

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-015-2020

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 30 de
septiembre de 2020 a las 13h15.

Comisionado Sustanciador: José Cartagena Pozo

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [5] La CRPI es competente para conocer y resolver las solicitudes de medidas preventivas, conforme a lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y lo determinado en los artículos 65 y 66 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “IGPA”).

2. SOLICITANTE DE LA MEDIDA PREVENTIVA

- [6] Mediante escrito presentado el 27 de agosto de 2020 a las 16h44, signado con Id 168592, el operador económico **SALUD AUDITIVA DEL ECUADOR SAUDEC CÍA. LTDA.** (en adelante “SAUDEC”), solicitó a la CRPI la adopción de medidas preventivas en referencia al expediente SCPM-IGT-IR-003-2020.



3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

3.1 Operador económico denunciante y solicitante de las medidas preventivas.

- [7] El operador económico denunciante (expediente administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020), es la sociedad **SALUD AUDITIVA DEL ECUADOR SAUDEC CÍA. LTDA.**, persona jurídica de derecho privado, identificada con Registro Único de Contribuyentes No. 0190371085001, representada legalmente por su Gerente General, señor Edgar Adrián Serrano Astudillo, y domiciliada en la calle Ricardo Darquea 3-64 y Luis Acosta, cantón Cuenca. Correo electrónico adrian.serrano@saludauditiva.com. Actúa como su abogado patrocinador el Ab. Fabián Pozo Neira, quien indica que recibirá notificaciones en el correo electrónico fpozo@gottifredipozo.com.
- [8] Su actividad económica es: “a) *La producción, compra venta, comercialización, distribución, importación y exportación de todo tipo de productos para la salud auditiva y afines, tales como prótesis implantes, adaptaciones y sus respectivos accesorios; b) El establecimiento de almacenes para la compraventa y distribución de los productos descritos en el literal anterior; así como su mantenimiento y servicio técnico c) La producción, compra venta, comercialización, distribución, importación y exportación de todo tipo de equipos médicos, así como los materiales y suministros necesarios para el funcionamiento de los mismo, así como su mantenimiento y servicio técnico.*”¹

3.2 Operador económico denunciado y cuyo accionar es objeto de las medidas preventivas solicitadas

- [9] El operador económico cuyo accionar es objeto de las medidas preventivas es la sociedad **CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA.** (en adelante “**AUDIOCENTRO**”), identificada con el Registro Único de Contribuyentes No. 01903793100001, representada legalmente por su Gerente General, señora María del Carmen Samper Calderón, y domiciliada en Ave. 12 de abril s/n y José Peralta, Cuenca. Teléfono No. 4103367 y direcciones de correo electrónico msamper@hotmail.com, amartinez@surlegal.com, dchico@surlegal.com y legalmr@surlegal.com. Casilla judicial No. 255 del complejo judicial del cantón Cuenca.
- [10] Su actividad económica es: “*importación, distribución y venta de prótesis auditivas, sus partes y accesorios; importación, distribución y venta de equipos médicos, sus partes y accesorios, brindando asesorías técnicas en el uso de equipos audiológicos, y brindar además servicios de consultas médicas en especialidad de audiología,*

¹ Datos tomados de la página de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=98426&tipo=1. Consultado el 28/09/2020.

otorrinolaringología y afines, para lo cual contratara y/o formara profesionales médicos especialistas en las mismas”²

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- [11] Mediante escrito presentado el 04 de agosto de 2020 a las 15h46, signado con el Id 166531, el operador económico **SAUDEC** presentó denuncia en contra del operador económico **AUDIOCENTRO**, por el supuesto cometimiento de conductas que constituyen prácticas desleales, de conformidad con los numerales 2, 4, y 10 del artículo 27 de la LORCPM. Procedimiento en trámite de la Intendencia Regional Guayaquil dentro del expediente No. SCPM-IGT-IR-003-2020.

