

Órgano de Resolución: Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
Órgano de origen: Intendencia Regional
Expediente de origen: SCPM-IGT-IR-003-2020
Expediente Apelación: SCPM-DS-INJ-RA-020-2021
Apelante: SALUD AUDITIVA SAUDEC CÍA LTDA.
Denunciado: CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA. LTDA.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- 17 de enero de 2022, a las 10h00.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada en el expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el señor Edgar Adrián Serrano Astudillo, quien comparece en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CÍA. LTDA., en contra de la Resolución de 11 de octubre de 2021 de las 15h55, emitida por la Intendencia Regional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.-

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El señor Edgar Adrián Serrano Astudillo, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CÍA. LTDA., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 10 de noviembre de 2021, a las 11h19 con número de trámite ID. 214804, presentó un recurso de apelación, en contra de la Resolución de 11 de octubre de 2021, de las 15h55, emitida por la Intendencia Regional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020.

Mediante providencia de 19 de noviembre de 2021, a las 16h10, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado es la Resolución de 11 de octubre de 2021, de las 15h55, emitida por la Intendencia Regional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020, en el cual resolvió:

“[...] Artículo 1°. ACOGER el informe de resultados No. SCPM-IR-DRIC-2021-014 de 5 de octubre de 2021, suscrito por el equipo de investigación del presente caso.

Artículo 2°. ARCHIVAR el presente expediente administrativo No. SCPM-IGT-IR-003-2020, por reputarse que la conducta desleal en la que incurrió AUDIOCENTRO no son capaces, ni real ni potencialmente, de afectar el interés general que tutela esta Institución. [...]”

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CÍA LTDA, en su escrito de apelación, pretende:

“[...] se revoque y se deje sin efecto el citado acto administrativo, que lesiona gravemente los derechos de mi representada y consecuentemente se acojan las pretensiones planteadas por Salud Auditiva Saudec Cia. Ltda. constantes de la denuncia interpuesta.”

Por tanto, el impugnante busca la revocatoria del acto administrativo de 11 de octubre de 2021, por vicio de nulidad en la parte resolutive, en *infra petita* y motivación; esto, por cuanto, en la fundamentación y exposición del recurso de apelación, el recurrente lo estructura en los siguientes presupuestos: **a)** La Intendencia ha reconocido los actos de denigración; **b)** La Resolución adolece de *infra petita*; y **c)** No se ha establecido qué elementos no se cumplen para que no se configuren los actos de engaño. Postulados principales que se transcriben:

“[...] En la precitada Resolución se establece que a pesar de la existencia de prácticas desleales en la modalidad de denigración, “la misma no se tradujo en un efecto significativo en el mercado, tal como se comprobó en el reporte de las ventas de los dos operadores implicados, ni es plausible afirmar que tenga la capacidad de hacerlo dado el pequeño porcentaje de participación en el mercado de AUDIOCENTRO [...]

En el caso que nos ocupa no solo se genera y perfecciona UN DAÑO POTENCIAL sino existe un DAÑO REAL en contra de SAUDEC al desacreditar, denigrar, y menospreciar los productos audiológicos que ésta comercializa, y el buen nombre y reputación de la propia compañía SAUDEC [...]

El acto de denigración se produce por el simple hecho de difundir comentarios negativos sobre los productos que comercializa mi representada. No puede ser nunca lícito lograr una ventaja competitiva, por el hecho de denostar o denigrar los productos de los competidores, en este caso de SAUDEC. Basta con la comprobación de estos recaudos en el expediente administrativo, como en efecto consta del informe No. SCPM-IR-DRIC-2021-014 y la resolución del 11 de octubre de 2021 y notificada el 12 de octubre de 2021, para que el acto sea ilícito. [...]

Al encontrarse la conducta enmarcada en uno de los tipos específicos desarrollados por el legislador, resulta innecesaria la aplicación extensiva de la cláusula general prohibitiva, prevista en los artículos 5 y 26 de la LORCPM, ya que existe el tipo específico

para la conducta, prevista en el artículo 27, numeral 4, literales a) y c). En ese sentido, bajo ningún concepto es una especie de infracción subsidiaria por si no se lograre probar los demás, que de hecho es lo que está haciendo la Intendencia Regional, a través de la Resolución dictada el 11 de octubre de 2021 y notificada el 12 de octubre de 2021, al pretender probar que se debe también atentar contra la eficiencia económica de SAUDEC o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

[...] en la resolución hoy impugnada no se establece cuales elementos son los que no se cumplen para que se perfeccione a criterio del Intendente Regional el acto de engaño; ya que de lo previamente expuesto los elementos para que constituya dicha práctica desleal se configuran claramente en este caso. Primero el hecho de que el video publicado en la red social Facebook, en la página denominada Microtia Latinoamérica, juntos por un futuro mejor”, con un alcance de más 6.000 seguidores, esté enfocada específicamente en la patología de la Microtia, entendiéndose como es evidente que los seguidores de dicha página son personas que sufren esta patología o alguno de sus familiares, induciendo a un claro error al señalar que el producto ADHEAR que comercializa mi representada SAUDEC no cumple los estándares de calidad para dicha patología, utilizando en el video a una niña para indicar que no sirve el producto; contraviniendo la buena fe y lo dispuesto en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM al generar frente al público de los consumidores una impresión falaz de los productos audiológicos que comercializa mi representada, exponiendo al consumidor a adoptar una decisión inadecuada a sus intereses.

[...]

En ese sentido, el video publicado en redes sociales induce a error a los consumidores, en este caso a los seguidores de las antes mencionada página en Facebook, que es operada por el señor Luis Andrés Serrano Veintimilla, Presidente de Audiocentro y como tal una unidad económica; con lo cual hacemos notar que la configuración del acto de engaño resulta claro, contraviniendo lo expresamente establecido en artículo 27 numeral 2 de la LORCPM.

Consecuentemente, la Intendencia Regional analizo erróneamente los hechos, no se estudió detenidamente los elementos necesarios que configuran las prácticas desleales motivo de la denuncia, e inclusive la propia evidencia constante del expediente administrativo, como lo es la reunión de trabajo del 23 de agosto de 2021, que demuestran los actos denigratorios hacia mi representada, ni siquiera fueron tomados en consideración para análisis de la Resolución dictada el 11 de octubre de 2021 y notificada el 12 de octubre de 2021[...].”

Con esa fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y –en consecuencia- el fundamento que ocasionó el archivo del expediente administrativo.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto, en los presupuestos expuestos en el ordinal que antecede, se aprecia que la línea argumentativa del recurso se dirige a atacar la disposición de archivo, argumentando su improcedencia por la existencia conductual de prácticas desleales reconocido por el órgano de investigación.

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL. -

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020:

1. Denuncia presentada por el operador económico SALUD AUDITIVA ECUADOR SAUDEC CÍA. LTDA., por intermedio de su representante legal, ingresada en la ventanilla de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 04 de agosto de 2020, con número de trámite ID. 163551;
2. Providencia de 13 de agosto de 2020 a las 16h30, mediante la cual la Intendencia Regional avoca conocimiento de la denuncia presentada dispone: "*[...] PRIMERO.- CALIFIQUESE y admítase a trámite la denuncia presentada por SAUDEC ingresada con número de trámite 166351 [...] TERCERO.- CÓRRASE TRASLADO con el texto de la denuncia y sus anexos, junto con el contenido de la presente providencia al operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA. [...]*";
3. El 09 de septiembre de 2020, el operador económico AUDIOCENTRO presentó sus respectivas explicaciones a la denuncia interpuesta por SAUDEC, documento con número de trámite ID. 198585;
4. Con escrito de 09 de septiembre de 2020 con número de trámite ID. 169867, comparece el doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla, quien manifiesta hacerlo en calidad de tercero interesado, presentando sus explicaciones a la denuncia interpuesta por el operador económico SALUD AUDITIVA ECUADOR SAUDEC CÍA. LTDA.;
5. Providencia de 22 de septiembre de 2020 a las 10h00, por medio de la cual la Intendencia Regional dispone: "*[...] INICIAR la etapa de investigación del presente procedimiento administrativo [...] El presunto responsable es el operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA LTDA. LTDA., [...] La conducta objeto de investigación es la determinada en el artículo 27, números 2, 4 letras a) y c), y 10 letra a) de la LORCPM [...] Los bienes objeto de la conducta son los vibradores óseos para el tratamiento de pérdida auditiva [...]*";
6. Providencia de 19 de marzo de 2021 mediante la cual el Intendente Regional prorrogó el término de la investigación por 180 días adicionales;
7. Informe de Resultados No. SCPM-IR-DRIC-2021-014, de 05 de octubre de 2021, emitido por el Director Regional de Investigación y Control, que entre sus conclusiones señaló:

"[...] (ii) Sobre los actos de engaño, se evidenció que la conducta denunciada no satisface los parámetros señalado en el artículo 27 numeral 2 LORCPM, puesto que se identificó que AUDIOCENTRO no incurrió en actos que induzcan al error respecto a la

naturaleza, características u otros factores, en relación a los productos del propio operador económico, en el cual el consumidor entienda algo distinto a la realidad; sino que, sus afirmaciones fueron realizadas en relación a un producto de un tercero, motivo por el cual se descartó esta práctica desleal en la modalidad de actos de engaño. [...]

(iii) Sobre la violación de normas, tipificado en el artículo 27 numeral 4 LORCPM, se evidenció que Audiocentro estuvo comercializando el dispositivo dentro del término legal, por lo cual, su conducta no se subsume en los parámetros establecidos en el artículo en mención

(iv) Respecto al análisis de los actos de denigración, tipificado en el artículo 27 numeral 9 LORCPM, se confirmó la existencia de afirmaciones denigratorias impertinentes por parte de AUDIOCENTRO y el Dr. Serrano Vintimilla en el video de 25 de julio de 2020 publicado en Facebook, al usar calificativos en tono de desprecio y ridículo que desacreditan la imagen y reputación de SAUDEC sobre el producto ADHEAR de MED-EL.

Sin embargo, dado el mercado relevante determinado en el presente caso, AUDIOCENTRO, por su escasa participación en el mercado, no podría atentar contra la eficiencia económica, distorsionar la competencia, o afectar al bienestar general de los consumidores o usuarios, por cuanto AUDIOCENTRO difícilmente tendría la capacidad para influir significativamente en el mercado relevante definido de conformidad con los artículos 5 y 26 LORCPM.

8. Resolución de 11 de octubre de 2021 de las 15h55, emitida por la Intendencia Regional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020, en la que se resolvió:

“[...] Artículo 1°. ACOGER el informe de resultados No. SCPM-IR-DRIC-2021-014 de 5 de octubre de 2021, suscrito por el equipo de investigación del presente caso.

Artículo 2°. ARCHIVAR el presente expediente administrativo No. SCPM-IGT-IR-003-2020, por reputarse que la conducta desleal en la que incurrió AUDIOCENTRO no son capaces, ni real ni potencialmente, de afectar el interés general que tutela esta Institución. [...]”

b) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-017-2021:

Como actuaciones relevantes se hacen constar:

1. Memorando SCPM-IR-DRIC-2021-113 de 15 de noviembre de 2021, firmado electrónicamente por la funcionaria Milka Elizabeth Nazareno Suárez, en calidad de Analista Regional de Investigación y Control 2 de la Dirección Regional de Investigación y Control 2 y sus anexos, mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad: “Por medio del presente me permito poner en conocimiento de su Autoridad

el contenido de la providencia emitida por el Intendente Regional de fecha 15 de noviembre del 2021, las 12:10 dentro del Expediente No. SCPM-IGT-IR-003-2020, (...) referente al Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SALUD AUDITIVA ECUADOR, SAUDEC CIA LTDA. [...]", documentación que fue remitida electrónicamente el 17 de noviembre de 2021, a través del Sistema de Gestión Documental -SIGDO- mediante número de trámite ID 215787.-

2. Providencia de 19 de noviembre de 2021, a las 16h10, mediante la cual se avoca conocimiento y se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por el operador económico SALUD AUDITIVA ECUADOR, SAUDEC CIA LTDA, de 10 de noviembre de 2021.
3. Escrito presentado por la señora María del Carmen Samper Calderón, quien comparece en calidad de representante legal del operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA.LTDA., ingresado a través de la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 06 de diciembre de 2021 a las 13h26, signado con el número de trámite ID. 218185, en el cual presenta sus alegaciones respecto del Recurso de Apelación.
4. Providencia de 09 de diciembre de 2021 a las 10h30, en la que se agrega al expediente y se indica que, por haber sido presentadas las alegaciones del operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CÍA.LTDA., fuera del término concedido en la providencia de 19 de noviembre de 2021, no se las considera.

SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías:

*"[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"; "**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]" m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; "**Art. 82.-** El derecho a la*

seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”.-

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“Art. 1.- 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.”; “Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.[...]”; “Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley 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 sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “Art 25.- Definición.- Se considera desleal a 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. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...]”; “**Art. 26.- Prohibición.-** Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios [...]”; “**Art 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...] **2.- Actos de engaño.-** Se considera desleal toda conducta que 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. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje; [...] **4.- Actos de denigración.-** Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: [...] **a)** Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. [...] **c)** Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario. [...] **10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.-** Se consideran prácticas desleales, entre otras: [...] **a)** El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor; [...]”; “**Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoria.-** Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**DISPOSICIONES GENERALES.** **Primera.- Jerarquía.-** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio,

Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables [...]”.

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Previo a iniciar el estudio de cada uno de los argumentos planteados por el apelante, es necesario indicar que, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador¹ -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece como objeto del régimen de competencia ecuatoriano:

*“[...] 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 [...]”*²

En mérito de lo señalado, la SCPM está llamada –entre otros- a la prevención, prohibición y sanción de conductas desleales que afecten los mercados, buscando el bienestar general, para lo cual en base a su facultad de investigación determinada en la norma instruye los procesos de investigación, conforme el procedimiento establecido en la Ley, Reglamento y normativa reglamentaria.

Ahora bien, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación, el recurrente fundamenta su impugnación en contra del acto administrativo, en las siguientes premisas:

- a) El reconocimiento de los actos de denigración por parte de la Intendencia Regional;
- b) Resolución *infra petita* de 11 de octubre de 2021; y,
- c) La falta de exposición de cuáles son los elementos que no se cumplen para la configuración de actos de engaño.

¹ CRE.- “**Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

² LORCPM.- “**Art. 1.- 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”

Con el objeto de atender la fundamentación del recurso presentado, es pertinente revisar lo que al respecto ha señalado el órgano de investigación en la Resolución de 11 de octubre de 2021, conforme sigue:

“[...] IV. MERCADO RELEVANTE

4.1 Mercado del producto

(21) El informe de resultados ha identificado al producto objeto de investigación a los dispositivos que sirven para el tratamiento de hipoacusias, indicados para diferentes niveles de deficiencia auditiva, entendiéndose desde leves hasta severos. (...).

(22) Respecto al análisis de sustitución de la demanda, se concluye que los dispositivos analizados no son imputables únicamente a la afección denominada microtia, pues los dispositivos sirven para varias afecciones. (...) En cuanto a la valoración cuantitativa, no se pudo establecer un grado de correlación estadística entre los dispositivos que se dividen por marcas, dado que existen suficientes alternativas de sustitución entre modelos de cada marca para el tratamiento de afecciones auditivas que difieren del precio, pero que todos sirven para el tratamiento de hipoacusias. Sin embargo, se practicó un análisis cualitativo en el cual se fundamenta la sustituibilidad de los mismos.

(23) Sobre el análisis de sustitución de la oferta, se establece que ningún operador económico es fabricante de dispositivos para tratamiento de hipoacusias, siendo todos importadores que luego distribuyen a nivel nacional. La mayoría de los operadores distribuye a varias provincias, sin embargo, existen operadores que han limitado su capacidad de distribución a una provincia en concreto, debido a limitaciones que están relacionadas con la asistencia técnica, ya que es primordial que estos dispositivos sean recomendados por especialistas en audiología y medicina.

(24) De igual forma, la oferta es muy variada y cuenta con alrededor de 15 operadores económicos que están presentes en el mercado relevante, razón por la cual, cualquiera de estos está en el capacidad de sustituir la provisión del producto ante la falta de uno de sus competidores, sobre todo, tomando en consideración que en el tratamiento de hipoacusias existen diversidad de marcas y que estas a su vez tienen gran variedad de modelos que constituyen alternativas para todos los consumidores que necesiten en los tratamientos de hipoacusias.

4.2 Mercado geográfico

(25) El informe de resultados establece que el mercado de los dispositivos para el tratamiento de hipoacusias se desarrolla a nivel nacional, tal como lo corroboran los datos señalados en el informe. Sin embargo, hay casos en los cuales los operadores económicos reportaron ventas en una sola provincia, pero se identifica que esto se debe al desarrollo de las capacidades de cada operador económico, dada la naturaleza del producto que requiere asesoría técnica, médico tratante y de audiología que evalúe y prescriba el dispositivo adecuado para la afección de sordera.

4.3 Cuotas de participación

(26) Respecto a las cuotas de participación, en el año 2019 el mercado relevante tuvo como principal operador a PROAUDIO quien ostentó el [50-60%] del mercado total,

SAUDEC el [10-20%], y Audiovital el [5-15%]. El resto de agentes, incluyendo a AUDIOCENTRO, mantienen cuotas de participación marginales que no influyen dicha composición. En 2020 la situación no presenta variaciones importantes, siendo [60-70%] para PROAUDIO, [10-20%] para SAUDEC y [1-5%] para REXTON. En ninguno de estos años AUDIOCENTRO ha sido influyente dentro del mercado, situación que aleja la posibilidad que este se haya beneficiado de alguna estrategia competitiva en su favor.

4.4 Concentración del mercado relevante

(27) El mercado relevante presenta concentración alta, dado que el índice de concentración Hirshman–Herfindhal, desde el 2016, ha sobrepasado los 2.500 puntos. Identificando el número de operadores que concentran el mercado, se puede determinar que, en 2016, PROAUDIO lo concentraba casi en su totalidad; en 2017, PROAUDIO y SAUDEC; en 2018 y 2019, PROAUDIO, Audiovital y SAUDEC; y, finalmente, en 2020, PROAUDIO, SAUDEC y REXTON. (...)

(...)

(33) La Intendencia consideró que la denuncia generó preocupaciones que ameritaban una mayor investigación y recaudo de elementos que permitan demostrar efectivamente o no la existencia del cometimiento de prácticas desleales en la modalidad de actos de denigración y aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor, determinada en el artículo 27, números 2, 4 letras a) y c), y 10 letra a) de la LORCPM, para su posterior sanción, de ser el caso; o en su defecto, el archivo del procedimiento. Consecuentemente, esta Intendencia resolvió iniciar la etapa de investigación en relación a las prácticas desleales señaladas.

(34) Mediante providencia de 31 de marzo de 2021, se amplió la conducta objeto de la presente investigación, acorde a lo previsto en el artículo 27 numeral 9 LORCPM por violación de normas, por la presunta importación y comercialización de vibradores óseos sin autorización de la autoridad sanitaria nacional. Además, se amplió la duración de la conducta a investigarse, relativa a la presunta violación de norma, desde febrero 2016 hasta septiembre 2019.

(...)

5.4 Inexistencia de actos de engaño

(...)

(37) Bajo esta óptica, respecto al presente caso, para que se configure un acto de engaño por parte de AUDIOCENTRO, este tuvo que haber realizado afirmaciones relacionadas a los productos que ofrece dentro del mercado, es decir, referirse al producto o servicio que el propio operador económico ofrece, comercializa o distribuye dentro del mercado, y que estos hayan inducido al error a los consumidores sobre la veracidad, exactitud y pertinencia las afirmaciones cuestionadas. (...)

(38) Aun cuando esta Intendencia en su inicio de etapa de investigación haya considerado analizar al acto de engaño como una de las prácticas desleales denunciadas por

SAUDEC, se la descarta en el presente caso dado que el mismo no cumple con los elementos sustanciales de la conducta de engaño establecidos en el numeral 2 del artículo 27 LORCPM, al evidenciarse que AUDIOCENTRO no realizó una conducta que induzca al error respecto a la naturaleza, características u otros factores, en relación a los productos del propio operador económico, en el cual el consumidor entienda algo distinto a la realidad; sino que, sus afirmaciones fueron realizadas en relación a un producto de un tercero, esto es, el producto ADHEAR de MED-EL perteneciente a SAUDEC, motivo por el cual no se configura todos los elementos para la existencia de la práctica desleal de actos de engaño.

(...)

5.6 Sobre los actos de denigración

(...)

(53) Luego de analizar lo actuado dentro del expediente, se puede apreciar que existe la certeza de las afirmaciones señaladas en el párrafo anterior, por cuanto tanto tales hechos fueron reconocidos por AUDIOCENTRO en el momento que presentó sus explicaciones refiriéndose a cada una de ellas. Además, adjuntó la pericia del video objeto de la denuncia, lo cual ratifica que todo lo alegado se mencionó en el video. Asimismo, SAUDEC en su escrito de denuncia adjuntó el video en donde se lo descargó y se visualizó las afirmaciones contenidas en el mismo. Además, debe añadirse que el video adjunto como medio probatorio de la denuncia acredita plenamente que la imputada emitió las afirmaciones materia de la denuncia. Por tanto, conforme a los párrafos precedentes, esta Intendencia considera que ha quedado acreditada la difusión de las afirmaciones presuntamente denigrantes.

(54) Seguidamente, se puede apreciar con claridad que las afirmaciones cuestionadas hacen expresa referencia al producto de SAUDEC, esto es, el producto ADHEAR de MED-EL, tal como se visualiza en la pericia del video presentado por ambas partes en su denuncia y explicaciones, en relación con el informe técnico-medico⁶ presentado por AUDIOCENTRO (...)

(61) Por lo anterior, la reputación comercial de SAUDEC se vio afectada con la difusión de las afirmaciones señaladas líneas previas, debido a que los consumidores asumirían que el producto ADHEAR podría afectar su salud al comprar un producto que no contaría con la calidad y durabilidad con las que realmente deberían contar para la efectividad en los casos que está destinado a usar el producto ADHEAR.

5.7 Los actos de denigración de AUDIOCENTRO no se reputan capaces de afectar el orden público económico

(...)

(63) Al respecto, resulta importante analizar el mercado relevante en el cual se practican las conductas cuestionadas, y así lo exige el artículo 5 LORCPM. Por tal razón, para que la autoridad de competencia pueda conocer y eventualmente sancionar una conducta anticompetitiva, no basta acreditar la simple existencia del acto o hecho desleal, sino que, además, resulta indispensable determinar que tales actos o hechos puedan producir

una afectación real o potencialmente el orden competitivo en el mercado relevante del que se trate, entendido este como el interés general o bienestar de los consumidores, cuya protección compete a esta Institución; y para ello, las conductas desleales analizadas responden a la participación en el mercado que posea el operador económico investigado para ser calificado como nocivas.

(...)

(65) SAUDEC en su denuncia indica que el objeto de la conducta denunciada son los vibradores óseos para deficiencia auditiva de tipo conductivo, esto es microtia y atresia de conducto; sin embargo, partiendo del análisis de la información recabada conforme lo exige la determinación del mercado relevante, resulta errado determinar que la microtia sea una afección que atribuya dispositivos exclusivos para su tratamiento. La microtia es una de varias enfermedades que pudieren ocasionar hipoacusias, (...)

(66) Existen alrededor de seis tipos de dispositivos para el tratamiento de sorderas, tales como retroauriculares, receptor de oído, dentro de la oreja, intracanal, completamente en el canal y de conducción ósea; dispuestos con base en la gravedad del daño auditivo (decibeles) y necesidades. Sobre el producto, cabe señalar que las marcas de dispositivos en su gran mayoría varían en modelos, que se ajustan a tales deficiencias.

(67) En el mercado existen alrededor de 19 marcas de productos para el tratamiento de hipoacusias, razón por la cual, existe evidencia suficiente para determinar que existen dispositivos que pueden ser sustituibles entre marcas, con base a la variedad de tipos y modelos disponibles.

(...)

(70) En relación a las cuotas de mercado, el mercado relevante es un mercado que a pesar de contar con la presencia de 15 operadores económicos competidores, manifiesta un nivel altamente concentrado de acuerdo al índice HHI. Sin embargo, no se identifica a AUDIOCENTRO siendo parte de aquellos competidores que lo concentran, razón por la cual no se considera a este operador económico como influyente o con capacidad de influenciar significativamente en el mercado.

(...)

(73) Es procedente analizar, a la luz de los principios manifestados en los párrafos anteriores, si en el presente caso se cumple la condición exigida por el artículo 26 LORCPM, es decir, si como consecuencia de la conducta desleal de denigración acreditada a AUDIOCENTRO, se produce una distorsión o falseamiento a la libre competencia que afecte al interés público.

(74) El video difundido el 25 de julio de 2020 por el Dr. Serrano Vintimilla debió haber causado un efecto tal que afecte las ventas de SAUDEC, de manera que dicho perjuicio se traduzca en beneficio de AUDIOCENTRO. El informe de resultados muestra que las ventas de SAUDEC para el mes de agosto se incrementaron en un 28,5% y en septiembre un decremento de 21,3%. Ante esto no se ha producido un cambio que suponga una

redistribución del mercado producto de la conducta, sino que las subidas y bajadas corresponden a la dinámica del mercado.

(75) Las ventas de AUDIOCENTRO, a pesar de haberse incrementado tanto en agosto y septiembre de 2020, estos incrementos no son sustanciales y no han representado una modificación del mercado. Del análisis del mercado relevante se desprende que AUDIOCENTRO no es parte del grupo de operadores que concentran el mercado, teniendo en 2020 solamente el 4% de participación del mercado, en comparación con el 14% reportado por SAUDEC.

(76) En consecuencia, aun cuando se verifique la existencia de prácticas desleales en la modalidad de denigración, la misma no se tradujo en un efecto significativo en el mercado, tal como se comprobó en el reporte de las ventas de los dos operadores implicados, ni es plausible afirmar que tenga la capacidad de hacerlo dado el pequeño porcentaje de participación en el mercado de AUDIOCENTRO.

(77) Con base en expuesto, en razón del mercado relevante determinado, se considera que las conductas desleales denunciadas, por el contexto económico en el fueron implementadas, no podrían tener como efecto, ni real ni potencial, atentar contra la eficiencia económica, distorsionar la competencia, o afectar al bienestar general de los consumidores o usuarios, por cuanto AUDIOCENTRO difícilmente tendría la capacidad para influir significativamente en el mercado relevante definido de conformidad con los artículos 5 y 26 LORCPM. [...]”

8.1 DE LOS HECHOS NO CONTROVERTIDOS:

Se tiene como hechos no controvertidos en la verdad procesal del expediente administrativo:

- El reconocimiento como unidad económica al doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla y el operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA, elemento del cual no se ha pronunciado la contraparte;
- La inexistencia de la conducta anticompetitiva de violación de norma, pues no ha sido objetada por las partes;
- La existencia de actos de denigración, siendo controvertido el daño o su capacidad de daño a los ojos de sanción conforme la LORCPM;

En este sentido, esta autoridad desarrollará los argumentos base de la apelación, a saber:

8.2 EL RECONOCIMIENTO DE LOS ACTOS DE DENIGRACIÓN POR PARTE DE LA INTENDENCIA REGIONAL:

Como efectivamente se ha señalado, la Intendencia Regional acogiendo el Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-IR-DRIC-2021-014, la configuración conductual de los actos denigratorios se materializa, en razón de la publicación en la red social Facebook, el 25 de julio de 2020, por parte del doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla, Presidente del CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., en la página denominada MICROTIA LATINOAMERICANA – JUNTOS POR UN FUTURO MEJOR, un video en el que, sosteniendo un producto ADHEAR de MEDEL ante la cámara y bajo el encabezado “ADHEAR ES UNA OPCIÓN?” se refiere en forma denigratoria al mismo, afirmando que es una “basura”,

que “no sabe cómo se ha introducido al país” y que sería una “estafa”. A continuación, en los comentarios dentro de dicha publicación, se refiere expresamente al producto ADHEAR y a MEDEL indicando entre otras cosas, ante la consulta de un usuario que pregunta si éste corresponde a los ADHEAR DE MEDEL diciendo: “ESE ES EL ADHEAR QUE NI LES SIRVE A LOS NIÑOS, MÁS LOS RETRASA”.

En ese sentido, en relación a los actos de denigración denunciados por el operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CIA LTDA., es preciso tomar como punto de partida la distinción que hace la LORCPM en su artículo 27 respecto de los actos de denigración:

“Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: (...)

4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros:

a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.

(...)

c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario. (...)”

No siendo objeto de controversia el criterio motivado de la Intendencia Regional, en cuanto a la valoración de las aseveraciones del doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla, Presidente del CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., como expresiones denigratorias que afectan o podrían desacreditar al operador económico denunciante, SALUD AUDITIVA SAUDEC CIA LTDA. Criterio contenido en el informe de resultados y el acto administrativo impugnado.

En doctrina, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, señala:

“(...) Mediante el acto de denigración se pretende desacreditar, denigrar o menospreciar en forma directa o indirecta a otro agente económico, a su actividad, o sus productos o servicios, aun cuando éste no sea competidor de quien efectúa la conducta (...)”³.

Por tanto el primer parámetro de la conducta, estaría cumplido y verificado por el órgano de investigación; sin embargo, conforme lo determinado el artículo 1 de la Ley Orgánica de

³ Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Derecho de la Competencia Desleal, Heliasta, Volumen 3, Buenos Aires, 2014.

Regulación y Control del Poder de Mercado, la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, radica exclusivamente cuando de los hechos y acciones de los operadores económicos se desprenda la existencia de afectación real o potencial, a la eficiencia económica, a la distorsión de la competencia, a la afectación al bienestar general de los consumidores o usuarios.

Conforme lo impuesto por la Constitución de la República del Ecuador, cada entidad estatal debe actuar enmarcado dentro de las atribuciones que le otorga el marco normativo, así la carta constitucional dispone:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Como ha determinado la LORCPM, en cuanto a las prácticas desleales, la administración debe ocupar sus esfuerzos a procurar, “(...) *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.*”⁴. El ámbito en el cual existe esta competencia lo dispone la ley, en el artículo 2, disponiendo:

“(...) Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...)”

Atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4⁵ del Reglamento para la aplicación de la LORCPM –RLORCPM-, se encuentra que para la valoración de las conductas de competencia desleal reguladas en los artículos 25, 26, 27 de la LORCPM, más allá de contar con el requisito de calificación de “desleal” (acto contrario a los usos o costumbres honestos), deben encontrarse cualificados para que resulten reprochables por la normativa, es decir, deben tener la aptitud para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

⁴ LORCPM, artículo 1

⁵ RLORCPM.- “Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

En esa perspectiva de trato del derecho de competencia desleal, sabiéndose que la conducta debe contraer la aptitud de distorsionar el mercado, es decir, que sea determinable a partir de ella si impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido, se encontrará que, si la fuerza de presencia dentro del campo de actuación del operador económico que comete la práctica deshonesto no puede afectar el ámbito de aplicación que tiene la LORCPM, esa conducta está por fuera de la tutela.

El Tribunal Supremo de España, en la sentencia No. 3689/2014, analizó diversos elementos que deben concurrir para poder calificar una determinada conducta o declaración como actos de denigración a la luz del derecho de competencia manifestando:

“(...) El Tribunal deja claro que los actos impugnados por la Clínica Dexeus no pueden ser considerados actos de denigración si se trata de información pertinente, amparada por la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de nuestra Constitución. La finalidad concurrencial en los actos de denigración y su aptitud para afectar ilícitamente las decisiones de mercado son los elementos clave para poder encajar una determinada conducta o práctica comercial más o menos molesta para los competidores como un acto de competencia desleal. Y ello es así porque el bien jurídico protegido por la Ley no es tanto la reputación de otros intervinientes en el mercado sino la propia competencia económica leal. (...)”

Es decir, el Tribunal deja por sentado que, cuando un acto de denigración sea inhábil para afectar a la transparencia del mercado y la adopción de decisiones de sus usuarios, no constituye un acto desleal de denigración desde la óptica del derecho de competencia.

La Intendencia Regional, con el objeto de definir si la conducta cometida tiene aptitud para variar de manera negativa la competencia, ha delimitado el mercado relevante, tal como impone el artículo 5⁶ de la ley que rige la materia, señalándolo como:

“En el presente expediente, esta Dirección determina como mercado del producto el de los dispositivos médicos para el tratamiento de hipoacusias (sordera), y el mercado geográfico es uno a nivel nacional.”

Definido el pilar de la investigación, ha analizado los participantes en el sector y su capacidad de influir en el mismo, y expuso:

“(...) 61. Se identificaron a 15 operadores económicos que son parte del mercado relevante, sin embargo, existen pocos operadores que ostentan cuotas de mercado altas en comparación con sus competidores.

62. El índice de concentración para el periodo enero de 2016 a septiembre de 2020, muestra que el mercado es altamente concentrado dado que el valor del HHI es superior

⁶ LORCPM.- “Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, 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. (...)”

a 2.500 puntos. Sin embargo, nótese que en ninguno de los años del periodo bajo análisis muestra al operador económico investigado como quien lo concentra, sino todo lo contrario (...)

Dicho de otra forma, no se ha evidenciado que el operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., sea un operador económico que ostente la capacidad de alterar el mercado o influir en la psiquis de sus usuarios, dándole como resultado una ventaja frente a sus competidores; en consecuencia, la constatación conductual efectuada por el órgano investigativo ha tenido lugar respecto de los elementos de calificación como desleal, empero, no tiene cualificación conforme demanda el artículo 26 de la LORCPM, esto es, que en el presente caso, el origen del operador económico que los comete, no tiene capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

La cualificación de la conducta, corresponde a uno de los parámetros para que sea susceptible sanción por parte de esta Superintendencia. Estudiando este punto, el órgano de investigación expuso:

“(...) 133. El video difundido el 25 de julio de 2020 por el Dr. Serrano Vintimilla debió haber causado un efecto tal que afecte las ventas de SAUDEC, de manera que dicho perjuicio se traduzca en beneficio de AUDIOCENTRO.

134. Las ventas de SAUDEC para el mes de agosto se incrementaron en un 28,5% y en septiembre un decremento de 21,3%. Ante esto no se ha producido un cambio que suponga una redistribución del mercado producto de la conducta, sino que las subidas y bajadas corresponden a la dinámica del mercado.

135. Las ventas de AUDIOCENTRO, a pesar de haberse incrementado tanto en agosto y septiembre de 2020, estos incrementos no son sustanciales y no han representado una modificación del mercado. Del análisis del mercado relevante se desprende que AUDIOCENTRO no es parte del grupo de operadores que concentran el mercado, teniendo en 2020 solamente el 4% de participación del mercado, en comparación el 14% reportado por SAUDEC.

136. En consecuencia, aun cuando se verifique la existencia de prácticas desleales en la modalidad de denigración, la misma no se tradujo en un efecto significativo en el mercado, tal como se comprobó en el reporte de las ventas de los dos operadores implicados, ni es plausible afirmar que tenga la capacidad de hacerlo dado el pequeño porcentaje de participación en el mercado de AUDIOCENTRO. (...)”

Con lo anotado, conforme lo expuesto por la Intendencia Regional, no existen elementos que permitan presumir la existencia de un daño real o su potencialidad “a la competencia, la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”; producto de lo cual, resulta improcedente para la administración el proseguir con el procedimiento administrativo con base en lo mandado en la LORCPM; esto, en estricto resguardo del principio de juridicidad, considerando que la competencia de SCPM como organismo técnico de control faculta realizar investigaciones y de ser el caso a la imposición de sanciones, siempre y cuando exista la concurrencia de los parámetros normativos detallados, dado que en el presente caso no

se configura el elemento del tipo estructural (daño al mercado - la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios-, real o potencial), no se puede proceder a la subsunción a la conducta normada, por ausencia de referido elemento estructural del tipo de la infracción alegada, en los presupuestos fácticos objeto de la denuncia presentada, pues conforme se indicó, el artículo 27 numeral 4 literales a) y c) de la ley, establece como presupuesto *sine qua non* “la afectación al mercado”.

En cuanto a la existencia de un daño potencial en razón de la cuota dentro del mercado relevante del operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., recalándose que resulta insuficiente la existencia de las alegaciones denigratorias en contra de otro operador económico para los efectos sancionatorios de la LORCPM. En este punto es importante recoger el análisis de la Intendencia Regional respecto del mercado en el cual se llevaron a cabo las alegaciones denunciadas por SALUD AUDITIVA SAUDEDEC CIA LTDA. Como ha sido mencionado, encontrándonos frente a un mercado con la presencia de 15 operadores económicos competidores y que manifiesta un nivel altamente concentrado de acuerdo al índice HHI, no se ha identificado al operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., como parte de aquellos competidores que lo concentran, razón por la cual no se considera a este operador como influyente o con capacidad de incidir significativamente en el mercado.

En mérito de lo expuesto, recalcando el mandato normativo de la comprobación de la afectación real o potencial de la conducta de los agentes económicos, en cuanto a que esta impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, no encontrándose su presencia o su potencialidad, no pueden ser objeto de análisis y sanción por la LORCPM. En cuanto a ello, la Intendencia Regional menciona de manera acertada que las conductas desleales determinadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado son objeto de reproche cuando estas atentan al interés general, es decir que la conducta desleal del operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., debería tener como consecuencia el producir una distorsión o falseamiento a la libre competencia y por ende afectar el interés público; y señaló:

“[...] La Superintendencia acoge el criterio por el que, en el régimen de competencia desleal previsto en la LORCPM, son objeto de reproche las conductas desleales cualificadas, 21 es decir, toda conducta que atenta al interés general. Este criterio optado por la Superintendencia, es inspirado en el artículo 3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, el cual indica que pone a conocimiento de la autoridad de competencia los “actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público [...]”.

Del análisis realizado por la Intendencia Regional se puede apreciar que las alegaciones realizadas por el operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA LTDA., en el video denunciado no han sido capaces de causar, real o potencialmente, afectaciones a la competencia, la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Por lo tanto, no se verifica un cambio sustancial de ninguna naturaleza y al respecto la resolución impugnada analiza:

“[...] El video difundido el 25 de julio de 2020 por el Dr. Serrano Vintimilla debió haber causado un efecto tal que afecte las ventas de SAUDEC, de manera que dicho perjuicio se traduzca en beneficio de AUDIOCENTRO. El informe de resultados muestra que las ventas de SAUDEC para el mes de agosto se incrementaron en un 28,5% y en septiembre un decremento de 21,3%. Ante esto no se ha producido un cambio que suponga una redistribución del mercado producto de la conducta, sino que las subidas y bajadas corresponden a la dinámica del mercado.

Las ventas de AUDIOCENTRO, a pesar de haberse incrementado tanto en agosto y septiembre de 2020, estos incrementos no son sustanciales y no han representado una modificación del mercado. Del análisis del mercado relevante se desprende que AUDIOCENTRO no es parte del grupo de operadores que concentran el mercado, teniendo en 2020 solamente el 4% de participación del mercado, en comparación con el 14% reportado por SAUDEC.

En consecuencia, aun cuando se verifique la existencia de prácticas desleales en la modalidad de denigración, la misma no se tradujo en un efecto significativo en el mercado, tal como se comprobó en el reporte de las ventas de los dos operadores implicados, ni es plausible afirmar que tenga la capacidad de hacerlo dado el pequeño porcentaje de participación en el mercado de AUDIOCENTRO. [...]”

En consecuencia, en orden del contexto analizado, dadas las características del mercado relevante determinado para el presente caso y de las cuotas de mercado de los operadores económicos partícipes del presente recurso de apelación, las conductas desleales denunciadas por parte de SAUDEC, no pueden ser consideradas como nocivas para los ojos de valoración sanción de la LORCPM, ya que no podrían tener como efecto, ni real ni potencial, atentar contra la eficiencia económica, distorsionar la competencia, o afectar al bienestar general de los consumidores o usuarios, por cuanto el operador económico CENTRO AUDIOLÓGICO AUDIOCENTRO CIA. LTDA., en razón de su cuota de mercado, no tiene la capacidad para influir significativamente en el mercado relevante definido de conformidad con los artículos 5 y 26 LORCPM.

8.3 RESOLUCIÓN INFRA PETITA DE 11 DE OCTUBRE DE 2021:

Sobre este punto alega el operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CIA. LTDA., que este presunto yerro se presenta como consecuencia de que la Intendencia Regional no se pronunció sobre las alegaciones y declaraciones que realizó el doctor Luis Andrés Serrano Vintimilla, en la reunión de trabajo mantenida el 23 de agosto de 2021 y a pesar de la existencia de medidas cautelares impuestas. A este respecto, se debe señalar:

- Sin embargo que, de la constancia procesal que se analiza, esta autoridad no ha tomado conocimiento de la presencia de informes o disposiciones de medidas cautelares, se señala que, tanto la imposición como la determinación del cumplimiento, son competencia del órgano de resolución y no pudieran haber sido motivo para agravar la situación, puesto que, conforme a la LORCPM el incumplimiento de resolución de autoridad competente tiene un procedimiento y sanción propia; y,
- Todas las diligencias y expresiones que hayan generado en el transcurso de la investigación son consideradas para la decisión final, lo cual no implica que deba existir

una transcripción de todo ello en el acto que resuelve el proceso, mucho más cuando es la misma Intendencia la que ha reconocido la existencia de la conducta denigratoria, pero ha establecido también, que este actuar no es procesable a la luz de la LORCPM, conforme ha sido tratado a lo largo de la presente.

En esta línea, no se puede constatar la existencia del vicio “*infra petita*”, toda vez que las conductas identificadas vía denuncia han sido desarrolladas de manera técnica y legal por parte de la Intendencia Regional, por lo referida la autoridad no ha resuelto menos de lo que se ha sometido a su consideración, así como no existen conductas o investigados adicionales a las partes procesales, por lo que, no cabe la alegación.

8.4 LA FALTA DE EXPOSICIÓN DE CUÁLES SON LOS ELEMENTOS QUE NO SE CUMPLEN PARA LA CONFIGURACIÓN DE ACTOS DE ENGAÑO:

Siendo consecuentes con el libelo del Recurso de Apelación, la síntesis de la objeción en la determinación por parte de la Intendencia Regional al dictaminar como no configurado el acto de engaño es, “... *que la resolución hoy impugnada no establece cuales son los elementos que no se cumplen para que se perfeccione ...*”; señalando que los consumidores podrían –a consecuencia de la publicación materia de análisis- ser engañados, asumiendo que los productos ADHEAR que comercializa el operador económico SALUD AUDITIVA SAUDECA LTDA., no cumple estándares de calidad para dicha patología.

En relación a los actos de engaño, el artículo 26⁷ de la LORCPM define la prohibición general de las prácticas desleales, cualquiera que sea la forma que estos adopten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En este sentido, se precisa revisar el artículo 27 de la LORCPM numeral 2, al referir de los actos de engaño, lo que se transcribe:

*“Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: ... 2. Actos de engaño.- Se considera desleal **toda conducta que 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. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos [...]”* (el resaltado no es propio del texto)

⁷ LORCPM.- “Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. (...)”

Trazada la línea de exposición, resumiremos diciendo que, toda actuación que tenga por objeto restringir, impedir, falsear o distorsionar el proceso competitivo, está prohibido, entre las conductas que se pueden identificar como desleales, se estudia el acto de engaño, el que pretenda inducir a error al público respecto de las características de un bien o servicio, “... que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado...”; es decir que el engaño debe procurar o influir en la decisión de los consumidores, sean medios o finales, en decidir por mi producto y no por otro de la competencia, potencializando las cualidades de mi producto de una manera engañosa o irreal.

En el caso concreto, la Intendencia Regional analiza que los actos de engaño, según el contenido del artículo 27 de la LORCPM tuvieron que haber sido realizados mediante afirmaciones relacionadas a los productos que ofrece dentro del mercado el operador CENTRO AUDIOLOGICO AUDICENTRO CIA LTDA, es decir, “[...] referirse al producto o servicio que el propio operador económico ofrece, comercializa o distribuye dentro del mercado, y que estos hayan inducido al error a los consumidores sobre la veracidad, exactitud y pertinencia las afirmaciones cuestionadas.” Y de la misma manera mediante el informe de resultados de 06 de octubre de 2021 se enfatiza este análisis sosteniendo que “el propósito del citado artículo es proteger a los consumidores de la asimetría informativa que se encuentran dentro del mercado con relación a los proveedores de bienes y servicios, quienes, debido a su amplia experticia, han adquirido y usan la información relevante referente a las características y otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen.”.

En ese sentido, esta autoridad evidencia que, la Intendencia Regional mediante su resolución de 11 de octubre de 2021 expone de manera clara y solvente el motivo por el cual, no se configura el acto de engaño, conforme los preceptos del artículo 27 de la LORCPM, por lo que no se ha evidenciado la existencia de un vicio. Con lo analizado y contrastado, esta autoridad define que las conclusiones a las que ha arribado la Intendencia Regional, son acertadas, con una motivación y elementos técnicos pertinentes a la etapa en la que se encontraba.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.-** NEGAR el Recurso de Apelación presentado el señor Edgar Adrián Serrano Astudillo, quien comparece en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico SALUD AUDITIVA SAUDEC CÍA. LTDA., en contra de la Resolución de 11 de octubre de 2021 de las 15h55, emitida por la Intendencia Regional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-IR-003-2020, en consecuencia se ratifica el acto administrativo.- **DOS.-** Esta autoridad señala expresamente, que en caso de que los operadores económicos consideren vulnerados sus derechos, pueden accionar los medios legales que protejan sus derechos subjetivos.-

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la

Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; además que, mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 se resolvió: “(...) *Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)*”; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico **SALUD AUDITIVA SAUDEC CÍA. LTDA.**, en los correos electrónicos: fgottifredi@gottifredipozo.com y mpena@gottifredipozo.com; **b)** Al operador económico **CENTRO AUDIOLOGICO AUDIOCENTRO CIA. LTDA.**, a los correos electrónicos: amartinezm@surlegal.com, mrchico@surlegal.com, dchico@surlegal.com; **c)** A la Intendencia Regional.-

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Gabriel Toscano. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño,
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Abg. Gabriel Toscano B.
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN