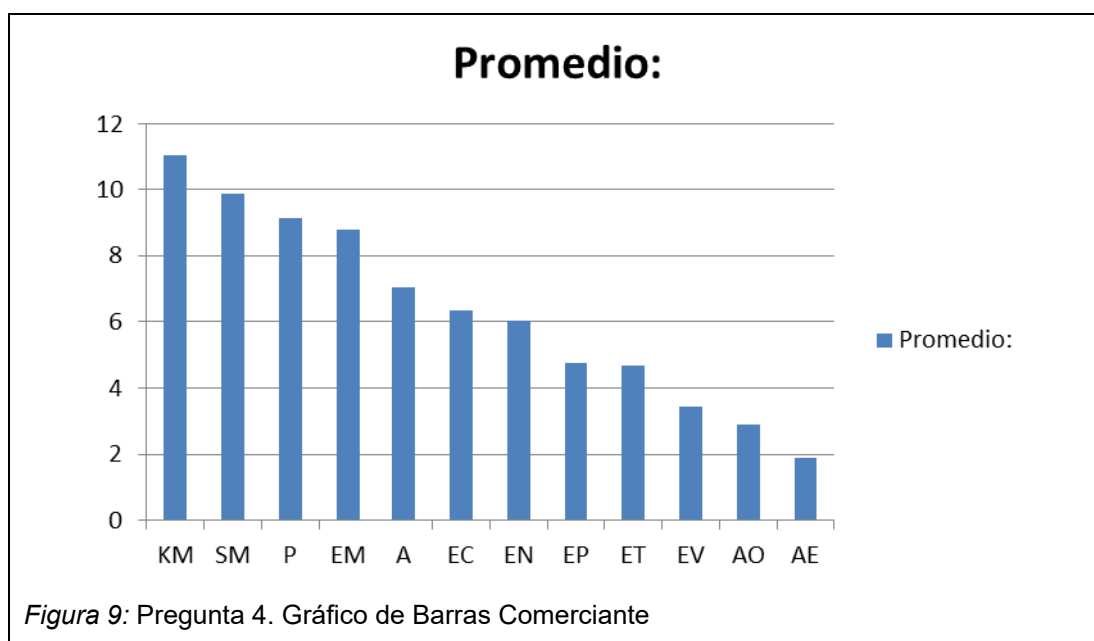
Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	1,57	kilometraje o recorrido (KM)	7,95
Accesorios extra (AE)	1,88	Sistema mecánico (SM)	9,22
Placa (P)	11,59	Estado mecánico (EM)	9,43
Año de fabricación (A)	7,26	Estado de la Pintura (EP)	5,63
Estado de los neumáticos (EN)	8,31	Estado de la carrocería (EC)	7,56
Equipamiento del vehículo (EV)	1,11	Estado de tapicería (ET)	3,37



Excedente del consumidor en la pregunta 4.- Tanto los promedios reflejados como el gráfico referido, demuestran que desde el punto de vista del consumidor la medición o determinación del kilometraje de los vehículos usados no son un factor demasiado relevante que podría generar inconvenientes en el proceso de matriculación del vehículo.

Tabla 9: Pregunta 4. Comerciante

Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	0,87	kilometraje o recorrido (KM)	6,84
Accesorios extra (AE)	1,23	Sistema mecánico (SM)	10,78
Placa (P)	11,39	Estado mecánico (EM)	10,51
Año de fabricación (A)	7,01	Estado de la Pintura (EP)	5,71
Estado de los neumáticos (EN)	5,83	Estado de la carrocería (EC)	8,11
Equipamiento del vehículo (EV)	2,11	Estado de tapicería (ET)	5,78



Excedente del comerciante en la pregunta 4.- A diferencia del resultado generado dentro del excedente del consumidor dentro de la presente pregunta, los datos y el cuadro previamente detallado, muestran que efectivamente la alteración del kilometraje inserto en un vehículo usado, generan la mayor cantidad de inconvenientes al momento de matricular el mismo dentro de la Agencia Nacional de Tránsito.

Excedente total en la pregunta 4.- Acorde al cuadro de barras del excedente del consumidor, la alteración del kilometraje supuestamente no equivale a uno de los factores principales que genere mayor inconveniente al momento de matricular un vehículo usado, esto se debe a que la Agencia

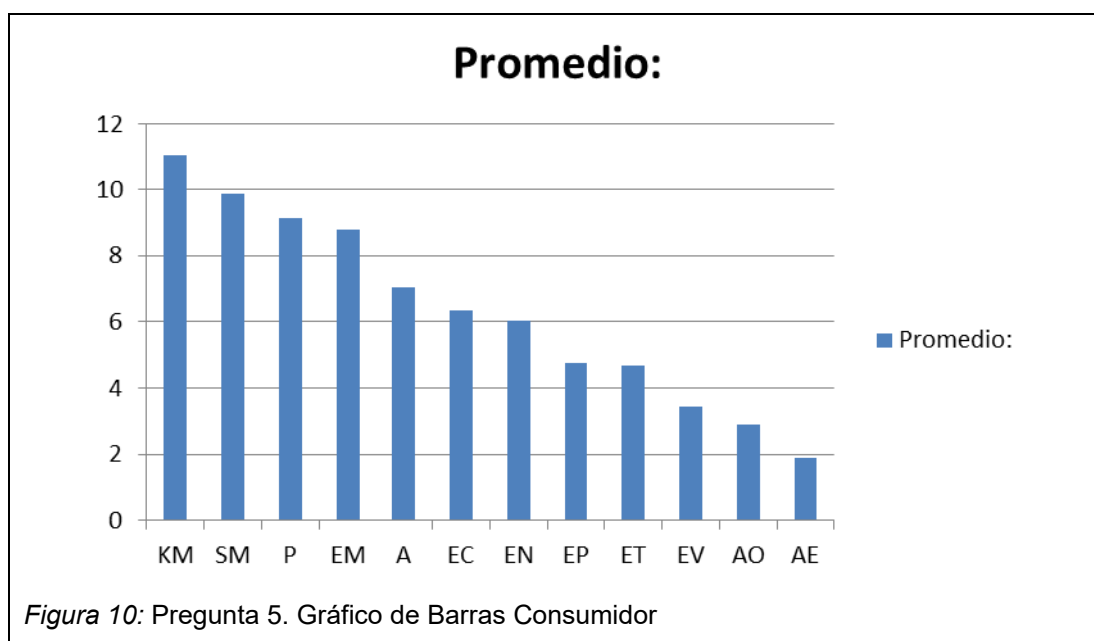
Nacional de Tránsito, tiene una base de datos informática, la cual muestra el kilometraje real del vehículo, por consiguiente la respuesta a la presente pregunta a diferencia de las demás vendrá a ser negativa independientemente lo determinado en el estudio del excedente del comerciante en la presente pregunta. Es decir, la posible alteración del kilometraje inserto en los vehículos no presenta un inconveniente sustancial al momento de matricular el vehículo.

5) Caso de ser adulterados alguno de los factores mencionados en la pregunta anterior, señale del 1 al 12, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menor importancia, ¿Cuál de ellos le produciría mayores problemas e inconvenientes al intentar vender dicho vehículo?

Para el estudio y desarrollo del presente punto, se analizarán los mismos parámetros analizados dentro de la primera pregunta mostrada, graficando de igual forma una gráfica de barras que permitan reflejar el resultado de la presente incógnita.

Tabla 10: Pregunta 5. Consumidor

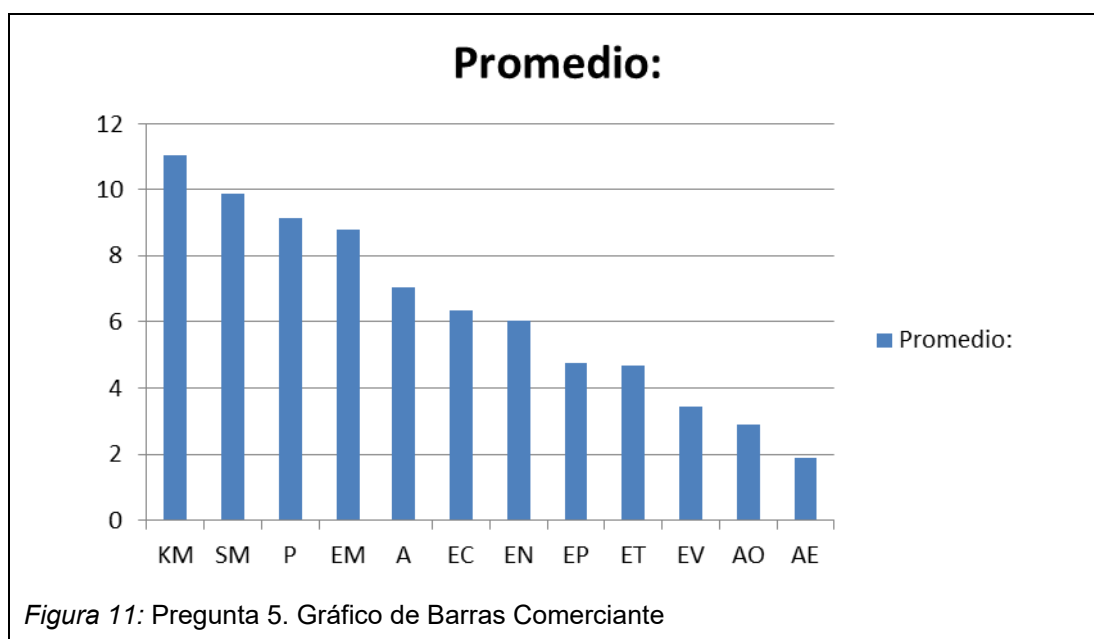
Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	2,11	kilometraje o recorrido (KM)	10,01
Accesorios extra (AE)	1,15	Sistema mecánico (SM)	9,17
Placa (P)	10,70	Estado mecánico (EM)	9,09
Año de fabricación (A)	7,53	Estado de la Pintura (EP)	6,10
Estado de los neumáticos (EN)	4,74	Estado de la carrocería (EC)	6,91
Equipamiento del vehículo (EV)	3,17	Estado de tapicería (ET)	3,64



Excedente del consumidor en la pregunta 5.- Como se puede reflejaren los promedios de las variables previamente mencionadas y en el gráfico manifestado, la posible alteración del kilometraje y consiguientemente la posible alteración del odómetro inserto dentro de los vehículos usados, se puede observar, que es posiblemente el principal problema al momento en que el consumidor pretenda transferir el dominio del mismo.

Tabla 11: Pregunta 5. Comerciante

Recursos:	Promedio:	Recursos:	Promedio:
Accesorios originales del vehículo (AO)	2,88	kilometraje o recorrido (KM)	11,06
Accesorios extra (AE)	1,89	Sistema mecánico (SM)	9,87
Placa (P)	9,13	Estado mecánico (EM)	8,78
Año de fabricación (A)	7,02	Estado de la Pintura (EP)	4,76
Estado de los neumáticos (EN)	6,01	Estado de la carrocería (EC)	6,32
Equipamiento del vehículo (EV)	3,43	Estado de tapicería (ET)	4,68



Excedente del comerciante en la pregunta 5.- De conformidad con el cuadro y valores precedentes, se colige, que la posible alteración del kilometraje y por ende de los odómetros insertos dentro de un vehículo usado constituye el problema de mayor envergadura para los comerciantes al momento de pretender comercializar dicho bien.

Excedente total en la pregunta 5.- Por consiguiente, la suma de éstos dos factores, tanto excedente del consumidor como del productor, que en éste caso vendrá a tomar su posición el comerciante de vehículos, reflejan que efectivamente la posible alteración de los odómetros insertos dentro de los vehículos comercializados en el supuesto planteado, constituirá el principal

problema al momento de la venta de dicho vehículo, ya que si bien aparentemente la adulteración de la placa podría inducir a pensar que el vehículo es robado, la misma podría rectificarse y con ello solucionar el problema, sin embargo si se adquirió un vehículo con un recorrido presuntamente bajo pero resulta ser sumamente alto, la posibilidad de venta del mismo será nula.

Acorde a las preguntas previamente resueltas, El Tampering o Data Diddling al software de los odómetros digitales insertos dentro de los vehículos supuestamente comercializados dentro del supuesto planteado, podrían afectar potencialmente a la eficiencia económica de dicho mercado, y por consiguiente, la asignación de recursos para solucionar éste tipo de problema, dentro de dicho mercado reflejará una situación de eficiencia dentro del mismo, sin despilfarrar recursos de poca importancia en el fortalecimiento de dicho mercado. Esto lleva a presuponer hasta el momento, que el supuesto analizado constituye un acto de competencia agravado contrario a la eficiencia económica por violación de norma o acto de engaño.

3.3.2 Afectación al bienestar de los consumidores a través del Tampering o Data Diddling como acto de competencia desleal agravado y por ello como Acto anticompetitivo

De conformidad con lo que ya se ha visto a lo largo del presente trabajo así como el presente capítulo, el Derecho de la Competencia a pesar de ser una rama preponderantemente pública dirigida a proteger el modelo económico basado en una economía social de mercado, secundariamente también es una rama encargada de proteger los partícipes del mercado, en específico a los consumidores que son los sujetos más desprotegidos dentro de la cadena de consumo, en respuesta a ello, “tanto la propiedad intelectual como la normativa en materia de libre competencia están orientadas a la promoción de bienestar de los consumidores a través del fomento de la innovación”. (Herrero, 2005, p. 61)

En tal sentido, a pesar de que los actos de competencia desleal son parte del Derecho de la Competencia Desleal, los actos desleales agravados por actos de engaño o violación de norma pasan a ser parte del Derecho de la Competencia y por ende entra en juego el principio de protección del consumidor constitucionalmente reconocido, el cual hace referencia a que “la solución deberá responder siempre a la mayor protección de los intereses de los consumidores” (Cevallos, 2001, p. 115) debido a que éstos, “no están en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o servicios; no tiene la posibilidad de influir en el mercado ni en cuanto a precio ni en cuanto a calidades”. (Bercovitz, 2014, p. 630)

En tal sentido, considerando las respuestas reflejadas dentro del anterior punto, la importancia que dio el grupo de consumidores encuestados al kilometraje de los vehículos usados, y de conformidad con lo determinado por el Congreso de los Estados Unidos de América en el caso jurídico pertinente al determinar que existía “la necesidad de proteger a los consumidores contra el costo anual de DOS MIL MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 2.000'000.000,00) que como compradores de automóviles han pagado en exceso por vehículos que han tenido un kilometraje no declarado” el acto de competencia desleal objeto de estudio dentro del presente trabajo también vulnera el bienestar económico de los consumidores, y pasa a ser de un Acto simple de Competencia Desleal a uno agravado.

En tal sentido, el acto mencionado dentro del supuesto analizado constituye de ésta forma un acto de competencia desleal agravado por violación de norma o acto u omisión engañosa que deberá ser sancionado bajo la normativa jurídica protectora de la Libre Competencia, en virtud de afectar el bienestar económico en general, el cual como se vio dentro del primer capítulo se compone de la eficiencia económica y el bienestar económico de los consumidores.

4. CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

Dentro del presente trabajo de titulación, se analizaron una variedad de ramas del Derecho, como fueron: Derecho de Corrección económica, Derecho de la Competencia, Derecho de la Competencia Desleal, Derecho de Propiedad Intelectual y Derecho Informático; y, su vinculación con el Derecho del Consumidor y Derecho Penal. Por lo cual, de estudio de las mismas puede extraerse a continuación las siguientes conclusiones:

- El Tampering o Data Diddling; no tiene una regulación normativa ad-hoc; sin embargo consiste en un ataque informático ya sea físico o lógico, a través del cual se modifica desautorizadamente la información, datos e instrucciones contenidas dentro de un software o una base de datos de un sistema informático. Éste ataque puede incluir la eliminación de la información, datos o instrucciones contenidas dentro de dicha base de datos o software, llegando incluso a invalidar la base de datos o el software contenido en un sistema informático y constituye un acto de competencia desleal que no solo transgrede derechos de consumidores, derechos de Propiedad Intelectual, y constituye un delito, ésta figura también puede afectar la Libre Competencia perjudicando el mercado relevante y los partícipes del mismo, cuando a más de afectar bienes jurídicos tutelados por el Derecho de Propiedad Intelectual o Derecho del Consumidor afecta la libre competencia.
- El Tampering o Data Diddling debe ser regulado en Ecuador como un ilícito informático expreso y no como uno inferido de otros ilícitos como los Ataques a la integridad de sistemas informáticos, tipificado dentro del artículo 232 del Código Integral Penal ecuatoriano; por cuanto dicho ilícito, es demasiado genérico y no permite comprender la esencia y naturaleza de la figura antijurídica en mención.

- El Tampering o Data Diddling como se ha logrado desarrollar dentro del presente trabajo, puede ser ejercido tanto a través de ataques lógicos como por ejemplo: virus, troyanos, gusanos, bombas lógicas, etc., como a través de ataques físicos al hardware del sistema informático, llegando a poder invalidar un sistema informático, como a destruir o eliminar la información inserta dentro de un equipo tecnológico.
- El Derecho de la Competencia tiene 4 figuras jurídicas que son propias de su naturaleza y merecen su estudio, las cuales son: Abuso de posición dominante, Prácticas Restrictivas, Ayudas Públicas y concentraciones económicas. Las mismas que permiten identificar los ilícitos informáticos que son parte natural de ésta rama del Derecho, la afectación que se ejecuta en cada una de ellas y el objetivo que se pretende corregir con su ejecución, que a su vez facilitará identificar los mecanismos de sanción y reglas que puede aplicarse en el estudio de las mismas.
- Los actos de competencia desleal agravados que afecten el bienestar económico en general constituyen ilícitos al Derecho de la Competencia, y por ello, la competencia y jurisdicción para el estudio, sanción y prevención del mismo, corresponderá a los Órganos Administrativos encargados de proteger la Libre Competencia, mientras que los actos de competencia desleal en los cuales se discutan exclusivamente intereses privados quedarán subordinados a los jueces de lo civil o al Organismo encargado de Proteger la Propiedad Intelectual.
- El Tampering o Data Diddling puede llegar a constituir un abuso de posición dominante, acuerdo o práctica restrictiva o a su vez un acto de competencia desleal agravado siempre y cuando se cumplan los presupuestos establecidos para cada ilícito y afecte al bienestar económico en general, para lo cual el organismo regulador de la Libre Competencia deberá valorar y cuantificar el daño incurrido en cierto mercado, para determinar las medidas de corrección que considere

pertinentes con el objetivo de conseguir una eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

4.2 RECOMENDACIONES

Acorde a las conclusiones determinadas dentro del punto precedente, las recomendaciones que se pueden realizar en referencia al trabajo analizado son las siguientes:

- Reformar la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado, debido a que la misma presenta vacíos legales y confunde las figuras que se estudian dentro del Derecho de la Competencia con la Competencia Desleal.
- Separar las normas de competencia desleal de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, puntualizando dentro de dicha Ley que los actos de competencia desleal se convertirán en actos de competencia desleal agravada, siempre y cuando afecten negativamente al bienestar económico en general.
- Identificar con mayor énfasis el impacto, importancia y trascendencia de la tecnología dentro de las economías de escala y economías en crecimiento, para que sea recogido normativamente las normas que permitan regular claramente los presupuestos del Tampering o Data Diddling y su vinculación con el Derecho Comercial.

REFERENCIAS

- Achurra, C. (2010). *La informática como activo estratégico*. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de: <http://www.decoop.cl/LinkClick.aspx?fileticket=iOrxDJH%2B%2Fc4%3D&tabid=351>
- Acta Federal de Abuso Computacional de Estados Unidos*, Sección 1030, USA legislación antiterrorismo, de 13 de Septiembre de 1994, *última modificación 26 de Octubre del 2001*.
- Alvear, P., & Gómez de la Torre, B. (2012). *En Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK.
- Becker, J., & Neill, D. (1983). *Digital odometer Patent N° 4409663*, Application Serial: 6/219,199. Assignee: Kelsey-Hayes Company. Estados Unidos de América. Motorola, Inc. Recuperado el 01 de Octubre de 2015, de: <http://patents.justia.com/patent/4409663>
- Bercovitz, A. (2014). *Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. (15ta ed.). Navarra, España: Arazandi, SA.
- Bullard, A. & Patrón, C. (1999). *El otro Poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal*. Recuperado el 19 de septiembre de 2015, de http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=carlos_patron
- Bustamante R. (s.f.), *Monografía: Seguridad en Redes*. Repositorio Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Recuperado por última vez el 11 de Mayo de 2015, de: <http://www.uaeh.edu.mx/docencia/Tesis/icbi/licenciatura/documentos/Seguridad%20en%20redes.pdf>
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*. (2da ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L. Tomo I.
- Cabanellas de las Cuevas, G., Palazzi, P., Sánchez, A., & Serebrinsky, D. (2014). *Derecho de la Competencia Desleal* (Vol. 3). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. (19na ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Carranza, M. (2008). *El Derecho de la Innovación Tecnológica*. (1ra ed.). Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.

- Carrión, H. (s.f.). *La sociedad de la información*. Recuperado el 23 de mayo de 2014, de: http://www.imaginar.org/docs/sociedad_informacion_wikipedia.pdf
- Cevallos, V. (2001). *Libre Cometencia, Derecho de Consumo y contratos* (primera ed.). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal del Ecuador*, Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, última modificación 12 de septiembre de 2014.
- Código Penal Español*, «BOE» núm. 281, Referencia: BOE-A-1995-25444, de 24 de noviembre de 1995, última modificación 28 de abril de 2015
- Coloma, G. (1997). *La ley argentina de defensa de la competencia (Clasificación del JEL: K4,L4)*. Asociación Argentina de Economía Política XXXII Reunión Anual. Recuperado el 13 de junio de 2015, de <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works1997/coloma.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Corrigan, W. & Schutz, J. (2009). *Civil Actions for the Misappropriation of Electronic Data: The Missouri and Federal Computer Tampering Acts*. Armstrong Teasdale Newspaper. Recuperado el 11 de Julio de 2015, de <http://www.armstrongteasdale.com/files/Uploads/Documents/Civil%20Actions%20for%20the%20Misappropriation%20of%20Electronic%20Data.pdf>
- Costa, S. (2006). *Delitos Informáticos. Aspectos Jurídico-Penales a la luz de la teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina: Revista Justiniano. Recuperado el 28 de marzo de 2014, de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitoinformatico.htm
- Cowen, T., & Tabarrok, A. (2015). *El fin de la asimetría informativa (Katalepsis)*. Recuperado el 22 de septiembre de 2015, de <https://katalepsisblog.wordpress.com/2015/05/23/el-fin-de-la-asimetria-informativa/>
- Criterios para la Aplicación de la Regla de Mínimis en materia de acuerdos y prácticas restrictivas*, Resolución 3: Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, Registro Oficial N° 291 publicado el jueves 17 de julio de 2014. Quito: Ecuador.
- Danthine, J., & Donaldson, J. (2005). *Intermediate Financial Theory* (Second ed.). Oxford, United Kingdom: Elsevier Academic Press publications.
- Davara, M. (2007). *Manual de Derecho Informático* (Novena ed.). Navarra, España: Arazandi, SA.

De Sola, R. (s.f.). *Delitos Informáticos*. Recuperado el 23 de Noviembre de 2013, de http://www.desolapate.com/publicaciones/delitos%20informaticos_rdesola.pdf

Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial en la Comunidad Andina, ANO XVII- Número 600 de 19 de septiembre del 2000. Lima: Perú.

Decisión 608. Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, 29 de marzo del 2005

Echeverri de Ricaurte, C., & Ordóñez de Cardozo, L. (1980). *La Competencia Desleal*. Bogotá, D.F., Colombia: Editorial Kelly.

Fillia, L., Monteleone, R., Nager, H. & Sueiro, C. (2007). *Análisis integrado de la criminalidad informática*. Buenos Aires, Argentina: Fabián J. Di Plácido Editor.

Fischer, S., Dornbusch, R., & Schmalensee, R. (1998). *Economía*. (2da ed.). Fernández, España: MCGraw-Hill.

Font, J. y Miranda, L. M. (2005). Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales. En Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad Coordinadores, *Estudios de Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Marcial pons, ediciones jurídicas y sociale S.A.

Gallego, E. (2014). *Derecho de la empresa y del mercado*. (3ra ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.

García, W. (2010). *Manual de la libre competencia*. Santiago, Chile: Thomson Reuters Puntolex.

Gherzi, O., & Arosemena, F. (s.f.). *La regla de la razón y conductas per se ilegales en el Derecho de la Competencia ecuatoriano: Reflexiones para la aplicación de la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado*. Recuperado el 15 de junio de 2015, de <http://www.rosemenaburbanoyasociados.com/archivos/ArticuloReglasPerseYdeLaRazonEnElDerechoDeLaCompetenciaEcuatoriano.pdf>

Gómez, D. (1998). Las prácticas restrictivas de la competencia. En *Derecho de la Competencia* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: El Navegante Editores.

Guía Respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes, Resolución 6: Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, Registro Oficial N° 473 publicado el lunes 06 de abril de 2015. Quito: Ecuador

- Haro, D. & Naranjo, O. (2013). *Diseño y construcción de un sistema de visualización para el monitoreo de parámetros del vehículo eléctrico (eveo)*. Escuela Politécnica Nacional. Quito- Ecuador. Recuperado el 22 de Septiembre de 2015, de <http://bibdigital.epn.edu.ec/handle/15000/7047>
- Herrero, C. (2005). En *Derecho de la Competencia Europeo y Español* (a cargo de Luis Ortiz Blanco y Álvaro Ramos Gómez ed., Vol. VI). Madrid, España: DYKINSON, S.L.
- INDECOPI. (1997). Preguntas sobre la Libre Competencia en el marco de una economía global. *¿Que se entiende por libre competencia?*, 7. Lima, Perú.
- Instituto nacional de promoción de la competencia. (2009). *Manual para evaluación de prácticas anticompetitivas*. Recuperado el 19 de junio de 2015, de http://www.programacompal.org/pdf/Manual_evaluacion_de_practicas_310809.pdf
- Instructivo de sustanciación de procedimientos de investigación en sede administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*. Resolución de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado 70. Registro Oficial N° 162 publicado el 15 de Enero del 2014. Quito: Ecuador
- Ley 19.223. (Normas Penales Relativas a la informática)* Id. Norma: 30590, de 7 de junio de 1993. Santiago: Chile.
- Ley de Propiedad Intelectual*, Registro Oficial N° 320, Quito, 27 de marzo de 1998, *última modificación 10 de febrero de 2014*. Quito: Ecuador
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial N° 555 publicado el jueves 13 de Octubre del 2011. Quito: Ecuador
- Liu P., (1998), *Microprocessor-controlled speedometer/odometer*, Patent N° 5714929, Application Serial: 8/352,841 Assignee: Van T. Recuperado el 3 de Octubre de 2015, de: <http://patents.justia.com/patent/5714929>
- López, D. (2011). *Libertad comercial y privacidad jurídica: Un difícil equilibrio en la red*. Encuentros multidisciplinares. Recuperado el 24 de junio de 2015, de: http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%C2%BA38/David_L%C3%B3pez_Jim%C3%A9nez.pdf
- Magán, R., Camacho, J., & García, P. (s.f.). *Supervivencia en redes de sensores mediante técnicas multivariantes*. Recuperado el 9 de julio de 2015, de http://gef2012.mondragon.edu/recsi2012/es/programa/recsi2012_submission_11.pdf
- McCarthy T., Christians S. & Dale Olmstead A., (1987). *Field presettable electronic odometer*, Patent N° 4642787, Application Serial: 6/635,960

Assignee: Motorola, Inc. Recuperado el 1 de Octubre de 2015, de: <http://patents.justia.com/patent/4642787>

Moisset de Espanés, L., & Hiruela de Fernández, M. (2012). *Protección Jurídica del software. Revistas y boletines*. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/301/190>

Moreno J. (2010) *Iniciativa de Decreto que crea la Ley de: Mercados públicos para el distrito Federal de los estados Unidos mexicanos*. Recuperado por última vez el 11 de Mayo de 2015, de: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-b0bd32544b0c15d6534c5f991805cc16.pdf>

Mostajo, J. (2012). *Prácticas anticompetitivas y Derecho de la Competencia en Bolivia. Comisión Europea*. Recuperado el 27 de mayo de 2015, de http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_32_es.pdf

North California Division of Motors (s.f.) *License & Theft Bureau, Odometer Fraud Prevention*. Recuperado por última vez el 3 de Octubre de 2015, de: <http://www.ncdot.gov/dmv/licensetheft/>

Ohle J., Rahm M. & Unseld E., (2004). *Method for storing odometer data, Patent N° 6768966*, Application Serial: 10/212,148 Assignee: DaimlerChrysler AG. Recuperado el 3 de Octubre de 2015, de: <http://patents.justia.com/patent/6768966>

Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P., & Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

OSIPTEL. (s.f.). *Exposición de motivos de los lineamientos generales para la aplicación de las normas de represión de conductas anticompetitivas en el ámbito de las telecomunicaciones. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones*. Recuperado el 20 de junio de 2015, de https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/Res009-2014-CD_ExpoMotivos.pdf

Pagador, J., Vela, P, Font, J. y Miranda, L. (2005). La continuación de la empresa en crisis entre el derecho concursal y el derecho de la competencia. En Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad Coordinadores, *Estudios de Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Marcial pons, ediciones jurídicas y sociale S.A.

Pérez, A. (2011). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Difusion Jurídica y Temas de Actualidad S.A.

Pérez, K. (2012). *Ética y delitos informáticos*. En XVI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Tomo I. Quito, Ecuador: Fiadi.

- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial N° 697, Decreto Ejecutivo 1152 publicado el lunes 07 de Mayo del 2012. Quito: Ecuador
- Rovira del Canto, E. (2002). *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granda, España: Editorial COMARES.
- Ruiz C. (1992). *Las empresas micro, pequeñas y medianas: crecimiento con la innovación tecnológica*. México D.F., México: Recuperado por última vez el 11 de Mayo de 2015, de: <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/255/5/RCE5.pdf>
- Salazar, C. (2013). *Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia*. Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 10 de noviembre de 2015, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3689/3871>
- Sánchez, D. (2002). *Nuevos desafíos del Derecho en la economía digital*. *Revista imaginar*. Recuperado el 8 de julio de 2015, de http://www.imaginar.org/docs/L_derecho.pdf
- Sintura, F. (1998). *Aspectos penales de la competencia*. (1ra ed.). Bogotá, Colombia: El Navegante Editores.
- Soto, A. (1999). *Derecho de la Competencia*. En R. Iría y A. Menéndez. *Derecho Mercantil*. (Vol. 1). Madrid, España: Civitas.
- Téllez, J. (2009). *Derecho Informático*. (4ta ed.). México DF, México: McGraw-Hill.
- Torres, M., & Paz, K. (2006). *Tamaño de una muestra para una investigación de mercado*. (Salazar, Ed.) Recuperado el 17 de Septiembre de 2015, de http://www.tec.url.edu.gt/BOLETIN/URL_02_BAS02.PDF
- Torres, V. (2008). *Diseño y construcción de un odómetro digital*. Recuperado el 05 de octubre de 2015, de <http://bibdigital.epn.edu.ec/bitstream/15000/1290/1/CD-2665.pdf>
- Troya, J., & Grijalva, A. (2003). *Repositorio de la UASB*. Recuperado el 15 de mayo de 2015, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1811/1/RF-01-TC-Grijalva.pdf>
- United States of America v. Charles R. McLemore., (1992). *United States v. McLEMORE*, 792 F.Supp. 96 (1992), Cr. No. 91100215. U.S. District Court for the Southern District of Alabama. Recuperado el 3 de Octubre de 2015, de: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/792/96/1882543>

Velilla, M. (1998). *Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante*. (1ra ed.). Bogotá, Colombia: El Navegante Editores.

Vicano, J. (1995). *Libre Competencia e intervención pública en la economía*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch

Zambrano, R. (s.f.). *Delitos informáticos contemplados en la ley ecuatoriana*. Recuperado el 30 de Mayo de 2014, de <http://www.cec.espol.edu.ec/blog/rzambrano/files/2012/08/delitos-inform%C3%81ticos-contemplados-en-la-ley-ecuatoriana.pdf>

ANEXOS

ANEXO 1

Formato de encuestas para realizar el análisis de eficiencia económica y realizar los gráficos de barras y diagramas de Óptimo de Pareto

Encuesta

Nombre:

Ciudad y fecha:

Calidad en la que acude a la feria de venta de vehículos en CEMEXPO:

Consumidor

Comerciante

Preguntas:

1. Enumere en orden del 1 al 16 los factores de mayor relevancia a tomar en cuenta al momento de comprar un vehículo usado, siendo el número 16 el de mayor importancia y el número 1 el de menor necesidad.

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Estado de la Pintura (P) | <input type="checkbox"/> Sistema mecánico (SM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de tapicería (T) | <input type="checkbox"/> kilometraje o recorrido (KM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de los neumáticos (N) | <input type="checkbox"/> Equipamiento del vehículo (EV) |
| <input type="checkbox"/> Año de fabricación (A) | <input type="checkbox"/> Placa (P) |
| <input type="checkbox"/> Accesorios originales del vehículo (AO) | <input type="checkbox"/> Accesorios extra (AE) |

2. Enumere en orden del 1 al 12 cuál de los siguientes factores considera usted que tiene mayor trascendencia al momento de ser alterado en un vehículo, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menos importante.

- | | |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> Estado de la Pintura (P) | <input type="checkbox"/> Sistema mecánico (SM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de tapicería (T) | <input type="checkbox"/> kilometraje o recorrido (KM) |

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Estado de los neumáticos (N) | <input type="checkbox"/> Equipamiento del vehículo (EV) |
| <input type="checkbox"/> Año de fabricación (A) | <input type="checkbox"/> Placa (P) |
| <input type="checkbox"/> Accesorios originales del vehículo (AO) | <input type="checkbox"/> Accesorios extra (AE) |

3. De los factores previamente mencionados, señale del 1 al 12, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menor relevancia, ¿Cuál de ellos es de mayor complejidad o presenta mayor grado de dificultad percibir su alteración dentro de un vehículo?

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Estado de la Pintura (P) | <input type="checkbox"/> Sistema mecánico (SM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de tapicería (T) | <input type="checkbox"/> kilometraje o recorrido (KM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de los neumáticos (N) | <input type="checkbox"/> Equipamiento del vehículo (EV) |
| <input type="checkbox"/> Año de fabricación (A) | <input type="checkbox"/> Placa (P) |
| <input type="checkbox"/> Accesorios originales del vehículo (AO) | <input type="checkbox"/> Accesorios extra (AE) |

4. En caso de ser adulterados alguno de los siguientes elementos indique del 1 al 12, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menor relevancia, ¿Cuál de ellos le produciría mayores problemas e inconvenientes al intentar matricular el vehículo comprado que adquirió?

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Estado de la Pintura (P) | <input type="checkbox"/> Sistema mecánico (SM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de tapicería (T) | <input type="checkbox"/> kilometraje o recorrido (KM) |
| <input type="checkbox"/> Estado de los neumáticos (N) | <input type="checkbox"/> Equipamiento del vehículo (EV) |
| <input type="checkbox"/> Año de fabricación (A) | <input type="checkbox"/> Placa (P) |
| <input type="checkbox"/> Accesorios originales del vehículo (AO) | <input type="checkbox"/> Accesorios extra (AE) |

5. En caso de ser adulterados alguno de los factores mencionados en la pregunta anterior, señale del 1 al 12, siendo el número 12 el de mayor importancia y el número 1 el de menor importancia, ¿Cuál de ellos le produciría mayores problemas e inconvenientes al intentar vender dicho vehículo?

Estado de la Pintura (P)

Estado de tapicería (T)

Estado de los neumáticos (N)

Año de fabricación (A)

Accesorios originales del vehículo (AO)

Sistema mecánico (SM)

kilometraje o recorrido (KM)

Equipamiento del vehículo (EV)

Placa (P)

Accesorios extra (AE)

ANEXO 2

Formato de entrevista realizada al Ingeniero Santiago Bedón para conocer la función de los odómetros, sus clases y diferencias

Entrevista

Nombre:

Ciudad y fecha:

Cargo que desempeña:

Institución o empresa en la que trabaja:

Preguntas:

1. ¿Qué es un odómetro?

.....
.....
.....

2. ¿Para qué sirve un odómetro en los vehículos?

.....
.....
.....

3. ¿Considera usted que el odómetro que se encuentra incorporado dentro de los vehículos es un software (programa de ordenador) o una base de datos?

.....
.....
.....

4. ¿Cuál es la diferencia entre regular y alterar arbitrariamente un odómetro que se encuentra dentro de un vehículo?

.....
.....
.....

5. ¿Para adular un odómetro se requiere un conocimiento técnico y por ende se requiere de un comando o un sistema, herramienta o instrumento particular para hacerlo; o cualquier persona sin necesariamente tener un conocimiento técnico puede realizarlo?

.....
.....
.....

6. ¿Qué mecanismos arbitrarios existen para manipular odómetros insertos dentro de los vehículos?

.....
.....
.....

7. ¿Qué habitualidad o que tan frecuente es encontrar casos en que los odómetros de los vehículos han sido adulterados fraudulentamente?

.....
.....
.....

ANEXO 3

**Formato de entrevista realizada al Economista Romel Sarzosa
Administrador de la feria de venta de vehículos usados suscitada en
CEMEXPO- Quito, con el objetivo de conocer el tamaño de la población
para la determinación del muestreo**

Entrevista

Nombre:

Ciudad y fecha:

Cargo que desempeña:

Institución o empresa en la que trabaja:

Preguntas:

1. ¿Cuánto tiempo lleva trabajando dentro de dicha institución?

.....
.....
.....
.....

2. ¿Aproximadamente cuantos vehículos visitan cada mes la feria de venta de vehículos usados ubicada en Cemexpo, la cual se suscita todos los fines de semana en la ciudad de Quito?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Aproximadamente cuantos vehículos entran con el objeto de ser comercializados y cuantos entran con el objeto se visita, es decir con el objeto de comprar los vehículos usados a la feria de venta de vehículos usados ubicada en Cemexpo, la cual se suscita todos los fines de semana en la ciudad de Quito?

.....
.....
.....
.....
.....

ANEXO 4

Formato de encuesta realizada con el objetivo de determinar la vulneración a los usos y costumbres y la buena fe objetiva, a través del Tampering o Data Diddling de odómetros digitales

Encuesta

Nombre:

Ciudad y fecha:

Calidad en la que acude a la feria de venta de vehículos en CEMEXPO:

Consumidor Comerciante

Preguntas:

1. **¿Considera usted que la adulteración de un odómetro digital dentro de un vehículo usado con el objetivo de comercialización del mismo, destruye la confianza que tienen los consumidores y comerciantes al momento de adquirir un vehículo dentro de la feria de vehículos usados ubicado en CEMEXPO que se suscita todos los fines de semana dentro de la ciudad de Quito?**

Si No

2. **¿Considera usted que la adulteración de un odómetro digital dentro de un vehículo usado con el objetivo de comercialización del mismo, constituye una violación a los usos y costumbres honestas de la feria de vehículos usados ubicado en CEMEXPO que se suscita todos los fines de semana dentro de la ciudad de Quito?**

3. Si No

ANEXO 5

Estados Unidos de América: Sentencia emitida por el Tribunal Penal del Estado de Alabama, respecto al caso United States v. McLemore, 792 F. Supp. 96 (S.D. Ala. 1992)

United States v. McLemore, 792 F. Supp. 96 (S.D. Ala. 1992)

**U.S. District Court for the Southern District of Alabama - 792 F. Supp. 96 (S.D. Ala. 1992)
May 29, 1992**

**792 F. Supp. 96 (1992)
UNITED STATES of America, Plaintiff,
v.
Charles R. McLEMORE, Defendant.
Cr. No. 91100215.
United States District Court, S.D. Alabama, S.D.
May 29, 1992.**

Kristi D. Lee, Asst. U.S. Atty., S.D. Ala., U.S. Attys. Office, Mobile, Ala., for plaintiff.
Paul D. Brown, Mobile, Ala., for defendant.

ORDER

HAND, Senior District Judge.

After careful consideration of the Defendant's motion to dismiss the indictment and the Government's response, the Court shall consider this motion to dismiss as a motion pursuant to Rule 33 of the Federal Rules of Criminal Procedure for new trial and a Rule 12 motion for dismissal of the indictment, in light of the procedural posture of this action. Rule 33 holds that

The court on motion of a defendant may grant a new trial to that defendant if required in the interest of justice... A motion for a new trial based on the ground of newly discovered evidence may be made only before or within two years after final judgment. *97 Because the applicability of 18 U.S.C. § 921(a) as a bar to the defendant's prosecution for being a felon in possession of a firearm was not discovered until after trial, the interests of justice require the Court to *sua sponte* take another look at this action. This is a novel area of the law, as is obviated by the fact that it was not

realized to be applicable until after trial. Though the "discovery of new evidence" as stated in Rule 33 may not in some actions include the unearthing of applicable law, justice requires the Court in this case of first impression to consider the defendant's motion for a new trial.

The Defendant, Charles R. McLemore, was convicted in April, 1988 of fraudulently rolling back odometer readings on vehicles in violation of 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a). In July, 1991, the Defendant possessed a pistol, rifle and shotgun, and was indicted and convicted of being a felon in possession of a firearm. *See*, 18 U.S.C. § 922(g).

The Defendant challenges the conviction asserting that the indictment did not allege a crime under 18 U.S.C. § 922(g). The Defendant argues that the underlying felony conviction for odometer rollback is excluded by 18 U.S.C. § 921(a) (20). This section exempts from the definition of "crimes punishable for one year" which serve as underlying felonies for 18 U.S.C. § 922(g) purposes all felonies pertaining to "antitrust violations, unfair trade practices, restraints of trade, and other similar offenses relating to the regulation of business practices."

The government responds that although the crime of odometer rollback is characterized by the Defendant as an unfair trade offense, the act of odometer rollback has its origins in common law fraud by deception which is a *malum in se* offense, rather than unfair trade competition, which is *malum prohibitum*. The government notes that unlike unfair competition crimes, odometer tampering crimes can be prosecuted under federal and state statutes other than 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a), such as under mail fraud, wire fraud, and state fraud by deception. The government's brief states: "Whether the felony is exempted under 18 U.S.C. § 921(a) (20) certainly should not turn on which statute the government selects to prosecute. As stated above, the government could have decided to prosecute this under a Title 18 offense rather than a Title 15 offense."

The government asserts that there is no evidence in the legislative history of 18 U.S.C. § 921(a) (20) to support the argument that *all* crimes of a commercial type should be exempted from the definition of a felony for the purposes of 18 U.S.C. § 922(g); rather the government contends that Congress intended only *certain* commercial type crimes be exempted. *See*, [1968] U.S. Code Cong. & Ad. News pp. 2113, 2202. The Defendant's Memorandum Brief notes that prior to 1986, 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a) violations were not felonies and a conviction thereunder could not, as a misdemeanor, have formed the basis of a prosecution under 18 U.S.C. 922(g) (1). The Defendant's Brief also notes the policy in favor of the rule of lenity as applied to criminal statutes. As stated in *Crandon v. U.S.*, 494 U.S. 152, 158, 110 S. Ct. 997, 1001, 108 L. Ed. 2d 132 (1990), "because the governing standard is set forth in a criminal statute, it is appropriate to apply the rule of lenity in resolving any ambiguity in the ambit of the statute's coverage." 18 U.S.C. § 921(a) (20) simply excludes from coverage of 18 U.S.C. § 922(g) "unfair trade practices" and "similar offenses relating to the regulation of business practices," and indicates no intention of including only *certain* crimes of such a nature.

The government cites a Second Circuit case for the proposition that a U.S. Customs violation was not an unfair trade practice since "a violation of [false statements to customs] in no way depends upon whether it has an effect on competition or consumers." *U.S. v. Meldish*, 722 F.2d 26, 28 (2nd Cir. 1983). The government asserts: "Although this case is not binding it lends further support to the government's argument in that in order to be guilty of odometer tampering it is not necessary to prove that a consumer or competitor was in any way affected. What makes odometer *98 tampering a crime is the fact that it is a fraudulent act within itself." *Government's Response*, p. 5.

The Court determines that 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a) are meant to punish an "unfair trade practice" within the meaning of 18 U.S.C. § 921(a) (20). The government's argument that "[w]hether the felony is exempted under 18 U.S.C. § 921(a) (20) certainly should not turn on which statute the government could have decided to prosecute" is not persuasive and in fact contrary to the textual language and purpose of 18 U.S.C. § 921(a) (20). The government must live with its decision to prosecute Mr. McLemore's odometer rollback activity as a Title 15 trade offense, rather than as Title 18 mail fraud or wire fraud offense. The fact is that Mr. McLemore was indicted and convicted of a Title 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a) offense, which is an "unfair trade practice" crime, and was not convicted of a mail fraud, wire fraud or any state fraud crime in regard to the odometer rollback activity.

The very Second Circuit case language cited by the government supports this analysis. *Meldish* holds that implicit in the term "unfair trade practice" is the requirement that the practice adversely affect either competitors or consumers. *U.S. v. Meldish*, 722 F.2d 26, 27-28 (2nd Cir.1983). While the activity of odometer rollback may be prohibited by other statutes, or by other jurisdictions, because of its other characteristics and bad effects, odometer rollback is prohibited by 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a) as an unfair trade practice exactly because of its "effect on competition and consumers." This interpretation is supported by the legislative history of the Truth in Mileage Act of 1986. In increasing the penalty for odometer tampering from 1 to 3 years, Congress emphasized the need to protect consumers from the annual \$2 billion cost to car buyers who overpaid for cars due to the cars' understated mileage. See 1986 U.S. Code Cong. and Adm. News, 5620-27.

Because Congress has determined that an unfair trade practice offense is not a crime punishable by a term exceeding one year, see 18 U.S.C. § 921(a) (20), Mr. McLemore's 1988 conviction cannot serve as the underlying felony for an 18 U.S.C. § 922(g) crime. The Court finds that the indictment and conviction of Charles R. McLemore for being a felon in possession of a firearm are not correct as a matter of law, and therefore both VACATES the Court's judgment of February 5, 1992 and GRANTS the Rule 33 motion for new trial.

Upon consideration of the motion filed pursuant to Rule 12 of the Federal Rules of Criminal Procedure for dismissal of the indictment, for the reasons stated above, the Court GRANTS the motion and dismisses all counts of the indictment.

It is so ORDERED.

JUDGMENT

Vacation of Judgment, Grant of New Trial And Dismissal of Indictment

The crime of which the government indicted and prosecuted Mr. McLemore, pursuant to 15 U.S.C. §§ 1984 and 1990c(a), is an unfair trade practice offense. Congress has determined that such an unfair trade practice offense is not a crime punishable by imprisonment for a term exceeding one year, *see* 18 U.S.C. § 921(a) (20). Therefore Mr. McLemore's 1988 conviction cannot serve as the underlying felony for an 18 U.S.C. § 922(g) crime. The court finds that the indictment and conviction of Charles R. McLemore for being a felon in possession of a firearm is not correct as a matter of law, and VACATES the Court's judgment and GRANTS both the motion for a new trial and the pretrial motion for dismissal of all counts of the indictment.

It is so ORDERED.

ANEXO 6

Documento y fórmulas base para el cálculo del tamaño de la muestra a estudiar

TAMAÑO DE UNA MUESTRA PARA UNA INVESTIGACIÓN DE MERCADO

Por Inga. Mariela Torres, mariela_torresurl@yahoo.com.mx

Inga. Karim Paz, kspaz@url.edu.gt

Integración: Ing. Federico G. Salazar, correo@fsalazar.bizland.com

RESUMEN

En algunas ocasiones nos preguntamos ¿cómo podemos determinar el tamaño óptimo para una investigación de mercado. ¿Será que basta con aplicar un cuestionario a 100 personas? O, ¿realmente es necesario encuestar a 450 individuos? ¿Cómo influye la variabilidad de las respuestas de cada encuestado? ¿Qué margen de error tendrán los resultados hallados en la encuesta? Las respuestas a cada una de estas preguntas nos la da la Estadística. En este documento se presenta una guía para poder determinar el tamaño de una muestra para proporciones. Se presentan, además, los conceptos fundamentales de la Teoría de muestreo.

DESCRIPTORES

Estadística. Tipos de muestreo. Muestreo probabilístico. Muestro no probabilístico. Tamaño de muestra. Proporciones. Nivel de confianza. Fuentes de error en el muestreo.

ABSTRACT

In some occasions we ask ourselves: How can we obtain optimal sampling size in a marketing survey? Is it enough to fulfil a questionnaire form in one hundred persons? Or, is it really necessary to interview 450 subjects? How do the answers determine the variability in each person interviewed? Which margin error will the results of the survey have? Answers to each one of those questions are provided from Statistics. In this article a guide is presented to determine sampling size to be used for proportions. Also included are fundamental concepts of Sampling Theory.

KEYWORDS

Statistics. Sampling methods. Probabilistic sampling. Non probabilistic sampling. Sampling size. Proportion. Confidence level. Error sources in sampling.

EL MUESTREO

En un universo de trabajo en donde se desea aplicar un análisis estadístico, cuando el muestreo cubre a todos los elementos de la población., se realiza un censo. En muchos de los casos, la realización de un censo no es posible por ser muy costoso, muy extenso o que la muestra se destruya como resultado del análisis. En tales oportunidades se debe practicar un análisis muestral. La muestra es una parte seleccionada de la población que deberá ser representativa, es decir, reflejar adecuadamente las características que deseamos analizar en el conjunto en estudio.

Se pueden realizar diferentes tipos de muestreo, que quedan clasificados en dos grandes grupos: probabilísticos y no probabilísticos. En el **muestreo probabilístico**, todos los individuos o elementos de la población tienen la misma probabilidad de ser incluidos en la muestra extraída, asegurándonos la representatividad de la misma. En el **muestreo no probabilístico**, por su parte, los elementos de la muestra se seleccionan siguiendo criterios determinados siempre procurando la representatividad de la muestra.

MUESTREO PROBABILISTICO

El muestreo probabilístico puede ser **muestreo aleatorio simple**, cuando todos los elementos de la población tienen la misma probabilidad de ser seleccionados en la muestra y esta probabilidad es conocida. Este tipo de muestreo es más recomendable, pero resulta mucho más difícil de llevarse a cabo y, por lo tanto, es más costoso. Para seleccionar una muestra de este tipo se requiere tener en forma de lista todos los elementos que integran la población investigada y utilizar tablas de números aleatorios.

Ejemplo No. 1: A un grupo de 100 personas se les numera de uno a cien y se depositan en una urna 100 bolitas a su vez numeradas de uno a cien. Para obtener una muestra aleatoria simple de 20 elementos, tendríamos que sacar 20 bolitas numeradas de la urna que nos seleccionarán en forma completamente al azar a los 20 elementos escogidos para que opinen sobre un nuevo producto.

Otro tipo de muestreo probabilístico es el **muestreo aleatorio sistemático**, el cual es susceptible de ser más preciso que el muestreo aleatorio simple. Se elige un primer elemento del universo y luego se van escogiendo otros elementos igualmente espaciados a partir del primero. Consiste en dividir la población en n estratos, compuestos por las primeras K unidades, las segundas k unidades y así sucesivamente.

Ejemplo No. 2: a partir de una lista de 100 establecimientos de comestibles, deseamos seleccionar una muestra probabilística de 20 tiendas. La forma de hacerlo sería:

- dividir 100 entre 20 para obtener 5, que es un salto sistemático
- extraer un número al azar entre 1 y 5. Supóngase que es el número 2 el cual corresponde al primer elemento seleccionado.
- Se incluyen en la muestra de establecimientos numerados: 2, 7, 12, 17, 22,.....,97.

Un tercer tipo de muestreo probabilístico es el **Muestreo por zonas** también llamado muestreo polietápico o muestreo por áreas. Es ideal cuando se desea que las entrevistas se apliquen en áreas representativas del fenómeno a estudiar, en un área determinada. Esta zona puede ser una ciudad, un barrio o la zona sur de la ciudad. Se procede por etapas:

- Primera etapa: selección de manzanas en un mapa. Se necesita un plano de la ciudad que se investigará.
- Segunda etapa: selección de hogares en esas manzanas. Posteriormente se deben eliminar del plano las manzanas no destinadas a casa habitación: como parques, iglesias, tiendas e industrias.
- Tercera etapa: selección de personas en el hogar. Se numera cada manzana de las que restan en el plano con un criterio uniforme para no alterar la aleatoriedad. Al mismo tiempo se determina el número de manzanas que estarán en la muestra.
- Una vez realizados estos pasos se encuentra un número promedio de viviendas por manzana

$$\frac{\text{Total de familias}}{\text{Total de manzanas}} = \text{promedio de familias por manzana}$$

Ejemplo No. 3: Si en una ciudad existen cerca de 5,000 manzanas disponibles y 200,000 hogares, con un promedio de 40 hogares por manzana.

- Se fija un “salto” mínimo de hogares para hacer cada entrevista. Un salto es el número de casas que se dejarán de visitar después de cada encuesta. A mayor salto, mayor dispersión de la muestra, y mayor representatividad, pero mayor costo. Se recomiendan saltos no menores de 4 ni mayores de 10 casas. Se puede utilizar un salto promedio de 8.
- Se determina el tamaño de la muestra. Suponiendo que la muestra es de 800, se tiene:

$$\frac{\text{Total de entrevistas}}{\text{Número de entrevistas por manzana}} = \text{Número de manzanas a sortear}$$

$$\frac{800}{5} = 160$$

- El número de manzanas que se deben dejar de visitar después de haber encuestado una manzana, se obtiene de la siguiente forma: si se entrevistan 120 hogares,

$$\frac{\text{Total de manzanas}}{\text{Tamaño de la muestra}} = \text{Salto Sistemático}$$

$$\frac{5,000}{120} = 41.7 = 42$$

- Se obtiene un número aleatorio entre 1 y $42 = 25$
 - Primera manzana.....25
 - Salto sistemático.....42
 - Segunda manzana.....67
 - Salto sistemático.....42
 - Tercera manzana.....109
 - Etc.
- Se localizan las manzanas en el mapa y se anotan en una lista.

De este procedimiento se genera el concepto de **afijación**, definido como la distribución de los diferentes estratos en la muestra. Puede haber **afijación simple** donde a cada estrato le corresponde igual número de elementos. Por otra parte, la **afijación proporcional** es cuando la integración de la muestra se hace en base al peso o tamaño de la población en cada estrato. También se menciona la **afijación óptima**, de poca aplicación, cuando se toma en cuenta la proporción de cada estrato y se conoce dispersión previsible de los resultados a través de la desviación típica.

Un cuarto tipo de muestreo probabilístico es el **muestreo aleatorio estratificado**, que se aplica cuando la población no es homogénea con relación a la característica que se desea estudiar: clases sociales, regiones, sexo, grupos de edad. En este caso la población queda dividida en estratos o grupos y el muestreo debe hacerse de tal forma que todos esos grupos queden representados.

Para determinar el tamaño de la muestra en cada estrato, sobre todo si la estratificación es por niveles de ingreso y por regiones, se puede utilizar dos métodos:

- *Cálculo proporcional* al tamaño del estrato
En este caso existe una relación proporcional entre el tamaño del estrato y el número de elementos que aporta a la muestra. Cuanto mayor sea el estrato, mayor será el tamaño de la muestra seleccionada.
- *Cálculo desproporcional* al tamaño del estrato
Este tipo de cálculo se utiliza para no tener muestras excesivamente grandes en los estratos de mayor tamaño y muestras demasiado pequeñas que no permitan un análisis mayor en los estratos de menor tamaño. Muchas veces, los productos a investigar tienen su mayor demanda en los estratos más pequeños.

Ejemplo No. 4: es muy probable que la investigación acerca de las actitudes, preferencias y hábitos de consumo de las madres de familia y los niños por un nuevo tipo de galleta en el mercado deba enfocarse más hacia los niveles socioeconómicos altos, ya que son quienes pueden hacer frente a un precio Premium del 20%.

Suponga que se planea hacer un total de 500 encuestas en la ciudad donde usted vive. Considerando los porcentajes de hogares en cada estrato socioeconómico en un muestreo probabilístico con cálculo proporcional obtendríamos:

Nivel socioeconómico	% de hogares	Número de entrevistas
A / B	8	40
C	36	180
D / E	56	280
Total	100 %	500

Sin embargo, este número de entrevistas por estrato no permitiría mayor análisis y desvirtuaría los objetivos de la investigación en los estratos altos. Aquí se deberá calcular el tamaño de cada muestra mediante el método desproporcional, utilizando el siguiente procedimiento:

- Se numeran los hogares de la lista en forma independiente para cada estrato.
- Se determina la característica importante para cada estrato y se hace una estimación de su distribución en la muestra total.

Columna 1	Columna 2	Columna 3	Columna 4	Columna 5	Columna 6	Columna 7
Nivel socioeconómico	% de hogares	Número inicial de entrevistas	¿Pagaría 20% de sobreprecio?	Columna 3 x columna 4	Número final de entrevistas	% equivalente
A / B	8%	40	60%	24.00	108	21.6%
C	36%	180	25%	45.00	203	40.6%
D / E	56%	280	15%	42.00	189	37.8%
Total	100%	500	100%	111.00	500	100.0%

- Se aplica el método de muestreo por zonas, considerando los valores de 108, 203 y 189 como tamaños totales de muestras para cada zona.

Esto implica que si se hubiera aplicado el muestreo directamente proporcional al tamaño del estrato, al intentar investigar la probabilidad de pago de un premio Premium, la investigación se habría visto muy limitada, precisamente por el tamaño del estrato. Al balancear el tamaño del mismo con la probabilidad de posesión del producto, se podrá explorar mejor el fenómeno.

Otro muestreo probabilístico es el **muestreo aleatorio por conglomerados** en donde la población está integrada en grupos específicos. El muestreo se hace seleccionando en forma aleatoria algunos conglomerados dentro del conjunto total y procediendo a analizar a la población a partir de aquellos elementos seleccionados.

Ejemplo No. 5: Las unidades hospitalarias, los departamentos académicos en una universidad, una caja de determinado producto, etc., son conglomerados naturales. También existen los conglomerados no naturales como, por ejemplo, las urnas electorales. Cuando los conglomerados son áreas geográficas suele hablarse de "muestreo por áreas".

También se conoce el muestreo probabilística llamado **muestreo por rutas aleatorias**, en donde establecida el área de muestreo se asigna una ruta desde un punto de partida determinado y los elementos de la muestra se van seleccionado a medida que se avanza en el trabajo de campo, buscando asegurar una cobertura geográfica de la muestra.

Se incluye en el Cuadro No. 1 un análisis comparativo entre los distintos tipos de Muestro Probabilístico, describiendo sus ventajas, características e inconvenientes al momento de ser aplicados.

MUESTREO NO PROBABILÍSTICO

El segundo gran conjunto es el **muestreo no probabilístico**, donde se seleccionan los elementos de la muestra de acuerdo a determinados criterios previamente establecidos. Este tipo de muestreo se utiliza cuando el probabilístico resulta muy costoso, teniendo presente que no sirve para hacer generalizaciones puesto que no existe certeza de que la muestra extraída tenga representatividad, puesto que no todos los elementos de la población tiene la misma probabilidad de ser seleccionados.

El primer tipo de muestreo no probabilísticos es el **muestreo por cuotas** que presupone un buen conocimiento de los estratos de la población y se selecciona a los elementos o individuos más representativos.

Ejemplo No. 6: Seleccionar 50 estudiantes de la carrera de ingeniería industrial, que ya hayan cursado el cuarto ciclo de la carrera y que tengan promedio arriba del 75 por ciento. Se eligen a los primeros 50 que cumplan con estas condiciones. Este tipo de muestreo se utiliza especialmente en las encuestas de opinión.

Otro muestreo no probabilístico es el **muestreo de opinión o intencional** en donde deliberadamente se obtienen muestras de grupos focales.

Ejemplo No. 7: Realizar un sondeo pre-electoral en una región en donde anteriormente la tendencia de voto ha estado orientada a un candidatos específico.

Cuadro No. 1. Comparación entre distintos Tipos de Muestreo Probabilístico

	CARACTERÍSTICAS	VENTAJAS	INCONVENIENTES
Aleatorio simple	Se selecciona una muestra de tamaño n de una población de N unidades, cada elemento tiene una probabilidad de inclusión igual y conocida de n/N .	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Sencillo y de fácil comprensión. <input type="checkbox"/> Cálculo rápido de medias y varianzas. <input type="checkbox"/> Se basa en la teoría estadística, y por tanto existen paquetes informáticos para analizar los datos 	Requiere que se posea de antemano un listado completo de toda la población. Cuando se trabaja con muestras pequeñas es posible que no represente a la población adecuadamente.
Sistemático	Conseguir un listado de los N elementos de la población Determinar tamaño muestral n . Definir un intervalo $k= N/n$. Elegir un número aleatorio, r , entre 1 y k ($r=$ arranque aleatorio). Seleccionar los elementos de la lista.	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Fácil de aplicar. <input type="checkbox"/> No siempre es necesario tener un listado de toda la población. <input type="checkbox"/> Cuando la población está ordenada siguiendo una tendencia conocida, asegura una cobertura de unidades de todos los tipos. 	Si la constante de muestreo está asociada con el fenómeno de interés, las estimaciones obtenidas a partir de la muestra pueden contener sesgo de selección
Estratificado	En ciertas ocasiones resultará conveniente estratificar la muestra según ciertas variables de interés. Para ello debemos conocer la composición estratificada de la población objetivo a hacer un muestreo. Una vez calculado el tamaño muestral apropiado, este se reparte de manera proporcional entre los distintos estratos definidos en la población usando una simple regla de tres.	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Tiende a asegurar que la muestra represente adecuadamente a la población en función de unas variables seleccionadas. <input type="checkbox"/> Se obtienen estimaciones más precisa <input type="checkbox"/> Su objetivo es conseguir una muestra lo más semejante posible a la población en lo que a la o las variables estratificadas se refiere. 	Se ha de conocer la distribución en la población de las variables utilizadas para la estratificación.
Conglomerados	Se realizan varias fases de muestreo sucesivas (polietápico) La necesidad de listados de las unidades de una etapa se limita a aquellas unidades de muestreo seleccionadas en la etapa anterior.	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Es muy eficiente cuando la población es muy grande y dispersa. <input type="checkbox"/> No es preciso tener un listado de toda la población, sólo de las unidades primarias de muestreo. 	El error estándar es mayor que en el muestreo aleatorio simple o estratificado. El cálculo del error estándar es complejo.

Referencia: Frugone , Joselin

También es no probabilístico el **muestreo casual o incidental** cuando se selecciona directa a intencionadamente a los elementos de la muestra.

Ejemplo No. 8: Un profesor universitario frecuentemente utilizará a sus estudiantes para integrar muestras.

Así mismo, otro muestreo no probabilístico es el **muestreo bola de nieve** en donde algunos elementos seleccionados de la muestra conducen a otros y estos a otros hasta conseguir una muestra adecuada en tamaño.

Ejemplo No. 9: Realizar estudios con poblaciones marginales, con delincuentes, tipos de enfermos para conocer el nivel de participación social.

Finalmente, otro tipo de muestreo no probabilístico es el **muestreo discrecional** en donde los elementos de la muestra son seleccionados con el encuestador de acuerdo a criterios que él considera de aporte para el estudio.

Ejemplo No. 10: Seleccionar a cajeros de un banco en un estudio sobre el comportamiento del usuario ante el pago de impuestos.

IMPORTANCIA DEL MUESTREO EN LA INFERENCIA ESTADISTICA

El objetivo del muestreo es estimar parámetros de la población, tales como la media o el total, con base en la información contenida en una muestra. Conocer la teoría de muestreo hace que éste sea más eficiente. Permite desarrollar métodos de selección de muestras y de estimación, que proporcionen, al menor costo posible, estimaciones con la suficiente exactitud para los propósitos establecidos. Para ello se debe predecir la precisión y el costo esperado.

Respecto a la **precisión**, no se puede predecir el grado de error de una estimación en una situación específica, pues implicaría conocer el verdadero valor de la población, por ello lo que se hace es examinar la distribución de frecuencia generada para las estimaciones y se supone que la población tiene una distribución igual. A veces se hace la simplificación de que las estimaciones muestrales tienen una distribución aproximadamente normal.

En resumen, con la Inferencia se puede disponer de más información, es confiable y representativa de la muestra y también se puede reducir el grado de error. Además permite considerar el efecto aleatorio.

***Teorema Central del Límite:** toda muestra al aumentar, tiende a la normalidad y es susceptible de ser analizada bajo una distribución de probabilidad normal.*

CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA

Para determinar el tamaño de una muestra se deberán tomar en cuenta varios aspectos, relacionados con el parámetro y estimador, el sesgo, el error muestral, el nivel de confianza y la varianza poblacional.

El **parámetro** se refiere a la característica de la población que es objeto de estudio y el **estimador** es la función de la muestra que se usa para medirlo.

Ejemplo No. 11: Para evaluar la calidad de un grupo de estudiantes (parámetro) se mide a través de los promedios obtenidos (estimador).

El **error muestral** siempre se comete ya que existe una pérdida de la representatividad al momento de escoger los elementos de la muestra. Sin embargo, la naturaleza de la investigación nos indicará hasta qué grado se puede aceptar.

El **nivel de confianza**, por su parte, es la probabilidad de que la estimación efectuada se ajuste a la realidad; es decir, que caiga dentro de un intervalo determinado basado en el estimador y que capte el valor verdadero del parámetro a medir.

Tamaño de Muestra para Proporciones

Cuando deseamos estimar una proporción, debemos conocer varios aspectos:

- a) El **nivel de confianza o seguridad** ($1 - \alpha$). El nivel de confianza prefijado da lugar a un coeficiente (Z_α).

Ejemplo No. 12: Para una seguridad del 95%, $Z_\alpha = 1.96$, para una seguridad del 99%, $Z_\alpha = 2.58$. (Estos valores provienen de las tablas de la distribución normal Z)

- b) La **precisión** que deseamos para el estudio.
- c) Una idea del valor aproximado del **parámetro** que queremos medir (en este caso una proporción). Esta idea se puede obtener revisando la literatura, por estudio piloto previos. En caso de no tener dicha información utilizaremos el valor $p = 0.5$ (50%). El problema que puede enfrentarse en un estudio de investigación es la cantidad de información con la que se cuenta; específicamente se pueden tener dos casos: desconocer la población del fenómeno estudiado, o bien, conocerla.

Cálculo del Tamaño de la Muestra desconociendo el Tamaño de la Población.

La fórmula para calcular el tamaño de muestra cuando se desconoce el tamaño de la población es la siguiente:

$$n = \frac{Z_\alpha^2 \cdot p \cdot q}{d^2}$$

en donde,

Z = nivel de confianza,

P = probabilidad de éxito, o proporción esperada

Q = probabilidad de fracaso

D = precisión (error máximo admisible en términos de proporción)

Ejemplo No. 13: ¿A cuántas familias tendríamos que estudiar para conocer la preferencia del mercado en cuanto a las marcas de shampoo para bebé, si se desconoce la población total?

Seguridad = 95%;

Precisión = 3%;

Proporción esperada = asumamos que puede ser próxima al 5%; si no tuviésemos ninguna idea de dicha proporción utilizaríamos el valor $p = 0.5$ (50%) que maximiza el tamaño muestral.

Entonces:

- $Z_{\alpha}^2 = 1.962$ (ya que la seguridad es del 95%)
- $p =$ proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)
- $q = 1 - p$ (en este caso $1 - 0.05 = 0.95$)
- $d =$ precisión (en este caso deseamos un 3%)

$$n = \frac{1.96^2 \cdot 0.05 \cdot 0.95}{0.03^2} = 203$$

Se requeriría encuestar a no menos de 203 familias para poder tener una seguridad del 95%

Ejemplo No. 14: ¿Cómo hubiera cambiando el ejemplo anterior, si se desconoce la proporción esperada?

Cunado se desconoce la proporción esperada, se tiene que utilizar el criterio conservador ($p = q = 0.5$), lo cual maximiza el tamaño de muestra de la siguiente manera:

- $Z_{\alpha}^2 = 1.962$ (ya que la seguridad es del 95%)
- $p =$ proporción esperada (en este caso 50% = 0.5)
- $q = 1 - p$ (en este caso $1 - 0.5 = 0.5$)
- $d =$ precisión (en este caso deseamos un 3%) quedando como resultado:

$$n = \frac{1.96^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}{0.03^2} = 1068$$

Se requeriría encuestar a no menos de 1068 familias para poder tener una seguridad del 95%

Cálculo del Tamaño de la Muestra conociendo el Tamaño de la Población.

La fórmula para calcular el tamaño de muestra cuando se desconoce el tamaño de la población es la siguiente:

$$n = \frac{N \cdot Z_{\alpha}^2 \cdot p \cdot q}{d^2 \cdot (N \square 1) + Z_{\alpha}^2 \cdot p \cdot q}$$

en donde,

N = tamaño de la población

Z = nivel de confianza,

P = probabilidad de éxito, o proporción esperada

Q = probabilidad de fracaso

D = precisión (Error máximo admisible en términos de proporción)

Ejemplo No. 15: ¿A cuántas familias tendríamos que estudiar para conocer la preferencia del mercado en cuanto a las marcas de shampoo para bebé, si se conoce que el número de familias con bebés en el sector de interés es de 15,000?

Seguridad = 95%;

Precisión = 3%;

Proporción esperada = asumamos que puede ser próxima al 5%; si no tuviese ninguna idea de dicha proporción utilizaríamos el valor $p = 0.5$ (50%) que maximiza el tamaño muestral.

$$n = \frac{15,000 \cdot 1.96^2 \cdot 0.05 \cdot 0.95}{0.03^2 \cdot (15,000 \square 1) + 1.96^2 \cdot 0.05 \cdot 0.95} = 200$$

Se requeriría encuestar a no menos de 200 familias para poder tener una seguridad del 95%

Ejemplo No. 16: ¿Cómo hubiera cambiando el ejemplo anterior, si se desconoce la proporción esperada?

Si se desconoce la proporción esperada, se tendría que utilizar el criterio conservador ($p = q = 0.5$), lo cual maximiza el tamaño de muestra de la siguiente manera:

- $Z_{\alpha}^2 = 1.962$ (ya que la seguridad es del 95%)
- $p =$ proporción esperada (en este caso 50% = 0.5)
- $q = 1 - p$ (en este caso $1 - 0.5 = 0.5$)
- $d =$ precisión (en este caso deseamos un 3%) quedando como resultado:

$$n = \frac{15,000 \cdot 1.96^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}{0.03^2 \cdot (15,000 \square 1) + 1.96^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5} = 997$$

Se requeriría encuestar a no menos de 997 familias para poder tener una seguridad del 95%

Conclusiones sobre el nivel de seguridad en el muestreo

Según diferentes seguridades, el coeficiente de Z_{α} varía así:

- Si la seguridad Z_{α} fuese del 90% el coeficiente sería 1.645
- Si la seguridad Z_{α} fuese del 95% el coeficiente sería 1.96
- Si la seguridad Z_{α} fuese del 97.5% el coeficiente sería 2.24
- Si la seguridad Z_{α} fuese del 99% el coeficiente sería 2.576

Si los recursos del investigador son limitados, debe recordar que a medida que se disminuya el nivel de seguridad, se permitirá un mayor error en el estudio de investigación, lo cual a su vez permitirá al investigador trabajar con un número de muestra más reducido, sacrificando la confiabilidad de los resultados.

CONCLUSIONES

Existen varios criterios estadísticos para poder establecer el tamaño de una muestra. En principio pueden ser criterios probabilísticos o no probabilísticos de acuerdo al nivel de posibilidades que cada uno de los elementos tiene, de participar en la muestra, dentro de un universo de trabajo dado.

En un siguiente artículo comentaremos sobre las técnicas de muestreo más empleadas.

BIBLIOGRAFÍA

- BENASSINI, MARCELA. **Introducción a la Investigación de Mercados, un enfoque para América Latina**. Primera edición. Editorial Prentice Hall. México.
- CEA D `ANCONA, M^a A (1998). **Metodología cuantitativa: Estrategias y Técnicas de Investigación Social**. Síntesis. Madrid
- **Estadística**. <http://www.umce.cl/publicaciones>
- **Estadística para Administradores**. <http://www.monografias.com>
- FRUGONE, JOSELIN. **Estadística**. UNAM. <http://apuntes.rincondelvago.com/conceptos-y->

Paz Abdo, Karim Sofia



Ingeniera Química Industrial. Laboró en los Departamentos de Envasado de Productos y de Costos en AVON y como Coordinadora de

Ingeniería Industrial de la Universidad Rafael Landívar. Catedrática de las Universidades Rafael Landívar y Francisco Marroquín. Ha impartido cursos de Estadística, Control Total de Calidad, Aseguramiento de Calidad, Gestión de Calidad, Seguridad Industrial, Productividad Total, Ingeniería de Costos, Contabilidad Gerencial, Fundamentos de Economía, Manufactura de Clase Mundial, Organización y Métodos e Investigación de Operaciones, entre otros.

Torres, Mariela



Ingeniera Industrial, graduada Magna Cum Laude de la Universidad Rafael Landívar. Experiencia en docencia universitaria, impar-

tiendo los cursos de Contabilidad Gerencial, Ingeniería de Costos, Probabilidad y Estadística, Estadística Inferencial, Ingeniería Primero. Socio accionista, co-fundadora y Gerente de Operaciones del Laboratorio de Cosméticos Corporación Topani, SA. Consultora sobre Reportes Industriales y Formularios Ambientales.

muestreo.html

- MARBAN, VICENTE. **Sociología Económica.**
http://www2.uah.es/vicente_marban/ASIGNATURAS/SOCIOLOGIA%20ECONOMICA/TEMA%205/tema%205.pdf
- ORTEGA E (1997). **La dirección de Marketing.** ESIC. Madrid
- SPIEGEL, MURRAY (1988). **Estadística.** 2ª. Edición. Editorial McGraw Hill. Madrid.