4.1 Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2020

- [12] Mediante escrito ingresado en Secretaría General de la SCPM el 27 de agosto de 2020 a las 16h44, signado con Id 168592, el operador económico **SALUD AUDITIVA DEL ECUADOR SAUDEC CIA. LTDA.**, solicita la adopción de medidas preventivas.
- [13] La CRPI, mediante providencia de 31 de agosto de 2020 expedida a las 11h00, avoca conocimiento de la causa contenida en el expediente No. SCPM-CRPI-015-2020 y corre traslado con el escrito presentado por el operador para su pronunciamiento.
- [14] Mediante providencia emitida por la CRPI el 01 de septiembre de 2020, a las 11h00, se subsana y rectifica la providencia de 31 de agosto de 2020, trasladando el escrito presentado por el operador **SAUDEC** a la Intendencia Regional Guayaquil, para que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas.
- [15] El 16 de septiembre de 2020, la Intendencia Regional Guayaquil hace entrega del informe No. SCPM-IGT-IR-2020-030, mediante el cual recomienda a la CRPI la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico **SAUDEC**.
- [16] Mediante providencia de 18 de septiembre de 2020 expedida a las 11h45, la CRPI dispone agregar al expediente el Informe No. SCPMIGT-IR-2020-030 y trasladar el mismo al operador económico **SAUDEC**.
- [17] Mediante escrito ingresado por ventanilla de Secretaría General de la SCPM el 21 de septiembre de 2020 a las 13h31, signado con ID 170949, el operador económico **SAUDEC**, manifiesta que esta conforme con el contenido del Informe No. SCPMIGT-IR-2020-030 de 16 de septiembre de 2020.

² Datos tomados de la página de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=143753&tipo=1. Consultado el 28/09/2020.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1 LORPCM

- [18] El artículo 62 de la LORCPM consagra la figura de las medidas preventivas, e indica a manera ejemplificativa, algunas que se podrían adoptar, así:

“Art. 62.- Medidas preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días.”

5.2 RLORPCM

- [19] Los artículos 73 a 78 del RLORCPM establecen el procedimiento para la aplicación de medidas preventivas (sección 3). En relación con su adopción, los artículos 73 y 74 establecen una lista no taxativa de las medidas a imponerse, así como ciertas reglas básicas de procedimiento, así:



“Art. 62.- Art. 73.- Clases de medidas preventivas.- Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

- a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.*
- b) La imposición de condiciones.*
- c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.*
- d) La adopción de comportamientos positivos.*
- e) Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.*

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento.

Art. 74.- Adopción de medidas preventivas.- El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

5.1 IGPA

- [20] La primera sección del capítulo X del Instructivo regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas (artículos 63 a 72). Los artículos 65, 66 y 67 determinan el procedimiento para su adopción, así:

“Primera Sección

PROCEDIMIENTO DE APLICACION Y GESTION DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Art. 65.- CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al proceso investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar mediante resolución motivada las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM.*

Art. 66.- SUGERENCIA O SOLICITUD.- *El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante informe motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la Ley. La sugerencia de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.*

El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.

Si el denunciante presenta la solicitud de medidas preventivas ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la Comisión de Resolución de Primera Instancia requerirá a la Intendencia competente que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, concediéndole para el efecto el término de quince (15) días. En el caso de que la denuncia aún no haya sido calificada de clara y completa, el término de quince (15)



días empezará a correr a partir de la fecha en que se realice dicha calificación.

Art. 67.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para resolver respecto de las medidas preventivas sugeridas o solicitadas.

La resolución motivada, entre otros, contendrá los siguientes elementos:

- a. Identidad completa del operador económico;
- b. Nombres y apellidos del o los representantes legales;
- c. Dirección que incluirá números telefónicos y correos electrónicos, de tenerlos;
- d. La determinación clara, objetiva y concreta de las medidas preventivas;
- e. La disposición a la Intendencia para que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas, con instrucciones claras y precisas de la forma y periodicidad en la que se debe realizar este seguimiento;
- f. Prevención legal de que en caso de desacato, de ser procedente, se podrá ordenar la clausura de uno o varios establecimientos en los que se llevó a cabo la actividad objeto de la investigación, sin perjuicio de otras sanciones administrativas;
- g. Los demás que sean pertinentes.

Emitida la resolución de adopción de medidas preventivas, la Intendencia competente deberá iniciar el procedimiento investigativo en el plazo previsto en el inciso tercero del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, caso contrario las medidas caducarán.”

6. DETERMINACIÓN CLARA OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[21] El operador SAUDEC solicitó de manera clara, objetiva y concreta las siguientes medidas preventivas:

“1. Se ordene a AUDIOCENTRO CIA.LTDA el cese inmediato de cualquier tipo de publicidad o anuncio, incluidos los de redes sociales, que aludan de manera directa o indirecta al operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CIA. LTDA o a sus productos.

2. Se ordene a AUDIOCENTRO CIA. LTDA. Retire de cualquier red social en la que se encuentre activa la publicación del video subido en fecha 25 de julio de 2020 en el que se refiere al producto ADHEAR de MEDEL.



3. *Se ordene a AUDIOCENTRO CIA. LTDA. Abstenerse de publicar o difundir nuevas publicidades, anuncios o afirmaciones que aludan de manera directa o indirecta al operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CIA. LTDA. O a sus productos.*”

7. INFORME SCPM-IGT-IR-2020-030 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2020, EMITIDO POR LA INTENDENCIA REGIONAL GUAYAQUIL.

[22] El Informe No. SCPM-IGT-IR-2020-030 de 16 de septiembre de 2020, concluyó lo siguiente:

“1) La solicitud interpuesta por SAUDEC reúne los requisitos de procedencia para la adopción de medidas preventivas, pues: (i) se sustancia ante autoridad administrativa competente; (ii) los hechos y el derecho invocado respecto al presunto cometimiento de infracciones a la LORCPM son verosímiles; y, (iii) existe peligro en la demora en resolverse el expediente principal.

2) Las medidas preventivas solicitadas por SAUDEC se ajustan a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretende evitar, con arreglo al artículo 62 de la LORCPM.”

[23] Dentro del mismo informe la Intendencia Regional realiza las siguientes recomendaciones:

“1) Se ordene a CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA. y a sus dependientes y administradores (y entre estos, específicamente al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla), el cese inmediato de cualquier tipo de publicidad o anuncio, a través de cualquier medio físico y digital (incluido las redes sociales), que aludan de manera directa o indirecta a SAUDEC o a sus productos.

2) Se ordene a CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA. y a sus dependientes y administradores (y entre estos, específicamente al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla), que retiren de cualquier plataforma digital en la que se encuentre activa la publicación del video subido el 25 de julio de 2020 en el que se refiere al producto ADHEAR de MED-EL.

3) Se ordene a CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA. y a sus dependientes y administradores (y entre estos, específicamente al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla), abstenerse de publicar o difundir nuevas publicidades, anuncios o afirmaciones que aludan de manera directa o indirecta a SAUDEC o a sus productos.”

8. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS.

8.1. Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

A través de indicios razonables el derecho controvertido debe obrar como verosímil. Por “indicio razonable” se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de la existencia del derecho controvertido. Esto quiere decir que el derecho controvertido, *prima facie*, se debe desprender de elementos que obren en el expediente sin realizar análisis probatorios complejos, lo que sí debe hacerse al emitir la resolución final. Por lo tanto, el análisis que se debe hacer en estos casos no es de certeza, sino simplemente de apariencia de veracidad. En este sentido, al decretarse una medida cautelar no se está prejuzgando sino protegiendo un derecho que “podría” verse conculcado en extremo. Sobre esto la doctrina especializada ha dicho lo siguiente:

“Fumus boni iuris: en segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del fumus boni iuris «hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza».

(...)

... Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.”³

[24] En la doctrina nacional también se sigue la misma línea:

“fumus boni juris, (humo – apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos

³ FOLGUER CRESPO, Jaime y otros. *Las Normas de Defensa de la Competencia: Medidas Cautelares en su aplicación Judicial Directa*. Publicado en Derecho de la Competencia y los Jueces. Págs 254 a 255. En https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf. Consultado el 16/02/2020.

que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y el interés público (...).⁴

- [25] Se desprende del expediente que el 04 de agosto de 2020, el operador económico **SAUDEC** presentó denuncia en contra del operador económico **AUDIOCENTRO** por el presunto cometimiento de prácticas desleales.
- [26] Los actos de competencia desleal imputados son engaño, denigración y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, en virtud de lo establecido en el artículo 27 numerales 2, 4 literales a) y c), y 10 literal a) de la LORCPM.
- [27] **SAUDEC** indica ser distribuidor exclusivo para Ecuador de vibradores óseos para audición de la marca MEDEL, pues esto se verifica mediante carta y autorización de MED-EL Electromedizinische Gerate GMBH y apostilla. Pues así se demuestra que el afectado respecto de los productos de la marca MEDEL ciertamente es el denunciante.
- [28] En tanto que el operador denunciado distribuye vibradores óseos tradicionales de marca BRUCKHOFF conforme consta de los documentos.
- [29] **SAUDEC** presentó denuncia como consecuencia de una publicación de un video de 25 de julio de 2020, dentro de la página MICROTIA LATINOAMERICANA – JUNTOS POR UN FUTURO MEJOR, de la red social FACEBOOK, publicación realizada por parte del denunciado, en la cual LUIS ANDRÉS SERRANO VINTIMILLA, presidente de **AUDIOCENTRO** mientras sostiene el producto ADHEAR de la marca MEDEL, y se referiría al mismo usando expresiones como: es “*basura*”, “*no sabe cómo se ha introducido al país*” y que es una “*estafa*”.
- [30] El video muestra un encabezado en el que se lee: “*ADHEAR ES UNA OPCIÓN?*”. Dentro de los comentarios de la publicación que contiene el video, el denunciado hace mención claramente al producto ADHEAR de MEDEL, e inclusive contesta la consulta de un usuario, de que si se trata de ADHEAR de MEDEL indicando: “*ese es el ADHEAR que ni les sirve a los niños, más los retrasa*”. El vídeo fue materializado y aportado como prueba a la denuncia.
- [31] **SAUDEC** acompañó a su denuncia la materialización notarial de la página de Facebook y un informe pericial de explotación del video, suscrito por perito certificada por el Consejo de la Judicatura. Bajo tales consideraciones, la existencia de la publicación es un hecho indiscutido.

⁴ Secaira Durango, Patricio. Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito – Ecuador 16 a 19 de noviembre de 2015. Pág. 212.



- [32] Según se desprende de la página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que consta el señor LUIS ANDRÉS SERRANO VINTIMILLA como socio mayoritario y presidente⁵ de **AUDIOCENTRO**.
- [33] El operador económico **SAUDEC** incorporó al proceso, la página *Microtia Latinoamérica*, donde en su perfil consta en reiteradas veces **AUDIOCENTRO**, incluso en la vestimenta médica del doctor Luis Serrano en el video adjuntado se observa **AUDIOCENTRO**.
- [34] Específicamente se tiene los siguientes indicios que representan la apariencia de buen derecho:

8.1.1. Capturas de pantalla de página de red social Facebook

- i. Captura de pantalla desde la dirección de la red social Facebook: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/>. La captura muestra una publicación de 25 de julio de 2020 de la página: “Microtia Latinoamérica, juntos por un futuro mejor”, cuyo encabezado dice: “*AdHear es una opción? Un caso, lastimosamente ya frecuente de niños adaptados con el "famoso" adherible, juzguen ustedes... Ya ni siquiera es adherible, pues el "pegamento" no aguanta ni dos días, ahora lo dan en banda pero de pésima calidad, que causa molestias en los niños #microtia #baha #ponto #adhear #sophono #bruckhoff #Valotta #drserrano*”. La publicación se realiza conjuntamente con un video en el cual aparecen dos personas adultas y un niño. En primer plano se encuentra el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla, Presidente de AUDIOCENTRO, quien sostiene en las manos un equipo ADHEAR de marca MEDEL. Se observa además, que el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla, se encuentra usando un uniforme con el logo de

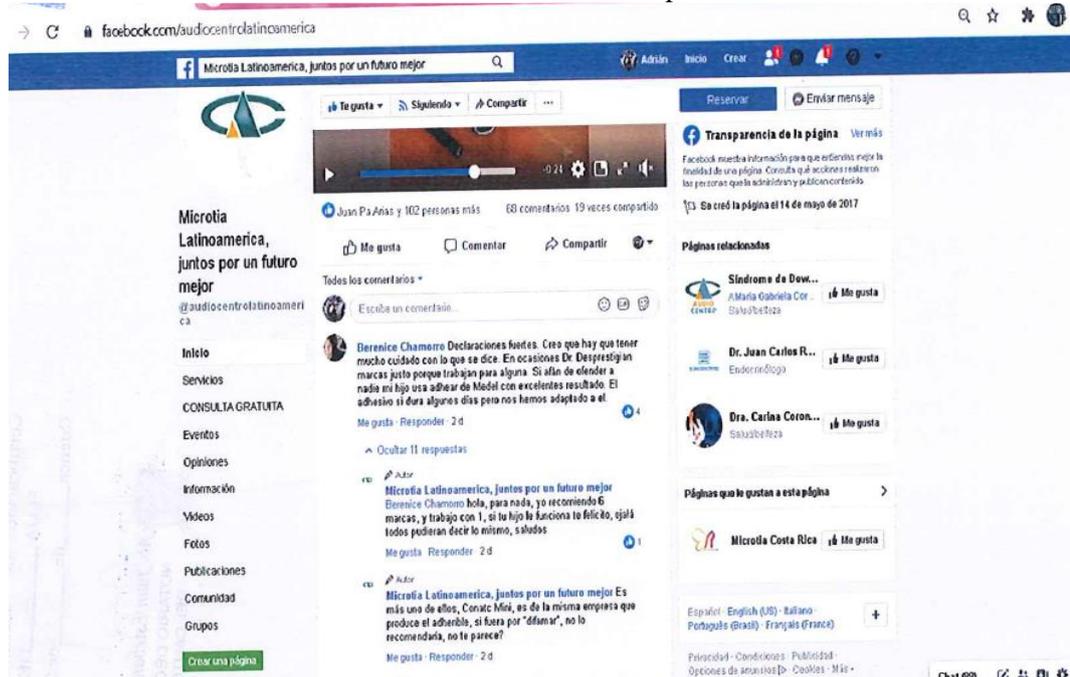
5



AUDIOCENTRO.

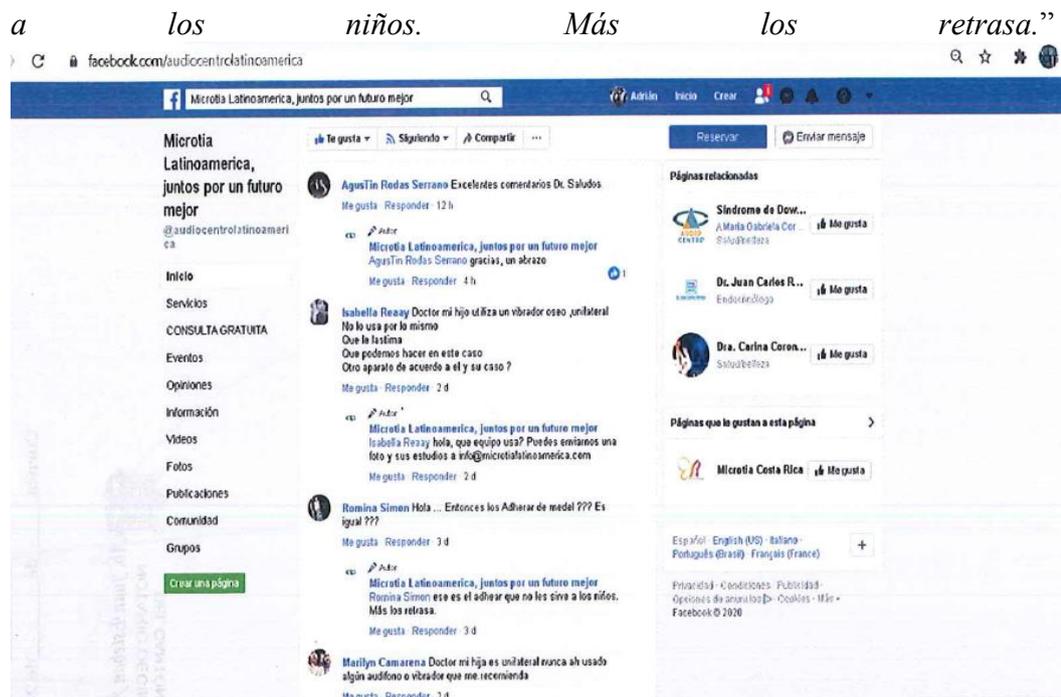


- ii. Captura de pantalla de los comentarios vinculados la publicación de 25 de julio de 2020 en la web: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/>. La captura muestra la interacción de los usuarios que han visto el video.



- iii. Captura de pantalla de los comentarios vinculados la publicación de 25 de julio de 2020 en la web: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/>. La captura muestra el comentario del usuario Romina Simon quien escribe: *“Hola ... Entonces los Adherar de medel ??? Es igual ???”*, en tanto que el autor de la publicación contesta lo siguiente: *“Romina Simon ese es el adhear que no les sirve*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.qob.ec
Quito-Ecuador



8.1.2. Imágenes del Informe pericial

- i. Captura de pantalla del archivo de video, el cual fue publicado el 25 de julio de 2020 en modo público, en el perfil de Microtia Latinoamericana, juntos por un futuro mejor, de la red social Facebook, tomado del enlace: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/>. La imagen muestra al Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla, Presidente de AUDIOCENTRO, quien sostiene en las manos un equipo ADHEAR de marca MEDEL. Se destaca la fecha de publicación de 25 de julio de 2020 a las 10h17, se observa además que dispone de al menos 70 comentarios y ha sido 23 veces compartido.
- ii. Captura del archivo de video publicado el 25 de julio de 2020 en el perfil de Microtia Latinoamericana, juntos por un futuro mejor, de la red social Facebook, enlace: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/>. En primer plano se encuentra el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla, Presidente de AUDIOCENTRO, haciendo indicaciones sobre el producto ADHEAR de marca MEDEL.
- iii. Capturas de pantalla de los comentarios de los usuarios de Facebook que reaccionan a la publicación y su contenido.

8.1.3. Respecto al archivo multimedia (video) anexo al escrito de denuncia

- [35] El archivo multimedia corresponde al video extraído en la red social Facebook, de la publicación de 25 de julio de 2020 de la página: “Microtia Latinoamérica, juntos por un

futuro mejor”, disponible en el enlace: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/videos/1290551967942422/> en la cual el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla realiza aseveraciones, mismas que se resumen de la siguiente forma:

- [36] El video tiene una duración de 1 minuto y 30 segundos, en él se observa en primer plano al Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla, quien mientras aparentemente brinda una consulta médica, interactúa con una persona adulta, sexo femenino, quien sostiene un niño pequeño en brazos, presumiblemente su hijo. Los hechos ocurren en una oficina, el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla viste uniforme con el logo de AUDIOCENTRO.
- [37] El video inicia con el pronunciamiento del Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla quien, dirigiéndose a la cámara inicia diciendo: “*Ok, ... buenos días amigos el día de hoy tengo, estas basuras que yo les llamo, que no sé cómo las han metido en en en (sic) el estado ecuatoriano, porque en teoría deberían poner equipos buenos a los pacientes (...)*”. Al usar el término basuras el sujeto levanta sus manos indicando a cámara un equipo ADHEAR de MEDEL y lo manipula, como se puede apreciar en el siguiente enlace: <https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/videos/1290551967942422/?t=5>, han transcurrido 5 segundos del video.
- [38] El video continúa con el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla señalando a su interlocutor, e indicando: “*Tengo un niño bilateral, que ya lo tiene*”, indicando que el menor de edad es paciente de Microtia bilateral y ha sido tratado con el equipo al cual hace referencia. Continúa preguntando a su paciente lo siguiente: *¿cuándo?, ¿desde cuántos meses?*”, a lo cual la madre contesta que lo ha usado desde los dos meses de edad. Sobre esta respuesta el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla, pregunta sobre cuánto ha usado el equipo, a lo cual la madre del menor contesta que ha sido usado diez veces desde su adquisición. A lo cual el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla comenta que su uso no supera las diez horas. Esta interacción ocurre entre los segundos 14 al minuto 32 del video.
<https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/videos/1290551967942422/?t=14>.
- [39] El video continúa con Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla dirigiéndose a cámara y nuevamente levantando en la mano el equipo ADHEAR, mientras señala lo siguiente: “*(...) en teoría estas basuras son adheribles, (...) y la maravilla andante, miren, como no funciona, ahora ya lo ponen en liga, y esta liga tampoco sirve porque es un elástico de baja calidad (...)*”. Mientras profiere estas aseveraciones manipula el equipo, desmontándolo de la cinta elástica y estirando la misma.
<https://www.facebook.com/microtialatinoamerica/videos/1290551967942422/?t=32>.
- [40] A continuación, el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla vuelve a dirigirse a cámara para preguntar a la madre del paciente si el elástico del equipo causa molestias al paciente, a lo cual la señora responde afirmativamente.



[41] El video continúa y finaliza entre los segundos 48 y 90, tiempo en el cual el Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla dirigiéndose a cámara y mientras manipula el producto ADHEAR, menciona esencialmente lo siguiente: *“(...) es decir, el niño no le aguanta. En un unilateral probablemente a los papás no les importará, pero en un bilateral que no le funcione que tiene ya va al año, y el equipo no ha durado ni un día ¿Qué significa? Que el niño se va a retrasar. No sirve, no funciona, háganme caso, lo promocionan como un equipo adherible ya lo terminan colocando una cinta, y esta cinta tampoco sirve, porque además el sistema es tan malo que no tiene amplificación ni siquiera con la banda elástica realmente es una estafa en este caso al Estado y es una estafa a los niños poner esta basura.”*
<https://www.facebook.com/microtia latinoamerica/videos/1290551967942422/?t=49>. Al cierre del video se observa al Dr. Luis Andrés Serrano Vintimilla lanzar el equipo ADHEAR sobre el escritorio.

[42] La Intendencia Regional Guayaquil al respecto menciona:

“Los supuestos descritos conducen a una asociación visual inequívoca –aunque indirecta– entre Microtia Latinoamérica y el doctor Luis Serrano, y Audiocentro. Se puede deducir razonablemente que esta asociación es igualmente percibida por los consumidores que acuden a Facebook, entre otras cosas, como plataforma de mercado. Por tanto, la publicación objeto de este informe constituiría publicidad comercial vinculada a Audiocentro, pues tiene la aptitud de desviar las preferencias de los consumidores hacia un agente económico determinado (objeto de toda publicidad con fin concurrencial).”

[43] Es verificable la existencia de una estrecha relación que existe entre Microtia Latinoamérica y el doctor Luis Serrano, y Audiocentro.

[44] SAUDEC argumenta que la publicación contiene evidente intención denigratoria y tiene un impacto importante en el mercado, debido a que el público miembro de MICROTIA LATINOAMERICANA – JUNTOS POR UN FUTURO MEJOR son pacientes de Microtia o familiares a cargo de un paciente. El enlace publicado en MICROTIA LATINOAMERICANA – JUNTOS POR UN FUTURO MEJOR conduce a la página web: www.microtialatinoamerica.com, donde se identifica como director a LUIS ANDRÉS SERRANO VINTIMILLA.

[45] Ambos operadores comercializan audífonos y dispositivos, para diversas patologías auditivas, entre ellos, vibradores óseos para atención de Microtia, la cual es una deformidad congénita acompañada de pérdida auditiva. Los vibradores óseos se usan para atender pacientes con Microtia, en lugar de audífonos comunes, pues permiten que el sonido sea transmitido por medio de vibración ósea, ya que en estos casos el conducto auditivo se encuentra cerrado.

[46] Como alternativa, en 2018 la marca **MEDEL**, lanzó el producto **ADHEAR** que según estos presentaría beneficios sobre un vibrador óseo tradicional, como evitar ejercer presión sobre la piel, evitar el uso de diadema o cintillo, entre otros.

[47] El *Fumus Bonis Iuris* o apariencia de buen derecho, es la valoración que realiza la autoridad sobre los indicios que demuestran un grado de acierto sobre las afirmaciones y el material probatorio que ha sido aportado por el solicitante, con lo cual se pretende evitar la consecución de una afectación por el retraso en la resolución del asunto principal que puede causar graves perjuicios en el mercado y sobre quien la solicita. Así la doctrina ha considerado que:

“La apariencia de buen derecho ha de ser concebida como la convicción indiciaria que ha de tener quien ha de adoptar la decisión de que al peticionario de una medida cautelar le asiste prima facie un derecho de notable importancia y, en cualquier caso, que existe un interés público lesionado que puede ser concurrente con el interés del solicitante. En este sentido un acto notoriamente arbitrario afecta al solicitante y a la colectividad que está más que interesada en que no se den actos al margen de la ley”⁶

[48] El solicitante de las medidas preventivas argumenta que las afirmaciones realizadas en redes sociales constituyen actos de denigración, pues estos son, *“Todo acto que contribuya a desacreditar de cualquier manera al competidor o lo que este hace, o sus productos o servicios, constituye un acto denigratorio y, por ende, de competencia desleal (...)”⁷.*

[49] La CRPI ha logrado identificar la existencia de indicios suficientes para generar apariencia de buen derecho, pues ha presentado elementos que dan cierta certeza de la existencia de una posible práctica anticompetitiva generada por afirmaciones alusivas a las condiciones y calidad del producto ADHEAR de MEDEL, siendo indicios de posibles actos de denigración, lo que deberá ser estudiado a fondo por la Intendencia Regional Guayaquil en el transcurso de la fase Investigativa.

8.2 Peligro en la demora (*Periculum in mora*).

[50] Es el daño que se produciría o se incrementaría si la medida preventiva no fuera adoptada. El tiempo que transcurre entre la solicitud y la resolución final, de conformidad con la naturaleza del asunto, debe entrañar un riesgo real en la generación o ahondamiento del daño que se pretendería evitar con las medidas. Para evaluar la existencia del mencionado presupuesto, se debe atender a la finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: (i) preservar las condiciones de competencia afectadas; (ii)

⁶ Jean Claude Tron Petit. La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo.

⁷ CONTRERAS BLANCO, O.: *La Competencia Desleal y El Deber de Corrección en La Ley Chilena*, Op.cit., p. 84.

evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere; y, (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

- [51] Este presupuesto es fundamental para dictar las medidas preventivas y da razón de la propia existencia de las mismas, ya que se basa en la prevención y en la urgencia como dinamizadores de su adopción.⁸
- [52] El *periculum in mora* tiene su fundamento en cuanto aquel que solicite medidas preventivas “deberá invocar, razonar y/o justificar las circunstancias en las que se concreta en cada caso el genérico riesgo de ineffectividad de la sentencia y solicitar, en consecuencia, las medidas cautelares que estime adecuadas para conjurarlo.”⁹
- [53] Es decir, que la medida preventiva se basa en la existencia de un riesgo de afectación que se pueda ocasionar durante el procedimiento hasta su resolución y, por lo tanto, que existan circunstancias que afecten la efectividad de la resolución¹⁰. En otras palabras, el *periculum in mora* es “que exista peligro de que pierda eficacia la Resolución final si no se adopta la medida”¹¹.
- [54] Por el momento vivimos una época en la cual la globalización de las telecomunicaciones llega a tal punto que basta con un comentario en una red social para que dicha información se despliegue y pueda llegar hasta el otro lado del mundo en tan solo unos minutos. Por la peligrosidad de este tipo de prácticas estas deben ser especialmente vigiladas y sancionadas, pues la deshonestidad está en la forma de adquirir clientela, que no sea por sus propios méritos, sino por la destrucción del crédito de otro.

8.3. Necesidad

- [55] Las medidas cautelares deben ser la vía adecuada para evitar el daño, su ahondamiento, preservar las condiciones de competencia, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.
- [56] Deben dictarse si no existe otra medida que pudiese alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.
- [57] Según la naturaleza del asunto analizado, así como en relación con el grado del daño que se pretende evitar, la CRPI concuerda con la Intendencia en que las medidas son

⁸ Sobre esto se puede ver: CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Págs. 40 a 43.

⁹ ORTELLIS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R.: *Las medidas cautelares en derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 109.

¹⁰ FOLGUERA J.: y otros. *Las Medidas Cautelares*, http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf.

¹¹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. MC 30/99, Glaxo 2 de 19 de julio.

necesarias. Si no se establecen, se podrían generar daños irreparables o de difícil reparación, y de ahí radica su necesidad. Son una vía adecuada para prevenir el daño.

8.4. Proporcionalidad

- [58] Las medidas cautelares deben adoptarse teniendo en cuenta la importancia, la naturaleza, la intensidad y el grado de los intereses que se pretenden precautar. No pueden ser excesivas o generar perjuicios injustificados al administrado. En pocas palabras, debe existir un adecuado balanceo entre la medida a imponer y el perjuicio que se pretende evitar. En este sentido, el inciso 3 del artículo 73 del RLORCPM prevé que: “*No se podrán dictar medidas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales*”.¹²
- [59] Las medidas solicitadas son proporcionales, ya que su intensidad está en concordancia con el grado del daño que se pretende proteger. Además, no genera daños irreparables a **AUDIOCENTRO**.
- [60] Las medidas preventivas estarán vigentes mientras subsistan las circunstancias que llevaron a su adopción. Por tal razón, si se generare un escenario sobreviniente que indique que se superaron los hechos narrados por el solicitante, las medidas podrían revisarse de conformidad con la normativa vigente.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- ADOPTAR y disponer, bajo prevenciones de ley, el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas:

- i. Se ordena al **CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA.** y a sus dependientes y administradores (y entre estos, específicamente al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla), el cese inmediato de cualquier tipo de publicidad o anuncio, a través de cualquier medio físico y digital (incluido las redes sociales), que aludan de manera directa o indirecta a **SAUDEC** o a sus productos.
- ii. Se ordena al **CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA.** y a sus dependientes y administradores (y entre estos, específicamente al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla), que retiren de cualquier plataforma digital en la que se encuentre activa la publicación del video subido el 25 de julio de 2020 en el que se refiere al producto **ADHEAR** de **MEDEL**.

¹² Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.



- iii. Se ordena al **CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA.** y a sus dependientes y administradores (y entre estos, específicamente al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla), abstenerse de publicar o difundir nuevas publicidades, anuncios o afirmaciones que aludan de manera directa o indirecta a **SAUDEC** o a sus productos.

SEGUNDO.- DISPONER a la Intendencia Regional Guayaquil, que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas.

Para lo anterior, deberá presentar un informe semestral a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, donde se verifique el estricto cumplimiento de las medidas.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos **SALUD AUDITIVA DEL ECUADOR SAUDEC CÍA. LTDA., CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA. LTDA.,** a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Regional Guayaquil.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE