

**DIRECCION EJECUTIVA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(PRO-COMPETENCIA)**

RESOLUCION NÚM. DE-021-2020

QUE ORDENA EL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO CON MOTIVO DE LA OBSERVACIÓN DE INDICIOS RAZONABLES DE LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, NÚM. 42-08 EN PROCEDIMIENTOS DE COMPRAS PÚBLICAS DE “MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO” ADQUIRIDOS POR EL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP) EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO Y AYUDAS MÉDICAS DIRECTAS, DURANTE EL PERÍODO ENERO 2019 – NOVIEMBRE 2020.

La Dirección Ejecutiva de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**, dicta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

Con motivo de la observación de indicios razonables de prácticas contrarias a la **Ley General de Defensa de la Competencia** **núm. 42-08**, en los procedimientos de compras públicas de la categoría de “*medicamentos de alto costo*” realizados por el Ministerio de Salud Pública (MSP) durante el período enero 2019 – noviembre 2020.

I. Antecedentes de hecho. -

1. A raíz del aumento de los procesos de compras y adquisición de insumos, bienes y servicios a ser utilizados por las autoridades locales para combatir la pandemia generada por el virus COVID-19, así como de algunas preocupaciones manifestadas en distintos medios de opinión pública, esta Dirección Ejecutiva inició un proceso de monitoreo y seguimiento de procedimientos de compras realizados por varias instituciones públicas llamadas a gestionar y contener la pandemia a nivel nacional, el cual consistió en la evaluación del comportamiento de los proveedores de estos bienes y servicios.

2. En el marco del referido monitoreo, en fecha 10 de junio de 2020, esta Dirección Ejecutiva solicitó al **Ministerio de Salud Pública (MSP)**¹, copia íntegra de los documentos que conforman 15 procesos de compras públicas llevados a cabo por esa institución durante los primeros meses del año 2020, con el objetivo de identificar si existían o no indicios de prácticas anticompetitivas por parte de los agentes económicos que participaron en los mismos como oferentes.

3. En respuesta a dicho requerimiento, en fecha 4 de agosto de 2020, el **Ministerio de Salud Pública (MSP)** remitió la comunicación identificada con el código de recepción **núm. C-0328-2020**, mediante la cual depositó, a través de un dispositivo de almacenamiento USB, copia digital de los expedientes solicitados por este órgano instructor, haciendo la acotación de que “[...] *todos estos documentos y expedientes ya constan publicados para referencia de cualquier interesado dentro del Portal Transaccional de Compras Públicas [...]*”².

¹ Comunicación identificada con el **núm. DE-IN-2020-0274**, notificada en fecha 10 de junio de 2020.

² Comunicación identificada con el código de recepción **núm. C-0328-2020**, recibida en fecha 4 de agosto de 2020.



4. A raíz de las informaciones recibidas, esta Dirección Ejecutiva procedió a analizar los referidos documentos e informaciones y, ante hallazgos de posibles indicios de prácticas anticompetitivas, se dispuso realizar una investigación más amplia de los procedimientos de licitación y contratación pública realizados por el **MSP** durante el período enero 2019 – noviembre 2020. En efecto, en el marco de la investigación preliminar realizada por este órgano instructor se analizaron todos los procesos de compras públicas del **Ministerio de Salud Pública (MSP)** que se encontraban cargados al Portal **Transaccional de la Dirección General de Compras y Contrataciones (DGCP)** para los años 2019-2020, así como los expedientes en digital que fueron remitidos vía la citada comunicación.

5. Como resultado de dicho análisis, esta Dirección Ejecutiva ha podido identificar la existencia de indicios razonables de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08 en algunos procesos de compras públicas desarrollados por el **Ministerio de Salud Pública (MSP)** en el período enero 2019 – noviembre 2020, relacionados con la compra de “*Medicamentos de Alto Costo*”, los cuales sirven de sustento para que esta Dirección Ejecutiva inicie un procedimiento de investigación de oficio, al tenor de los fundamentos de derecho detallados a continuación.

II. Fundamentos de Derecho. -

CONSIDERANDO: Que la Constitución de la República Dominicana señala en su artículo número 217 que “*El régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad*”;

CONSIDERANDO: Que, en consonancia con la disposición anterior, nuestra Carta Magna dispone en su artículo 50, que es deber del Estado favorecer y velar por la libre y leal competencia, adoptando las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante;

CONSIDERANDO: Que la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, promulgada el 16 de enero de 2008, publicada en la Gaceta Oficial núm. 10458 de fecha 25 de enero de 2008, en el título II, capítulo 1, artículo 16, crea a la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**, como organismo autónomo y descentralizado del Estado, con plena independencia administrativa, técnica y financiera, vinculado orgánicamente al Ministerio de Industria y Comercio;

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el artículo 17 de la Ley núm. 42-08, el objetivo de **PRO-COMPETENCIA** es promover y garantizar la existencia de la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de productos y servicios, mediante la ejecución y aplicación de las políticas y legislación de competencia y el ejercicio de sus facultades investigativas, de informe, reglamentarias, dirimentes, resolutivas y sancionadoras;

CONSIDERANDO: Que una de las herramientas más importantes de **PRO-COMPETENCIA** para cumplir con el mandato que le ha encomendado el ordenamiento jurídico vigente son



las facultades de investigación e instrucción de expedientes que le atribuye la Ley núm. 42-08, las cuales están a cargo de la Dirección Ejecutiva;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, esta Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** tiene el deber y facultad de investigar y prevenir la existencia de las prácticas prohibidas por la Ley Núm. 42-08, esto es: **(i)** Los acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia; **(ii)** los abusos de posición dominante; así como **(iii)** los actos de competencia desleal y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, salvo en materia de competencia económica de los sectores regulados con organismos reguladores que poseen atribuciones en materia de defensa de la competencia;

CONSIDERANDO: Que, asimismo, conforme con las disposiciones de los artículos 33 y 36 de la Ley núm. 42-08 y del artículo 19 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, para la investigación, prevención y control de los actos prohibidos por dicho texto normativo, la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA** puede actuar de oficio o a petición de parte con interés legítimo;

CONSIDERANDO: Que para el ejercicio de sus facultades de investigación, la Dirección Ejecutiva podrá, entre otros recursos, realizar visitas de inspección, solicitar copias de libros y registros contables; citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos que se investigan y requerir de los presuntos agraviados, presuntos responsables, testigos y peritos los informes y documentos que estime necesarios; y en todos los casos puede utilizar las medidas de apremio que establece la Ley núm. 42-08;

CONSIDERANDO: Que, para el correcto ejercicio de dichas atribuciones, esta Dirección Ejecutiva debe decidir formalmente el inicio de un procedimiento de investigación y, para ello, es necesario que cuente con indicios de la existencia de prácticas contrarias a la Ley núm. 42-08;

CONSIDERANDO: Que la doctrina ha establecido que un indicio "*es una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia (o inexistencia) de un hecho a probar*"³; que, en el mismo sentido, se ha indicado que un indicio debe interpretarse como "*toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades*"⁴; que, en este sentido, el indicio es un hecho o acto que debe acreditarse por cualquiera de los medios probatorios que la Ley autoriza a **PRO-COMPETENCIA** a utilizar;

CONSIDERANDO: Que, ante la existencia de indicios, "*la autoridad encargada de resolver, podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos, la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento*"⁵;

CONSIDERANDO: Que esta Dirección Ejecutiva mantiene el criterio plasmado y es precedente de este órgano instructor, que no se precisa de pruebas contundentes para el inicio de un procedimiento de investigación, sino solo de indicios suficientes como los que se presentarán en la especie, los cuales permiten presumir la existencia de una práctica contraria a la Ley núm. 42-08;

³ Revista Semanario Judicial de la Federación Tomo XIV, Julio de 1994, página 62 Materia(s): Penal. Registro No. 211525.

⁴ 7 Flint, Pinkas, "Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Ed., 2002, p. 760.

⁵ Ob. Cit., Flint, Pinkas, "Tratado de Defensa de la Libre Competencia" [...], p. 989.



CONSIDERANDO: Que, sobre el particular, es menester destacar que la resolución de inicio de un procedimiento de investigación es un acto de trámite emanado de una autoridad administrativa por medio de la cual, ante la apreciación de indicios racionales indicativos de una presunta infracción administrativa, se contiene una imputación provisional, a través de cuya notificación se hace posible la efectividad del derecho del administrado a su conocimiento previo;⁶

CONSIDERANDO: Que, en efecto, el objetivo principal del procedimiento de investigación que se inicia por virtud de la presente resolución es justamente el de comprobar o descartar la existencia de hechos identificados como indicios racionales de conductas que pudieran configurar una infracción a la Ley núm. 42-08;

CONSIDERANDO: Que, en ese sentido, al decidir el inicio de un procedimiento de investigación, la autoridad de competencia sólo debe limitarse a identificar a los presuntos responsables y los denunciantes, si los hubiere, al igual que los hechos que se consideran indicios racionales para motivar el inicio de dicho procedimiento;

CONSIDERANDO: Que, por su parte, esta Dirección Ejecutiva ha hecho suyo en reiteradas ocasiones el criterio de que *“los indicios no constituyen en sí de manera alguna un prejuzgamiento sobre el resultado del procedimiento ni la culpabilidad de los investigados”*;

CONSIDERANDO: Que, atendiendo a lo señalado anteriormente, es importante resaltar dos cuestiones esenciales: **(i)** El inicio de un procedimiento de investigación por parte de esta Dirección Ejecutiva sólo requiere la existencia de indicios que podrían demostrar la posibilidad de realización de prácticas contrarias a la libre y leal competencia, mientras **que la investigación se concentrará en determinar, de ser el caso, la probable existencia de una conducta prohibida** y la probable responsabilidad de quien o quienes participen en la misma; y **(ii)** la emisión de la presente resolución que determina el inicio del procedimiento de investigación, **no prejuzga sobre la responsabilidad de ningún agente económico, pues aún no han sido comprobadas las conductas** que pueden constituir prácticas contrarias a la Ley núm. 42-08;

CONSIDERANDO: Que, en la especie, como se mostrará más adelante, los indicios que motivan el inicio del presente procedimiento de investigación apuntan a la alegada realización de conductas prohibidas por el artículo 5, literal “b” de la Ley núm. 42-08, relativas a la concertación o coordinación de ofertas en los procesos de licitación o compras públicas, por parte de ciertos agentes económicos;

CONSIDERANDO: Que, de acuerdo al artículo 4 de la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, la contratación pública es *“la obtención, mediante contrato, por cualquier método de obras, bienes, servicios u otorgamiento de concesiones, por parte de las entidades del sector público dominicano”*;

CONSIDERANDO: Que según datos de la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)**, la contratación pública representa aproximadamente el

⁶ Cfr. Garberí Llobregat, José y Buitrón Ramírez, Guadalupe, “El Procedimiento Administrativo Sancionador”. 5ta edición, sustancialmente ampliada y actualizada, Volumen II. Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, pág. 1332

⁷ Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Competencia, Nota Sucinta Resolución 022-2015/ST-CLC-INDECOPI disponible en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/197841/nota+22/bef71a99-fcc-4556-9959-c75cac5f2155>



13% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países miembros de la **OCDE**, y el 20% del gasto gubernamental⁸;

CONSIDERANDO: Que, al igual que en el resto de los países de la región, en la República Dominicana la contratación pública posee una gran importancia económica; que, en efecto, según datos publicados por la **DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (DGCP)**, al 2019 se habían realizado a través de su Portal Transaccional más de 188,507 procesos de compra, publicados y gestionados a través de 305 instituciones y gobiernos locales integrados con una cobertura de más de 83,376 proveedores inscritos⁹;

CONSIDERANDO: Que, tomando en cuenta esto, las prácticas anticompetitivas que pueden materializarse en los procesos de contrataciones públicas merecen una significativa preocupación y alerta por parte de las agencias de competencia del mundo, toda vez que dichas conductas pueden causar un gran impacto negativo en la economía doméstica, que afecta no solo a las propias instituciones públicas sino también a los agentes económicos competidores y a los consumidores en general;

CONSIDERANDO: Que, sobre la colusión en las licitaciones públicas, la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)** ha señalado que *“la colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública”*¹⁰;

CONSIDERANDO: Que, en el mismo sentido, la **Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)** de Colombia ha establecido que:

“La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad [...]”¹¹

CONSIDERANDO: Que, en consonancia con lo anterior, la **OCDE** ha expuesto con relación a la colusión en licitaciones públicas que:

“El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad, así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo”¹²

⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Fighting bid rigging in public procurement: report on implementing the OECD recommendation*, OCDE, 2016, p. 6. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>

⁹ Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), *Memoria Institucional*, 2019, p. 65. Disponible en: <https://www.dgcp.gob.do/sobre-nosotros/planificacion-y-desarrollo/memorias-institucionales/>

¹⁰ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, p.30. Disponible en: <https://www.cnmc.es/guias-y-recomendaciones>

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), *Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones*, SIC, Colombia, 2010, p. 8. Disponible en: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

¹² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*, 2009, p.1. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>



CONSIDERANDO: Que tal como fue indicado en los antecedentes fácticos de la presente resolución, esta Dirección Ejecutiva, consciente de la importancia de las compras y contrataciones públicas y en ejercicio de sus facultades para prevenir la comisión de prácticas colusorias que distorsionen la competencia y que obstaculicen el uso eficiente de los fondos públicos, procedió a vigilar y monitorear los procesos de compras realizados por varias instituciones públicas para la adquisición de bienes o servicios para combatir la pandemia generada por el virus COVID-19. Como resultado de esta investigación preliminar, este órgano instructor pudo percatarse de ciertos indicios que ameritaron una atención especial a diversos procesos de compras públicas realizados por el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** para la adquisición de productos denominados por dicho organismo contratante como “*medicamentos de alto costo*”;

CONSIDERANDO: Que, en tal sentido, el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** es la institución requirente, a través de un programa que se denomina “**Programa de Medicamentos de Alto Costo y Ayudas Médicas Directas**”, por lo que, resulta conveniente caracterizar los productos requeridos por dicha institución, así como la identificación de posibles sustitutos;

CONSIDERANDO: Que, como es bien sabido, el **MSP** es la institución del Estado encargada de garantizar el derecho constitucional a la salud, y en ese sentido “*velar por la protección de la salud de todas las personas, [...] así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria*”¹³, por lo que, ésta habitualmente demanda medicamentos de distintos tipos;

CONSIDERANDO: Que, específicamente, para atender las necesidades de las familias que cuentan con enfermedades de alto costo y que ameritan tratamientos con medicamentos de alto costo, se creó por Disposición Ministerial No. 000003, de fecha 5 de marzo de 2015, el “*Programa de Medicamentos de Alto Costo*”, con el propósito de garantizar el acceso equitativo y sostenible a Medicamentos de Alto Costo (MAC), de calidad, seguros y costo-efectivos, seleccionados con base en la mejor evidencia científica y criterios de priorización, en consonancia con la capacidad de financiación del Estado Dominicano, al marco normativo y política nacional de medicamentos, y que respondan a las principales necesidades de la población, para la reducción de la morbi-mortalidad por estas patologías¹⁴;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, las decisiones de aprobación o continuación de tratamientos a beneficiarios del referido Programa se basan en criterios de pertinencia definidos en Protocolos Nacionales y Guías de Práctica Clínica de referencia, y el **MSP** cuenta con listas de este tipo de medicamentos que han sido evaluados como costo-efectivos;

CONSIDERANDO: Que, debido a los altos costos y estándares de calidad exigidos, la mayoría de los Medicamentos de Alto Costo (MAC) que requiere el **MINISTERIO DE SALUD**

¹³ Constitución de la República, Artículo 61.

¹⁴ Cfr. Informe Recomendación al Uso Mecanismo de la Excepción por la Modalidad de Proveedor Único presentados en los procesos de excepción bajo la modalidad de proveedor único analizados en el marco de la investigación preliminar.



PÚBLICA (MSP) son productos innovadores de desarrollo reciente que se encuentran bajo la protección de patentes¹⁵;

CONSIDERANDO: Que, como lo señala el **MSP** los MAC son “*productos monopólicos por lo tanto fabricados por un único laboratorio, el cual otorga la representación de la marca a uno o varios distribuidores en los países donde son comercializados*”¹⁶;

CONSIDERANDO: Que por esta razón “*Del total de MAC manejados en el programa la mayoría son monopólicos y aplican a la adquisición por la vía de la excepción*”¹⁷; que, en efecto los procesos licitatorios lanzados por el **MSP** para la adquisición de Medicamentos de Alto Costo, son principalmente realizados bajo el mecanismo de Excepción por la modalidad de Proveedor Único o Exclusivo, contemplada en el artículo 6, párrafo 3, de la Ley 340-06 de Compras y Contrataciones;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, considerando las características de uso especializado, estándares de calidad exigidos y distribución exclusiva por parte de uno o varios distribuidores, el mercado relevante del producto se circunscribe a los **Medicamentos de Alto Costo (MAC) adquiridos por el Ministerio de Salud Pública (MSP) en el marco del Programa de Medicamentos de Alto Costo y Ayudas Médicas Directas;**

CONSIDERANDO: Que, el mercado de licitaciones públicas de Medicamentos de Alto Costo (MAC), por el lado de la demanda, puede ser dividido según el mecanismo de adquisición de dicho producto; que, el **MSP** adquiere los MAC según tres mecanismos de compras, según corresponda: Compra por Excepción, Compra por Licitación Pública Nacional (LPN) y Compra por Negociación Conjunta del Consejo de Ministros de Centroamérica y República Dominicana (COMISCA), a través de un proceso de Subasta Inversa¹⁸;

CONSIDERANDO: Que, por el lado de la oferta, dentro del período de investigación preliminar, se ha identificado que los procesos de adjudicación realizados por el **MSP** han sido realizados principalmente mediante el proceso de compras por excepción bajo la modalidad de proveedor único, lo que provoca que exista un alto nivel de concentración, pues los productos requeridos son principalmente de distribución exclusiva, con solo 1 o 2 distribuidores autorizados; que, en ese sentido, *a priori* podemos establecer que, por el lado de la oferta, existe un mercado concentrado, con estructura oligopólica;

CONSIDERANDO: Que estas circunstancias particulares de concentración de mercado y estructura oligopólica, así como la homogeneidad de los productos que distribuyen, favorecen que las empresas participantes en el mercado puedan concretizar acuerdos colusorios o prácticas concertadas, respecto de las ofertas y cantidades que van a presentar, si en relación al mismo no existen diferencias significativas;

CONSIDERANDO: Que, en el caso particular de los procesos licitatorios llevados a cabo por el **MSP** para el Programa de Medicamentos de Alto Costo, las características que deben

15 Los productos a ser adquiridos deben de contar con el aval de calidad de Agencias Reguladoras con reconocimiento internacional, tales como Food and Drug Administration (FDA) y European Medicines Agency (EMA), Agencia Canadiense, así como Agencias Reguladoras Regionales tales como: la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnologías Médicas (ANMAT), de Argentina; la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA) de Brasil, y otras agencias reguladoras las cuales cuentan con el reconocimiento de OMS/OPS;

16 Ibidem

17 Ibidem

18 Ob cit Informe Recomendación al Uso Mecanismo de la Excepción por la Modalidad de Proveedor Único



reunir los productos exigidos se encuentran predefinidas en las fichas técnicas de los procesos, sin que exista posibilidad de que se pueda ofrecer un producto distinto a éstos; que, en ese sentido, solo los oferentes que producen y distribuyen los medicamentos requeridos con carácter de exclusividad son los que pueden participar en los mismos;

CONSIDERANDO: Que, al respecto, la literatura económica señala que, los bienes que son poco sensibles al precio, como son los medicamentos, son de demanda inelástica o rígida. *En éstos pueden producirse grandes variaciones en los precios sin que los consumidores varíen las cantidades que demandan*, debido a la gran importancia de su suministro¹⁹;

CONSIDERANDO: Que, adicionalmente, desde una perspectiva de la oferta, la ausencia de sustitutos directos facilita que las empresas que conforman un oligopolio actúen “como si fuesen una sola empresa” a efectos de coordinar cotizaciones o propuestas económicas, ya que, ante un incremento de sus ofertas, los consumidores no tendrán otro producto con el cual sustituyan su demanda;

CONSIDERANDO: Que, del análisis de las características de los Medicamentos de Alto Costo (MAC) adquiridos por el **Ministerio de Salud Pública (MSP)** y del entorno en el cual participan las empresas oferentes de los mismos, se desprende que, durante el período 2019 a noviembre de 2020, ha existido un ambiente que podría haber facilitado que algunas de éstas hayan coordinado sus participaciones en los procesos licitatorios llevados a cabo por el **MSP**;

CONSIDERANDO: Que, el artículo 5 literal “b” de la Ley núm. 42-08, dispone que:

“Quedan prohibidas las prácticas, los actos, convenios y acuerdos entre agentes económicos competidores, sean estos expresos o tácitos, escritos o verbales, que tengan por objeto o que produzcan o puedan producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado. Se incluyen dentro de las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos las siguientes conductas:
[...]

b) Concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas”

CONSIDERANDO: Que las prácticas colusorias componen una de las prácticas más restrictivas de la libre competencia en la medida que suponen la coordinación de varios agentes económicos para eliminar o limitar la competencia;

CONSIDERANDO: Que, de manera particular, esta Dirección Ejecutiva ha podido identificar indicios de posibles prácticas colusorias prohibidas por el artículo 5, literal “b” de la Ley núm. 42-08 entre al menos cuatro (4) agentes económicos que participaron en procesos de compras de medicamentos de alto costo lanzados por el **MSP** durante el período enero 2019 – noviembre 2020 y que se encuentran habilitados en su mayoría para suministrar todos los rubros derivados del código UNSPSC²⁰ núm. 51000, relativo a “*medicamentos y productos farmacéuticos*”, a saber: **(i) OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.; (ii) DOCTORES MALLEN GUERRA S.A.; (iii) J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.; y, (iv) SUED & FARGESA, S.R.L.;**

19 Cfr. Manual Básico de Economía de Mercado, Disponible en línea, España, Junta de Andalucía, <http://www.juntadeandalucia.es/averroes/centroctic/14002996/helvia/aula/archivos/repositorio/250/271/html/economia/4/elasticidad-demanda.htm> <http://decon.edu.uy/publica/noec/>, ISBN 9974-0-0104-8.

20 Se refiere al código asignado a los productos y servicios en el mercado global por las Naciones Unidas, conforme su definición en inglés, las siglas se corresponden con la descripción de “United Nations Standard Products and Services Code” Disponible para consulta en el siguiente link: <https://www.ungm.org/Public/UNSPSC>



CONSIDERANDO: Que preliminarmente, han sido identificados patrones de conductas entre los referidos agentes económicos que sugieren la existencia de prácticas concertadas en los procesos de compras públicas analizados en los que dichas empresas participaron como oferentes; de manera general, se ha observado que en la mayoría de los procesos en los que participan los agentes económicos en cuestión, éstos parecieran haberse coordinado sobre los productos o cantidades ofertadas, con el propósito de no coincidir y con el posible fin de que cada agente económico resultara adjudicatario en cada uno de los procesos en que participaron;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, para este órgano instructor, dos indicios claros de modalidades de colusión se pueden extraer de los expedientes que fueron analizados relativos a compras públicas de Medicamentos de Alto Costo (MAC) adquiridos por el **Ministerio de Salud Pública (MSP)**, a saber: **(A)** Indicios de que algunos agentes económicos se reparten las cantidades de los productos a ofertar; e **(B)** Indicios de que algunos agentes económicos se reparten las ofertas por productos o lotes; de manera que todos resulten adjudicatarios en un mismo proceso;

CONSIDERANDO: Que, una vez identificados los referidos indicios, procede que esta Dirección Ejecutiva se refiera particularmente a cada uno de ellos a los fines de desglosar las prácticas en que consisten cada uno;

A. Indicios de repartición de las cantidades a ofertar

CONSIDERANDO: Que sobre este particular, tal como se había avanzado en párrafos anteriores, conforme las observaciones realizadas se ha podido identificar que en ciertos procesos, algunas de las empresas previamente identificadas parecen coordinar sus ofertas para participar exclusivamente por determinada cantidad de los productos solicitados, conforme la requisición o solicitud realizada por el **MSP**, de manera que puedan resultar todas adjudicatarias en la medida en que una oferta complementa la otra hasta completar las cantidades solicitadas por la entidad contratante en el proceso;

CONSIDERANDO: Que, de manera específica, este comportamiento relativo a la distribución de las cantidades de los productos ofertados se pudo observar en los procesos de compra del **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** de referencias **MISPAS-MAE-PEEN-2020-0116** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, por parte de las empresas **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y **DOCTORES MALLÉN GUERRA, S.A.**, tal y como se detalla a continuación:

1. Proceso MISPAS-MAE-PEEN-2020-0116

CONSIDERANDO: Que de conformidad con las informaciones que reposan en el Portal Transaccional, en fecha 23 de septiembre de 2020, el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** publicó la convocatoria a presentar ofertas en el proceso núm. **MISPAS-MAE-PEEN-2020-0116** para la “*Compra de medicamentos de alto costo*”, en el cual requirió los siguientes medicamentos en las siguientes cantidades, a saber: **(i)** 16,000 unidades de Tocilizumab de 200mg/10ml; **(ii)** 1,350 unidades de Tocilizumab de 80mg/4ml y; **(iii)** 3,600 unidades de Tocilizumab 162mg/0.9ml, para un monto total de RD\$358,141,000.00;



CONSIDERANDO: Que, de acuerdo con las informaciones consultadas en la citada plataforma del órgano rector de las compras y contrataciones públicas, en el citado proceso solo presentaron ofertas las empresas **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.** y **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.**;

CONSIDERANDO: Que una vez analizadas las ofertas económicas y los resúmenes de oferta disponibles en el Portal Transaccional de la página web de la **DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (DGCP)**, esta Dirección Ejecutiva verificó la existencia de coincidencias significativas en las ofertas de los referidos agentes económicos, destacándose el hecho de que ambas empresas ofertaron exactamente las mismas cantidades de los productos requeridos, es decir, tanto **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.** como **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** participaron justamente por la mitad de la cuantía de productos solicitados, a saber: **(i)** 8,000 unidades de Tocilizumab de 200mg/10ml; **(ii)** 575 unidades de Tocilizumab de 80mg/4ml; y **(iii)** 1,800 unidades de Tocilizumab 162mg/0.9ml, tal y como se puede observar en la **Ilustración 1**;

Ilustración 1. Ofertas económicas presentadas por Oscar A. Renta Negrón, S.A. y Doctores Mallen Guerra, S.A. que refleja la similitud exacta en las cantidades ofertadas

Item No.	Descripción del Bien, Servicio u Obra	Unidad de medida ¹	Cantidad ²	Precio Unitario	ITBIS	Precio Unitario Final
PEEN-01	TOCILIZUMAB 200 M/10 ML: VIAL X 10 ML	FRASCO AMPOLLA	8,000	19,150.00	N/A	19,150.00
PEEN-02	TOCILIZUMAB 80 M/4 ML: VIAL X 4 ML	FRASCO AMPOLLA	675	7,660.00	N/A	7,660.00
PEEN-03	TOCILIZUMAB 162 M/0.9 ML	JERINGA PRECARGADA	1,800	11,500.00	N/A	11,500.00

NOMBRE DEL OFERENTE: **OSCAR A. RENTA NEGRON, S.A.** Proveedor No.251

VALOR TOTAL DE LA OFERTA: RD\$179,070,500.00

NOMBRE DEL OFERENTE: **DRES. MALLEN GUERRA S.A.** OFERTA ECONÓMICA 02 de octubre del 2020

Item No.	Descripción del Bien, Servicio u Obra	Unidad de medida ¹	Cantidad ²	Precio Unitario	ITBIS	Precio Unitario Final
PEEN-01	Tocilizumab 200 mg/10ml; 1 vial x 10 ml	Frasco ampolla	8,000	19,150.00	N/A	19,150.00
PEEN-02	Tocilizumab 80 mg/4ml; 1 vial x 4 ml	Frasco ampolla	675	7,660.00	N/A	7,660.00
PEEN-03	Tocilizumab 162 mg/0.9 ml	Jeringa Precargada	1,800	11,500.00	N/A	11,500.00

VALOR TOTAL DE LA OFERTA: RD\$ 179,070,500.00

Fuente. Captura de pantalla de las ofertas económicas de Oscar A. Renta Negrón, S.A. y Doctores Mallen Guerra, S.A. disponibles en el Portal Transaccional de la página de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP).

CONSIDERANDO: Que, como se puede apreciar en la ilustración anterior, además de ofertar las mismas cantidades, las empresas **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.** y **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** ofrecieron dichos productos exactamente a los mismos precios, resultando ambas empresas adjudicatarias cada una por la mitad de la requisición del **MSP**;

2. Proceso MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002

CONSIDERANDO: Que este comportamiento relativo a la distribución equitativa de las cantidades ofertadas y la identidad de los precios ofertados por **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.** y **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** se replica en el proceso de compras **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**. En este caso, esta Dirección Ejecutiva pudo observar que



ambas empresas **ofrecieron los mismos productos** (con excepción de dos, a saber, Interferon Beta 1 y Emicizumab 30mg, que no fueron ofertados por **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.**²¹) y **por un mismo precio**. En la **Tabla 1** se puede apreciar en detalle los productos ofrecidos por los referidos agentes económicos y la coincidencia en sus precios;

Tabla 1. Cantidad y precios ofertados por Oscar A. Renta, S.A. y Doctores Mallen Guerra, S.A. que refleja la similitud exacta de sus ofertas económicas.

Oscar A. Renta Negrón, S.A.			Doctores Mallen Guerra, S.A.		
Producto	Cantidad	Precio Final	Producto	Cantidad	Precio Final
Atezolizumab 120mg/20ml	34	13,260,000.00	Atezolizumab 120mg/20ml	34	13,260,000.00
Bevacizumab 100mg/4ml	200	4,660,000.00	Bevacizumab 100mg/4ml	200	4,660,000.00
Bevacizumab 400mg/16ml	200	21,068,000.00	Bevacizumab 400mg/16ml	200	21,068,000.00
Dornasa Alfa 2.5mg/2.5ml	525	1,233,750.00	Dornasa Alfa 2.5mg/2.5ml	525	1,233,750.00
Erlotinib 150mg	1560	3,171,994.80	Erlotinib 150mg	1560	3,171,994.80
Pertuzumab 420mg/14ml	75	14,775,000.00	Pertuzumab 420mg/14ml	75	14,775,000.00
Rituximab 100mg/10ml	225	2,216,250.00	Rituximab 100mg/10ml	225	2,216,250.00
Rituximab 500mg/50ml	900	44,280,000.00	Rituximab 500mg/50ml	900	44,280,000.00
Trastuzumab 600mg/5ml	150	10,950,000.00	Trastuzumab 600mg/5ml	150	10,950,000.00
Emicizumab 30mg	360	39,600,000.00	Emicizumab 30mg	360	39,600,000.00
Ocrelizumab 300mg/10ml	122	53,802,000.00	Ocrelizumab 300mg/10ml	121	53,691,600.00
Valganciclovir 450mg	3000	2,940,000.00	Valganciclovir 450mg	2940	2,881,200.00

Fuente. Tabla elaborada por la Dirección Ejecutiva conforme los resúmenes y ofertas económicas disponibles en el Portal Transaccional de la página de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

CONSIDERANDO: Que, como se observa, en este proceso los agentes económicos nueva vez ofertaron **idénticas cantidades** de los medicamentos requeridos, con excepción de dos, y exactamente **a los mismos precios**, conducta que, al ser reiterada, pudiera demostrar un patrón de conducta de coordinación entre dichos agentes económicos, lo que supondría una violación al artículo 5, literal “b” de la Ley General de Defensa de la Competencia;

²¹ Conforme el Informe Técnico contentivo de la “Recomendación del Uso de la Excepción para el proceso de Adquisición de Productos Farmaceuticos para el Programa de Medicamentos de Alto Costo y Ayudas Directas, Por Excepción por la Modalidad de Proveedor Exclusivo, Periodo Octubre 2020-Mayo 2021 y Stock de Seguridad”, el producto Interferon Beta 1 es distribuido con carácter de exclusividad por los laboratorios Merck/ Dres. Mallén Guerra y el producto Emicizumab 30mg es distribuido exclusivamente por los laboratorios Roche/J. Oscar Renta Negrón y Mallén Guerra.



CONSIDERANDO: Que un producto específico en el que puede observarse la repartición de las cantidades de productos requeridos entre estas empresas es el caso del **Valganciclovir 450mg**, para el cual el **MSP** estaba solicitando 5,940 unidades y, aritméticamente precisos, los agentes económicos ofertaron como sigue: 3,000 unidades fueron ofertadas por la sociedad comercial **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y 2,940 unidades fueron ofertadas por la sociedad comercial **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.**, completando de esta manera el total del producto requerido por el **MSP**;

CONSIDERANDO: Que, en los dos procesos de compras descritos anteriormente, se observan indicios razonables de repartición de cantidades de los medicamentos ofertados y un posible acuerdo sobre los precios de los mismos, con el posible fin de suplir las ofertas del **MSP** sin necesidad de competir, lo cual, como se ha indicado, podría configurar una concertación o coordinación de ofertas contraria a la libre competencia por parte de las sociedades comerciales **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.**;

CONSIDERANDO: Que los comportamientos descritos cobran relevancia y despiertan las alarmas de esta Dirección Ejecutiva si se tiene en cuenta que, conforme las informaciones obtenidas del levantamiento realizado a través del Portal Transaccional y la revisión de los procesos de compras y contrataciones, ningún oferente tiene la posibilidad de conocer *ex ante*, vía dicha plataforma, la oferta de sus competidores; con lo cual resulta una rara coincidencia que en procesos como el citado, las ofertas de las empresas competidoras **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.** sean idénticas en cantidad y precio unitario o complementarias, comportamiento que constituye un indicio razonable de una posible colusión entre ambos agentes económicos;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, aun cuando se quisiera encontrar una justificación para dicho comportamiento sobre los argumentos de que es posible que los referidos agentes económicos no contaran con la totalidad de las unidades requeridas por el **MSP** y, con relación al precio, de que el monto del preventivo es previamente conocido por los oferentes, no deja de sorprender la coincidencia exacta en las cantidades ofertadas para completar la solicitud de la entidad contratante y peor aún, la coincidencia como se ha mencionado, incluso en decimales de los precios a los que las empresas ofertaron sus productos;

CONSIDERANDO: Que dicho de otro modo, para esta Dirección Ejecutiva no existe otra justificación razonable para tales coincidencias, que no sea la existencia de un acuerdo previo entre los competidores; pues aun cuando lo dicho en el párrafo que antecede sea la realidad de ambas empresas, si éstas estuvieran compitiendo era de esperarse que discreparan al menos en los precios ofertados, buscando presentar la oferta menos onerosa para el **MSP**, bajo el entendido de que aquella oferta más económica podría resultar adjudicataria para la provisión de mayores cantidades, cosa que no ocurrió;

CONSIDERANDO: Que, en ese sentido, en virtud de los indicios expuestos encontrados en los procesos de compra **MISPAS-MAE-PEEN-2020-0116** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, por parte de las empresas **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y **DOCTORES MALLEN GUERRA, S.A.**, procede que esta Dirección Ejecutiva inicie un procedimiento de investigación de oficio, por la posible comisión de prácticas concertadas o acuerdos anticompetitivos de acuerdo a lo establecido en el literal “b” del artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia;



B. Indicios de repartición de las ofertas por productos o lotes

CONSIDERANDO: Que, por otro lado, del análisis de los procesos de compras realizados por el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)**, este órgano instructor ha podido identificar otro patrón de comportamiento que tiene que ver con la aparente repartición de las ofertas por productos, es decir, que los agentes económicos se estarían distribuyendo los productos licitados, de manera que cada uno oferte un producto distinto sin que ninguno coincida;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, en algunos de los procesos analizados los agentes económicos participantes dejaron de ofrecer productos a pesar de haberse constatado que los han ofrecido en otros procesos de compras ante la misma entidad contratante, lo que evidencia que son empresas autorizadas y distribuidoras de dichos productos, por lo que no había razón aparente para que se abstuvieran de ofertar los mismos en tales procesos;

CONSIDERANDO: Que esto ha sido identificado por esta Dirección Ejecutiva en el marco de cuatro (4) procesos de compras llevados a cabo por el **MSP** durante el período enero 2019 – noviembre de 2020, a saber: **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013**, **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, lo que sugiere que dicho comportamiento es una práctica coordinada y recurrente entre las empresas en cuestión;

CONSIDERANDO: Que las empresas respecto de las cuales se configura el indicio de repartición de ofertas por productos o lotes, y que han participado en los citados procesos de compras y contrataciones son las siguientes, a saber: **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA, S.R.L.**;

1. Proceso MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003

CONSIDERANDO: Que el primer proceso respecto del cual esta Dirección Ejecutiva pudo identificar la existencia de indicios relativos a la repartición de ofertas por productos o lotes entre las empresas **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA, S.R.L.** es el proceso de compras **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, cuya convocatoria fue realizada en fecha 12 de junio de 2019 y, en el cual, el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** solicitó siete (7) lotes de medicamentos de alto costo, requiriendo para los lotes 3 y 4 exactamente los mismos productos y presentaciones, a saber: Etanercept 50mg; Palbociclib 125mg; Sunitinib 12.5mg; Sunitinib 25mg y Tofacitinib 5mg;

CONSIDERANDO: Que, a pesar de que en ambos lotes el **MSP** requirió, como se ha mencionado, exactamente los mismos productos y cantidades, los agentes económicos **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA, S.R.L.**, participaron cada uno ofertando los mismos productos y cantidades, pero para un lote distinto, tal y como se puede observar en el **Tabla 2**, resultando ambas empresas adjudicatarias para los lotes y cantidades en los cuales participaron;



Tabla 2. Distribución de ofertas por Lotes realizada por los agentes económicos.

MISPAS- CCC- PEEX- 2019- 0003	Lote	Medicina	J Gasso Gasso, S.A.S.	Sued & Fargesa, S.R.L.	
	Lote 3	ETANERCEPT 50mg		2052	
		PALBOCICLIB 125 mg		5565	
		SUNITINIB 12.5 mg		504	
		SUNITINIB 25 mg		1848	
		TOFACITINIB 5 mg		34260	
	Lote 4	ETANERCEPT 50mg			2052
PALBOCICLIB 125 mg				5565	
SUNITINIB 12.5 mg				504	
SUNITINIB 25 mg				1848	
TOFACITINIB 5 mg				34260	

Fuente. Tabla elaborada por la Dirección Ejecutiva basado en los resúmenes y ofertas económicas que se encuentran disponibles en el Portal Transaccional de la página de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

CONSIDERANDO: Que, por igual, en el referido proceso **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, se puede distinguir que los contratos suscritos entre **SUED & FARGESA, S.R.L.** y **J. GASSÓ GASSÓ, S.R.L.** poseen ambos el mismo valor, incluyendo los centavos, siendo este de RD\$93,686,337.45, lo cual se debe al hecho de que no solo estos agentes económicos ofertaron exactamente los mismos productos y las mismas cantidades, sino que también los ofertaron con los mismos precios;

CONSIDERANDO: Que, de acuerdo a las observaciones realizadas por esta Dirección Ejecutiva, lo ocurrido en este proceso entre las empresas **SUED & FARGESA, S.R.L.** y **J. GASSÓ GASSÓ, S.R.L.** con los cinco productos descritos, parece repetirse en por lo menos tres (3) procesos de compras posteriores ejecutados por el **MSP**, como se describe a continuación;

2. Proceso MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013

CONSIDERANDO: Que, en efecto, llama la atención de este órgano instructor el proceso de referencia **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013**, en el cual el **MSP** solicitó los productos **Tofacitinib 5mg** y **Etancerpt 50mg**, productos éstos respecto de los cuales ambas empresas son los distribuidores autorizados, según se desprende de la propia información incluida por la entidad contratante entre los documentos del proceso;²² sin embargo, ninguna de las empresas ofertó los dos medicamentos, sino que **SUED & FARGESA, S.R.L.** ofertó

²² Cfr. Informe Técnico de "Recomendación del uso de la excepción para el proceso de adquisición de productos farmacéuticas por la modalidad de proveedor exclusivo para el programa de Medicamentos de Alto Costo para el período octubre 2019-abril 2020 y stock de seguridad", elaborado en septiembre de 2019; incluido dentro de los documentos que conforman el expediente de compras de referencia MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013.

solo el **Tofacitinib 5mg**; mientras que **J. GASSÓ GASSÓ, S.R.L.** ofertó solamente el **Etancerpt 50mg**; resultando ambas empresas adjudicatarias, cada una por un producto distinto conforme con los contratos de adjudicación suscritos en fecha 5 de febrero de 2020;

CONSIDERANDO: Que, como se ve, en principio no existe justificación lógica o comercial que explique el hecho de que, siendo ambas empresas distribuidoras de los productos requeridos en el referido proceso, no ofertaran ambas la totalidad o mayoría de estos productos para maximizar así sus beneficios, máxime cuando no se trataba de cantidades exorbitantes las requeridas por el **MSP** en ese proceso en particular;

3. Proceso MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001

CONSIDERANDO: Que el mismo patrón de comportamiento se repite entre ambas empresas en el proceso de compras **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001**, convocado en fecha 22 de junio de 2020, donde el **MSP** vuelve a requerir, dentro de los productos solicitados para dicho proceso, los medicamentos denominados **Palbociclib 125mg**, **Sunitinib 12.5mg** y **Tofacitinib 5mg** pero nueva vez, las empresas en cuestión no participaron por todos los productos sino que ofertaron de manera distinta, a saber: **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** el primer medicamento y **SUED & FARGESA, S.R.L.** los dos últimos;

4. Proceso MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002

CONSIDERANDO: Que, finalmente, la conducta expuesta en los párrafos precedentes, vuelve a manifestarse entre los citados agentes económicos en el reciente proceso de compras lanzado por el **MSP** en fecha 8 de octubre de 2020, **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, en el cual, nuevamente participan tanto **SUED & FARGESA, S.R.L.** como **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.**, sin embargo, los productos **Etancerpt 50mg/20ml** y **Etancerpt 25mg** solo fueron ofertados por **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.**, a pesar de que en otros procesos, como se ha verificado anteriormente, **SUED & FARGESA, S.R.L.** lo ha ofertado e incluso suplido y de que, como también se ha mencionado, al igual que su competidora, es distribuidora autorizada de dicho producto;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, a pesar de que según se evidencia en las informaciones que reposan en los expedientes de compras de los citados procesos, el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** utiliza la modalidad de excepción basada en la existencia de proveedor único o proveedor exclusivo para la compra de los productos en cuestión, es posible advertir, a partir de los propios *“Informes de recomendación al uso de mecanismo de la excepción por la modalidad de proveedor exclusivo”* emitidos por el Comité de Compras de dicha entidad, que tanto **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** como **SUED & FARGESA, S.R.L.** son distribuidores autorizados de dichos productos, con lo cual se verifica que ambas empresas estaban en capacidad de ofertar y competir por la adjudicación de los mismos;

CONSIDERANDO: Que en ese sentido, estos procesos licitatorios en los que se hace uso de la excepción de proveedor único o exclusivo por parte de las entidades contratantes merecen especial atención, toda vez que dicha modalidad de contratación promueve condiciones favorables para la comisión de prácticas colusorias, en la medida en que al estar limitada la cantidad de agentes económicos que pueden participar en dichos procesos de compras, aumentan las probabilidades de que se efectúen acuerdos y prácticas concertadas entre éstos relativas a la repartición y abstención de ofertas entre las empresas del mercado,



así como para el monitoreo inter partes del comportamiento de los agentes económicos participantes en dichos acuerdos; lo que en los procesos que nos ocupan, tomando en consideración los indicios de hecho descritos anteriormente, hace imperante que **PRO-COMPETENCIA** investigue a profundidad el funcionamiento y condiciones de competencia existentes en los mismos;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, las situaciones observadas en los procesos de compras desglosados anteriormente se traducen en indicios razonables de una posible concertación de ofertas por parte de las empresas **SUED & FARGESA, S.R.L.** y **J. GASSÓ GASSÓ, S.R.L.** con relación a los medicamentos Etanercept 50mg, Palbociclib 125mg, Sunitinib 12.5mg, Sunitinib 25mg y Tofacitinib 5mg, solicitados por el **MSP** bajo la categoría de medicamentos de alto costo;

CONSIDERANDO: Que, en principio, no parece existir un comportamiento racional, desde el punto de vista de la maximización individual del beneficio que regularmente persiguen las empresas, por parte de los agentes económicos **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.**, toda vez que, teniendo la capacidad de ofertar y competir por medicamentos o lotes de medicamentos específicos de los cuales se verifica son distribuidores, de manera recurrente decidieron no hacerlo, pudiendo ello sugerir posibles abstenciones estratégicas por parte de dichas empresas con relación a los medicamentos: Etanercept 50mg, Palbociclib 125mg, Sunitinib 12.5, Sunitinib 25 mg y Tofacitinib 5mg, producto de una coordinación de ofertas;

CONSIDERANDO: Que la conducta descrita relativa a la distribución de las ofertas entre **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.** se verifica, como se ha mencionado, desde por lo menos el año 2019 en el que las empresas aparentan haberse repartido la oferta en función de los lotes de productos requeridos por el **MSP**; y ha continuado vigente durante el año 2020, con un patrón de conducta que ahora sugiere la repartición de los productos entre las empresas en cuestión, como se describe a continuación:

J GASSÓ GASSÓ, S.R.L.	SUED & FARGESA, S.R.L.
Etanercept 50mg	Palbociclib 125mg
Sunitinib 25mg	Tofacitinib 5mg

CONSIDERANDO: Que, en efecto, tal como ha sido desglosado oportunamente en la presente resolución, luego del proceso **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003** las empresas **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.** no han vuelto a coincidir en ofertar los mismos productos, sino que, reiteradamente, solo una ofrece determinados medicamentos;

CONSIDERANDO: Que, del análisis de las irregularidades existentes en las ofertas presentadas por parte de las sociedades comerciales **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.** en los procesos de compras **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013**, **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, esta Dirección Ejecutiva ha podido derivar la existencia de indicios razonables relacionados con la presunta repartición de productos o lotes de productos por parte de estos agentes económicos; por lo que, procede que este órgano instructor inicie un procedimiento de investigación de oficio, por la posible comisión de prácticas concertadas o acuerdos anticompetitivos de acuerdo a lo establecido en el literal “b” del artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia en contra de las empresas **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.**



SUED & FARGESA S.R.L., por posible concertación y abstención en ofertas en los procesos de compras ya mencionados;

CONSIDERANDO: Que, en efecto, tal como se observó en los procesos licitatorios anteriormente descritos, cada una de estas ofertas aparenta complementar a la otra, en el sentido de que pareciera que los agentes económicos se pusieron de acuerdo para decidir cuándo ofertar un producto y cuándo abstenerse de participar por dicho medicamento;

CONSIDERANDO: Que en virtud de todo lo expuesto a lo largo de la presente resolución, esta Dirección Ejecutiva cuenta con indicios claros y razonables para ordenar el inicio de un procedimiento de investigación circunscrito a los procesos de compras públicas de **Medicamentos de Alto Costo (MAC)** adquiridos por el **Ministerio de Salud Pública (MSP)** en el marco del Programa de Medicamentos de Alto Costo y Ayudas Médicas Directas, en los cuales se ha evidenciado una posible coordinación de ofertas entre los agentes económicos que detallamos a continuación, lo cual podría configurar una infracción pasible de sanción a la luz de lo dispuesto en los artículos 5, literal “b” y 61 de la Ley núm. 42-08. A saber:

1. Los agentes económicos **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y **DOCTORES MALLEN GUERRA S.A.** por la presunta repartición de las cantidades ofertadas de los productos Atezolizumab 120mg, Bevacizumab 100mg/4ml, Bevacizumab 400mg/16ml, Dornasa Alfa 2.5mg/2.5ml, Erlotinib 150mg, Ocrelizumab 300mg/10ml, Pertuzumab 420mg/14ml, Rituximab 100mg/10ml, Rituximab 500mg/50ml, Trastuzumab 600mg/5ml, Valganciclovir 450mg, Emicizumab 30mg, Tocilizumab 200 mg/10ml, Tocilizumab 80 mg/4ml y Tocilizumab 162 mg/0.9 ml, en el marco de los procesos **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002** y **MISPAS-MAE-PEEN-2020-0116**; y,
2. Los agentes económicos **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.** por la presunta repartición y abstención de ofertas de los productos Etanercept 50mg, Palbociclib 125mg, Sunitinib 12.5, Sunitinib 25 mg y Tofacitinib 5mg, en el marco de los procesos **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013**, **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**;

CONSIDERANDO: Que, como ha establecido **PRO-COMPETENCIA** en su Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente aumentan significativamente el riesgo de colusión porque facilita la asignación de contratos entre los miembros de un acuerdo colusorio (rotación del ganador);

CONSIDERANDO: Que, este tipo de colusión en las licitaciones públicas “[...] aparte de quitarles recursos a terceros (y en definitiva a los contribuyentes en el caso de compras públicas), estas prácticas desalientan la entrada de rivales, disminuyen la confianza pública en el proceso competitivo y socavan los beneficios de un mercado competitivo”²³;

CONSIDERANDO: Que, esta Dirección Ejecutiva, considera necesario reafirmar la especial importancia que despierta la comisión de prácticas anticompetitivas realizadas en los

²³ Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS), *Combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas en México*, OCDE, 2011, p. 19. Disponible en: http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report_Spanish_FINAL.pdf



procesos de licitaciones públicas, ello debido a que, como bien ha establecido el **Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual** del Perú, estas pueden promover consecuencias negativas como lo son:

“(i) Implican un gasto ineficiente de los fondos públicos, ocasionando así que se paguen precios elevados artificialmente. Este incremento de gastos desvía los escasos fondos públicos de usos alternativos orientados al cumplimiento de las necesidades esenciales de la colectividad.

(ii) Lo anterior se agrava cuando el objeto de la contratación estatal se encuentra referido a un bien de suma relevancia para la población y que podría poner en riesgo su salud. En particular, estas prácticas pueden ocasionar un perjuicio mayor cuando comprometen el abastecimiento medicinal en los hospitales estatales.

(iii) Afectan la dinámica del proceso competitivo y distorsionan las condiciones del mercado, evitando así el ingreso o la permanencia de otros agentes económicos”²⁴

CONSIDERANDO: Que los indicios razonables de existencia de posibles prácticas colusorias en los procesos de licitaciones públicas para la compra de Medicamentos de Alto Costo (MAC) requeridos por el Ministerio de Salud Pública (MSP) en el marco del Programa de Medicamentos de Alto Costo y Ayudas Médicas Directas, por parte de las sociedades comerciales **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.**; **DOCTORES MALLÉN GUERRA S.A.**; **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.**, pueden dar lugar a la presentación de un Informe de Instrucción por parte de esta Dirección Ejecutiva de conformidad con el artículo 43, numeral 1, de la Ley núm. 42-08, el cual, una vez sometido al Consejo Directivo de **PRO-COMPETENCIA**, pudiese tener como consecuencia la imposición de una sanción en los términos del artículo 61 y siguientes de la Ley, en caso de acreditarse la existencia de prácticas concertadas o acuerdos anticompetitivos a la luz del artículo 5, literal “b” de la Ley núm. 42-08;

CONSIDERANDO: Que, adicionalmente, haciendo acopio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha interpretado que:

“En casos particularmente complejos sobre infracciones a la libre competencia, no es necesario caracterizar a las conductas investigadas como acuerdos o prácticas concertadas, **debido a que ambos conceptos comprenden formas de colusión que tienen la misma naturaleza y solo pueden distinguirse entre sí por su intensidad y por las formas en que estos se manifiestan en la realidad**”²⁵;

CONSIDERANDO: Que en el sentido anterior, en esta etapa del procedimiento no es imprescindible distinguir si las conductas a ser investigadas en el marco del citado artículo 5 de la Ley núm. 42-08 pudieran caracterizar de manera precisa un acuerdo anticompetitivo o una práctica concertada, en el entendido de que ambas son formas de colusión y en consecuencia, el intento de efectuar una tipificación preliminar de la conducta resultaría infructuoso para los fines del proceso; máxime cuando por disposición de la Ley núm. 42-08, la calificación jurídica de los hechos debe ser presentada en el informe a ser remitido al Consejo Directivo una vez instruido el expediente, en caso de que, culminada la

²⁴ Resolución núm. 1167-2013/SDC-INDECOPI, de fecha 15 de julio del año 2013, correspondiente al expediente 002-2008/CLC, de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú, apartado 50.

²⁵ INDECOPI, Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, de fecha 12 de octubre de 2016, párrafo 98.



investigación, la Dirección Ejecutiva entienda que se han acreditado las conductas en cuestión y que por ende el expediente tiene mérito para ser sometido al órgano decisorio;

CONSIDERANDO: Que, en virtud de todo lo expuesto, el objeto del procedimiento de investigación que se ordena en la presente resolución, es determinar la existencia de cualquier acto o conducta de coordinación o concertación que podría configurar la práctica anticompetitiva prevista en el literal “b” artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, presuntamente realizadas por parte de las sociedades comerciales **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.**; **DOCTORES MALLÉN GUERRA S.A.**; **J GASSO GASSO, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.** en el marco de los procesos de compras **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013**, **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001**, **MISPAS-MAE-PEEN-2020-116** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, de conformidad con los indicios razonables que han sido descritos en el cuerpo de la presente resolución;

CONSIDERANDO: Que, por su naturaleza jurídica, la resolución de esta Dirección Ejecutiva que da inicio a un procedimiento de investigación en el marco de las disposiciones de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, constituye un acto administrativo de trámite, y en tanto que tal, no admite recurso ulterior pues “*en la mayoría de los casos no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas*”²⁶; y “*(...) como su nombre lo indica, son actos que dan impulso a la actuación preliminar de la administración (...)*”²⁷, como ha sido reconocido por la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo de la República Dominicana²⁸;

VISTA: La Constitución de la República Dominicana vigente, proclamada en fecha 13 de junio de 2015;

VISTA: La Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, que crea la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA)**, promulgada en fecha 16 de enero de 2008;

VISTA: La Ley de los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, promulgada en fecha 6 de agosto de 2013;

VISTA: La Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones;

VISTO: El Decreto núm. 252-20 del Poder Ejecutivo que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08;

VISTA: La Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública emitida por **PRO-COMPETENCIA**;

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta, Sentencia T-945/09, de 16 de diciembre de 2009, p. 32. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-945-09.htm>

²⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁸ *Cfr.* Presidencia del Tribunal Superior Administrativo de la República Dominicana, Sentencia núm. 0030-2017, Expediente número 0030-2017-ETSA-01194, de fecha 13 de octubre de 2017, párrafos 7 y 8, en la cual se reconoció como un “acto de trámite” a la Resolución de inicio de investigación de un caso.



VISTA: La comunicación del **Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MISPAS)** marcada con el código de recepción núm. C-0328-2020 y sus anexos, donde hacen remisión de copias de expedientes correspondientes a varios procesos de compras ejecutados por el **MISPAS**, y solicitados por la Dirección Ejecutiva mediante comunicación DE-IN-2020-0274;

**LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA),
EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES LEGALES,**

RESUELVE:

PRIMERO: ORDENAR el inicio de un **PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO** circunscrito a diversos **Procesos de Compras Públicas de “Medicamentos de Alto Costo”** adquiridos por el **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)** en el marco del Programa de Medicamentos de Alto Costo y Ayudas Directas, durante el período enero 2019 – noviembre 2020, en virtud de la existencia de hechos que constituyen indicios razonables de prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos, tipificadas en el literal “b” del artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 como prácticas restrictivas de la competencia, en particular: **(i)** La presunta repartición de las cantidades de los productos ofertados en los procesos **MISPAS-MAE-PEEN-2020-0116** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002** por parte de las sociedades comerciales **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.** y **DOCTORES MALLÉN GUERRA S.A.**; y **(ii)** La presunta repartición de ofertas por productos o lotes en los procesos **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0003**, **MISPAS-CCC-PEEX-2019-0013**, **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0001** y **MISPAS-CCC-PEEX-2020-0002**, por parte de las sociedades comerciales **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.**, conforme ha sido descrito y desarrollado en el cuerpo de la presente resolución.

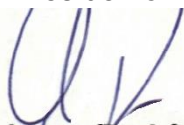
SEGUNDO: DISPONER que el período del procedimiento de investigación ordenado en el ordinal “Primero” que antecede, comenzará a contar a partir de la notificación de esta resolución y, en ese sentido, esta Dirección Ejecutiva podrá practicar todas las medidas de instrucción y recabará todos los medios de pruebas establecidos en la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, que sean necesarios a tales fines.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a los agentes económicos **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.**; **DOCTORES MALLÉN GUERRA S.A.**; **J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L.**; al **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP)**, a la **DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (DGCP)** y al **CONSEJO DIRECTIVO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)**, así como su publicación en el portal Web que esta institución mantiene en la Internet, a los fines de que cualquier parte con interés legítimo pueda participar en el procedimiento o aportar información que contribuya con la investigación que se ordena.



CUARTO: INFORMAR a las sociedades comerciales **OSCAR A. RENTA NEGRÓN, S.A.; DOCTORES MALLEN GUERRA S.A.; J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.** y **SUED & FARGESA S.R.L** que, en resguardo de su derecho de defensa y de conformidad con el literal "b" del artículo 44 de la Ley núm. 42-08, la notificación de la presente resolución constituye el emplazamiento formal al agente económico presuntamente responsable de conductas tipificadas por la Ley, por lo que se les otorga un plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución para el depósito de su escrito de contestación contentivo de los argumentos y elementos de juicio que consideren necesarios para descartar o rechazar los indicios que motivaron la presente resolución.

Dada en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día treinta (30) del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020).



Jhorlenny Rodríguez Rosario
Directora Ejecutiva

