

**CONSEJO DIRECTIVO DE LA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(PRO-COMPETENCIA)**

RESOLUCIÓN NÚM. 010-2021

QUE DECIDE SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚM. 003-2019 DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA), CON MOTIVO DE LA OBSERVACIÓN DE INDICIOS RAZONABLES DE PRACTICAS CONTRARIAS A LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, NÚM. 42-08 POR PARTE DE LOS AGENTES ECONÓMICOS PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., CONSISTENTES EN LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS CONCERTADAS Y ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN LA COMERCIALIZACIÓN, VENTA Y/O DISTRIBUCIÓN DE MEDICAMENTOS DE LA MARCA GLAXOSMITHKLINE (GSK) EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.

El Consejo Directivo de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA** (en lo adelante "**PRO-COMPETENCIA**") en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 promulgada el 16 de enero de 2008 y publicada en Gaceta Oficial núm. 10458 de fecha 25 de enero de 2008 (en lo adelante, "Ley núm. 42-08" o por su nombre completo), reunido válidamente previa convocatoria, dicta a unanimidad de votos la presente **RESOLUCIÓN**:

Para una comprensión más clara del presente acto administrativo, hemos organizado su contenido de la manera siguiente

ÍNDICE TEMÁTICO

Pág.

Contenido

I. Antecedentes de hecho	4
A) Fase de inicio del procedimiento de investigación	4
B) Fase de instrucción del procedimiento de investigación	5
i) SUED & FARGESA	6
ii) J. GASSÓ GASSÓ	8
iii) PROFARMA INTERNACIONAL	11

iv) MERCANTIL FARMACÉUTICA.....	14
v) GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA (GSK)	16
vi) Instituciones del Estado	18
vii) Otras actuaciones en la etapa de instrucción.....	19
C) Fin de la etapa de instrucción.....	21
D) Procedimiento ante este Consejo Directivo.....	23
E) Alegatos finales y conclusiones de las partes	46
i) Sobre la decisión in voce con respecto a la solicitud de inclusión y valoración de documentos probatorios aportados por PROFARMA INTERNACIONAL en la fase decisoria del proceso	46
ii) Conclusiones al fondo del proceso presentadas por las partes	51
II. Consideraciones de Derecho	61
A) Competencia	62
B) Objeto del presente proceso.....	62
C) Aspectos preliminares o Incidentales en el fondo del proceso	63
i) PROFARMA INTERNACIONAL	64
ii) SUED & FARGESA	73
iii) MERCANTIL FARMACÉUTICA y PROFARMA INTERNACIONAL	77
iv) J. GASSÓ GASSÓ	79
D) Aspectos de fondo.....	86
i) Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución	86
ii) Delimitación de las supuestas prácticas concertadas	88
iii) Sobre la necesidad de definición o no del mercado relevante para el caso de prácticas concertadas.....	101
iv) Sobre las imputaciones presentadas por la Dirección Ejecutiva y los hechos acreditados	107
v) Sobre las alegadas prácticas concertadas.....	112
vi) Estimación del daño y cuantificación de la multa	129
vii) En caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta	149
viii) Sobre el cese inmediato de la conducta.....	150
ix) Sobre el plan de desmonte de las conductas sancionadas	151
F) Sobre el impacto social de los medicamentos	152
G) La ética en los negocios y el Derecho de la competencia	154
III. Parte dispositiva.....	157
IV. Votos particulares	163
A) VOTO RAZONADO DE LA PRESIDENTA DEL CONSEJO DIRECTIVO, YOLANDA MARTÍNEZ Z.	163

B) VOTO RAZONADO POR EL MIEMBRO DEL CONSEJO DIRECTIVO 167
VÍCTOR EDDY MATEO VÁSQUEZ..... 167

I. Antecedentes de hecho

SUMARIO:

Este procedimiento administrativo sancionador inició con una investigación de oficio de la Dirección Ejecutiva que culminó con la presentación del informe de instrucción en fecha 15 de enero de 2019, donde consideró que existían indicios razonables de prácticas contrarias a la Ley núm. 42-08, por parte de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., consistentes en la realización de prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos en la comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GlaxoSmithKline (GSK) en la República Dominicana. Como resultado de esto y luego de las ponderaciones de lugar, el Consejo Directivo dictó la Resolución núm. 003-2019 en fecha 22 de febrero de 2019, donde dio formal inicio al procedimiento administrativo que nos ocupa. A partir de ello, se presentaron y discutieron las pruebas de lugar, todos los agentes económicos presentaron sus argumentos en fase de pruebas, como en fase de fondo.

El procedimiento administrativo sancionador establecido en la Ley núm. 42-08 y en la Ley núm. 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo (en lo adelante Ley núm. "107-13") está compuesto de varias fases, siendo cada una fundamentales para que el órgano decisor se edifique, valore y pondere en su justa medida los argumentos y los elementos probatorios que son planteados por el órgano instructor y por los agentes económicos presuntamente responsables. En ese sentido, y estando el presente procedimiento administrativo sancionador, en la etapa de conclusiones de la fase decisoría, procederemos a enunciar las cuestiones de hecho atinentes al mismo.

A) Fase de inicio del procedimiento de investigación

1. La Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA (en lo adelante "Dirección Ejecutiva") inició una investigación de oficio mediante resolución núm. DE-003-2018, de fecha 9 de febrero de 2018, por medio de la cual se "ordena el inicio del 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 el mercado de medicamentos en la República Dominicana", a los fines de comprobar la existencia de posibles prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos tipificados en el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 que pudiesen estar

afectando el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca *GlaxoSmithKline* a nivel nacional.

2. A raíz de lo anterior fueron realizadas diversas actuaciones por el órgano instructor, con el objetivo de sustanciar el expediente y validar los supuestos que motivaron el inicio de la investigación. Procederemos en lo adelante a mencionar y detallar las mismas.

B) Fase de instrucción del procedimiento de investigación

3. Luego de dictada la referida resolución núm. DE-003-2018 y en cumplimiento del numeral tercero de la misma, fueron notificados los agentes económicos que según la investigación preliminar realizada por la Dirección Ejecutiva, tenían participación en el supuesto cartel, es decir PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L.¹ (en lo adelante "PROFARMA INTERNACIONAL"), SUED & FARGESA, S.R.L.² (en lo adelante "SUED & FARGESA"), J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S.³ (en lo adelante "J. GASSÓ GASSÓ") y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A.⁴ (en lo adelante "MERCANTIL FARMACÉUTICA"), y se les otorgó un plazo de 20 días hábiles para el depósito del escrito de contestación y de sus medios de pruebas.⁵

4. Así mismo fue notificada la sociedad comercial GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A. (en lo adelante "GSK")⁶, en calidad de productor de medicamentos de la marca *GlaxoSmithKline* en nuestro país.

5. Siendo así las cosas, la Dirección Ejecutiva procedió a sustanciar el expediente y a recolectar medios probatorios para determinar la existencia o no de las posibles prácticas concertadas, y las partes a aportar los medios para su defensa, así como a realizar requerimientos de información y otras actuaciones procesales, según se detalla a continuación. Para mayor facilidad se han agrupado las actuaciones procesales por agente económico; luego nos referiremos a las actuaciones del órgano instructor con otras instituciones públicas y con otros agentes que participan en el mercado investigado.

¹ Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional, identificada con el número DE-IN-2018-0122, de fecha 9 de febrero de 2018.

² Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa, identificada con el número DE-IN-2018-0123, de fecha 9 de febrero de 2018.

³ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó, identificada con el número DE-IN-2018-0124, de fecha 9 de febrero de 2018.

⁴ Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica, identificada con el número DE-IN-2018-0125, de fecha 9 de febrero de 2018.

⁵ Según lo establecido por la Dirección Ejecutiva en el informe de instrucción cuando fue iniciado el presunto cartel participaban los agentes económicos investigados en virtud de la Resolución núm. DE-003-2018, es decir Profarma Internacional, Sued & Fargesa, J. Gassó Gassó y Mercantil Farmacéutica, y fue luego en el año 2018 cuando se encontraron elementos probatorios de la asistencia de Kettle Sánchez & Co, S.A., a una de las reuniones programadas por dicho cártel. Vid. Informe de instrucción, pp. 118, punto 371.

⁶ Vid. Comunicación dirigida a GSK, identificada con el número DE-IN-2018-0126, de fecha 12 de febrero de 2018.

i) SUED & FARGESA

6. El 21 de febrero de 2018, SUED & FARGESA depositó ante la Dirección Ejecutiva el documento titulado "Escrito de contestación a la resolución 003-2018", por medio del cual presentó sus medios de defensa ante la notificación de la Resolución núm. DE-003-2018.⁷

7. Posteriormente, el 24 de abril de 2018 fue invitado por la Dirección Ejecutiva a participar en una reunión con el propósito de conocer algunos detalles sobre su funcionamiento y operaciones en el mercado objeto de investigación. Esta reunión se realizó el 9 de mayo de 2018.

8. Así mismo, la Dirección Ejecutiva el 1 de julio de 2018 procedió a enviar una solicitud de información y documentación relevante en ocasión del procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución núm. DE-003-18, a SUED & FARGESA.⁸ Lo cual fue reiterado el 7 de septiembre de 2018, ya que no había recibido respuesta del requerimiento anterior⁹. En respuesta a la referida solicitud el 14 de septiembre de 2018, el referido agente económico depositó ante la Dirección Ejecutiva múltiples documentos.¹⁰

9. Después de verificar la información suministrada, el 28 de septiembre de 2018, la Dirección Ejecutiva solicitó aclaraciones a SUED & FARGESA con respecto a las informaciones recibidas,¹¹ lo cual fue respondido por dicho agente económico en fecha 10 de octubre de 2018, mediante un documento titulado "DEPÓSITO DE ACLARACIÓN SOBRE INFORMACIÓN SUMINISTRADA AL TENOR DE LA RESOLUCIÓN NO. 003-2018."¹²

⁷Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-095-18 de fecha 21 de febrero de 2018.

⁸Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa, identificada con el número DE-IN-2018-0901 de fecha 1º de julio de 2018.

⁹Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa, identificada con el número DE-IN-2018-1044 de fecha 7 de septiembre de 2018.

¹⁰Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-692-18, de fecha 14 de septiembre de 2018.

¹¹Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa, identificada con el número DE-IN-2018-1136 de fecha 28 de septiembre de 2018.

¹²Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-771-18 de fecha 10 de octubre de 2018.

10. Por otro lado, el 7 de noviembre de 2018, la Dirección Ejecutiva solicitó a este Consejo Directivo autorización para practicar una diligencia probatoria consistente en una visita de inspección a las oficinas principales de SUED & FARGESA, exponiendo en su requerimiento que había “tenido acceso a informaciones y documentos que permiten presumir que SUED & FARGESA, ha promovido reuniones en sus instalaciones relativas a la realización de acuerdos orientados a establecer las condiciones de comercialización de los productos de GLAXOSMITHKLINE (GSK) con sus competidores, lo cual podría configurar una de las conductas contrarias a la competencia, de conformidad con el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 [...]”¹³. Esto fue respondido en la misma fecha en la sesión ordinaria celebrada por este Consejo Directivo autorizando al órgano instructor a requerir la autorización judicial correspondiente para acceder con auxilio del Ministerio Público a las instalaciones de SUED & FARGESA, con el fin de obtener y asegurar medios de prueba relacionados con la presunta comisión de infracciones a la Ley núm. 42-08.

11. En virtud de lo anterior, el 19 de noviembre de 2018, en cumplimiento del procedimiento legal establecido, la Dirección Ejecutiva procedió a depositar ante la Procuradora Fiscal del Distrito Nacional, una “Solicitud de tramitación de autorización judicial ante el Juez Coordinador de los Juzgados de la Instrucción del Distrito Nacional, con el objeto de realizar diligencias probatorias establecidas en el artículo 42 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08”¹⁴. En fecha 12 de diciembre de 2018, la mencionada solicitud de diligencias probatorias fue acogida, emitiéndose a tal efecto la Orden Judicial de Allanamiento identificada con el núm. 0025-DICIEMBRE-2018.¹⁵

¹³Vid. Memorándum Interno identificado con el número DE-IN-2018-1200 de fecha 7 de noviembre de 2018.

¹⁴Cfr. Solicitud de tramitación de autorización judicial ante el Juez Coordinador de los Juzgados de la Instrucción del Distrito Nacional de fecha 19 de noviembre de 2018, pp. 14

¹⁵En el dispositivo de la orden judicial consta lo siguiente:

“PRIMERO: AUTORIZAR a la LCDA. (sic) PAOLA PIEDAD VASQUEZ PÉREZ, Procuradora Fiscal Adjunta del Distrito Nacional, adscrita al Departamento de Investigaciones Especiales, proceder a realizar allanamiento en la siguiente dirección: en la Avenida Máximo Gómez, núm. 17, esquina Ramón Santana, Distrito Nacional, lugar donde se encuentran las oficinas de la (sic) instalaciones de la entidad SUED & FARGESA, S.R.L., donde el Ministerio Público pretende encontrar copias de libros, documentos y registros contables y corporativos, medios electrónicos, como computadoras, memorias USB, discos duros y portátiles, etc., en virtud de una investigación por supuesta violación del artículo 42 (sic) de la Ley No. 42-08 General de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO: Se pone en conocimiento a la fiscal actuante, proceder conforme a las disposiciones del artículo 183 del Número Procesal Penal.

TERCERO: ORDENAR que, para la ejecución de la presente Orden de Allanamiento, se establece el horario diurno, así como un plazo de quince (15) días, que vencido este plazo quedan sin efecto los términos de la misma.”

12. Como resultado de lo anterior, el 13 de diciembre de 2018, fue realizada la inspección en las instalaciones de SUED & FARGESA,¹⁶ de cuya visita fueron obtenidos los documentos e informaciones que se recogen en el Acta de Entrega Voluntaria de Objetos de fecha 13 de diciembre de 2018 y sus anexos, levantada en presencia del Ministerio Público, debidamente representado por el Procurador Fiscal del Distrito Nacional, tal como ordena la autorización judicial de allanamiento núm. 0028-Diciembre 2018, del Juez Coordinador de los Juzgados de la Instrucción del Distrito Nacional, emitida en fecha de 12 de diciembre de 2018.¹⁷

13. Finalmente el 21 de diciembre de 2018, SUED & FARGESA, consultó las carpetas físicas del expediente y solicitó copias del mismo, en virtud de lo cual la Dirección Ejecutiva procedió a entregarle un disco compacto (CD) con todo el expediente, concluyendo con esto las actuaciones de dicho agente en la fase de instrucción.¹⁸

ii) J. GASSÓ GASSÓ

14. De igual forma que los demás agentes económicos, en fecha 9 de febrero de 2018 la Dirección Ejecutiva procedió a notificar la Resolución núm. DE-003-2018¹⁹, otorgándole un plazo de 20 días hábiles para que J. GASSÓ GASSÓ presentara su escrito de contestación contentivo de sus argumentos y medios de defensa. El 14 de febrero de 2018, el agente económico envió una comunicación mediante la cual confirmó la recepción del referido acto administrativo y solicitó una cita para que le fueran aclaradas ciertas inquietudes que tenía con respecto al mismo.²⁰ El 16 de febrero de 2018, es decir, dos días después de realizada la solicitud por el agente económico, parte del equipo de la Dirección Ejecutiva se reunió con representantes de J. GASSÓ GASSÓ a los fines requeridos.

¹⁶ La citada visita fue realizada en compañía de la Procuradora Fiscal del Distrito Nacional adscrita al Departamento de Investigaciones Especiales de la Fiscalía del Distrito Nacional como la Subdirectora de Defensa de la Competencia de la Dirección Ejecutiva. El 17 de diciembre de 2018, la Dirección Ejecutiva recibió la Certificación de Entrega de Documentos, suscrita por la Procuradora Fiscal del Distrito Nacional adscrita al Departamento de Investigaciones Especiales de la Fiscalía del Distrito Nacional. Los documentos recibidos fueron los indicados a continuación: **a)** Acta de Entrega Voluntaria de Objetos de fecha 13 de diciembre de 2018, y **b)** Correos electrónicos de fechas: (i) 10 de diciembre de 2015 –que incluye cadena de intercambio electrónico de fechas 10 y 9 de diciembre de 2015 y 24 de noviembre de 2015- relativo al asunto “Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23/11/2015”; (ii) 13 de diciembre de 2017, con el asunto “REUNION LINEA GLAXO CONSUMO”, con cadena de confirmaciones; (iii) 24 de enero de 2018 -que incluye cadena de intercambio electrónico de fechas 24 y 23 de enero de 2018 - con el asunto “REUNION LÍNEA GLAXO CONSUMO.2018”; y (iv) 26 de enero de 2018 -que incluye cadena de intercambio electrónico de fechas 26 y 23 de enero de 2018-- con el asunto “REUNION LÍNEA GLAXO CONSUMO.2018”

¹⁷ Vid. Acta de entrega Voluntaria de Objeto, artículo 139 del Código Procesal Penal, de fecha 13 de diciembre de 2018.

¹⁸ Vid. Acuse de recibo entrega de documentos a nombre de Sued & Fargesa, de fecha 21 de diciembre de 2018.

¹⁹ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número C-101-18, recibida en fecha 22 de febrero de 2018. Folio 62.

²⁰ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-082-18 de fecha 14 de febrero de 2018.

15. En esa misma fecha, al finalizar la reunión, J. GASSÓ GASSÓ depositó una comunicación por medio de la cual le solicitó a la Dirección Ejecutiva que le fuera entregado el *screening* (estudio) del mercado de medicamento de fecha 31 de enero de 2018 y una copia de la grabación de audio de la reunión que habían sostenido.²¹ En fecha 19 de febrero de 2018, este requerimiento fue respondido, haciendo la aclaración de que el “*screening*” le sería entregado atendiendo a la reserva de confidencialidad establecida en la Resolución núm. DE-004-2018.²²

16. El 22 de febrero de 2018, J. GASSÓ GASSÓ depositó una nueva comunicación por medio de la cual le solicitó a la Dirección Ejecutiva las informaciones sobre el supuesto hecho punible, el sustento del mismo y los indicios²³, siendo respondidas sus inquietudes por la Dirección Ejecutiva el 5 de marzo de 2018.²⁴

17. Por otro lado, el 9 de marzo de 2018 J. GASSÓ GASSÓ depositó una solicitud²⁵ de prórroga para la presentación de su escrito de contestación a la Resolución núm. DE-003-2018, ²⁶ la cual fue otorgada²⁷ y, en cumplimiento al plazo otorgado, en fecha 4 de abril de 2018²⁸, el citado agente económico depositó el “Escrito Inicial de Contestación contentivo de los argumentos y medios de defensa respecto al procedimiento de investigación de oficio del mercado de medicamentos en la República Dominicana, dispuesto por la Resolución núm. DE-003-2018, por supuestos indicios de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, no. 42-08.”²⁹ Asimismo, en el referido documento solicitó copia de los escritos de contestación presentados en ocasión del procedimiento de referencia.³⁰

18. El 5 de abril de 2018, la Dirección Ejecutiva respondió este pedimento de entrega de escritos de contestación, indicando a J. GASSÓ GASSÓ que la solicitud planteada no procedía por ser extemporánea y susceptible de comprometer negativamente los resultados de la investigación, por la etapa procesal en que se encontraba el procedimiento.³¹

²¹ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-093-18 de fecha 16 de febrero de 2018.

²²Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0159 de fecha 19 de febrero de 2018.

²³Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-101-18, de fecha 22 de febrero de 2018.

²⁴Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0231, de fecha 2 de marzo de 2018.

²⁵ Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-137-18, de fecha 9 de marzo de 2018.

²⁶Vid. Comunicación dirigida a José Alfredo Rizek Vidal y Jessica Arthur Jiménez, abogados apoderados de J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0270, de fecha 13 de marzo de 2018.

²⁷El 13 de marzo de 2018 la Dirección Ejecutiva le remitió una comunicación al agente económico, otorgándole un plazo adicional de quince días (15) para el depósito de sus medios. Cfr. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0270, de fecha 12 de marzo de 2018.

²⁸Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-192-18, de fecha 4 de abril de 2018.

²⁹Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-192-18, de fecha 4 de abril de 2018.

³⁰Ibid, p. 13.

³¹Cfr. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0342, de fecha 5 de abril de 2018.

19. El 11 de abril de 2018, J. GASSÓ GASSÓ se trasladó a las instalaciones de PRO-COMPETENCIA a los fines de solicitar acceso al expediente, el cual le fue otorgado y luego de revisarlo requirió oralmente copia de la comunicación de fecha 23 de febrero de 2018, remitida por GSK a la Dirección Ejecutiva con ocasión de la Resolución núm. DE-003-2018, la cual le fue inmediatamente entregada.³²

20. El 24 de abril de 2018 la Dirección Ejecutiva invitó a J. GASSÓ GASSÓ a participar en una reunión, a los fines de conocer algunos detalles sobre el funcionamiento y operaciones de éstas en el mercado objeto de investigación.³³ Esta reunión fue posteriormente celebrada en fecha 15 de mayo de 2018.

21. El 25 de julio de 2018, J. GASSÓ GASSÓ solicitó acceso al expediente y luego de revisar el mismo, requirieron copia de varios de los documentos, los cuales les fueron entregados inmediatamente, según consta en acuse de recibo que reposa en el expediente, firmado el referido representante legal.³⁴

22. El 1 de agosto de 2018, la Dirección Ejecutiva procedió a enviar una solicitud de información y documentación relevante al citado agente económico,³⁵ la cual fue respondida por este, el 28 de agosto 2018.³⁶

23. De igual forma, el 6 de septiembre de 2018, solicitaron acceso al expediente y luego de la revisión, requirieron copias de varios de los documentos, entregándose las mismas de manera inmediata según consta en acuse de recibo que reposa en el expediente.³⁷

24. Por otro lado, el 19 de octubre de 2018, J. GASSÓ GASSÓ depositó sus resúmenes públicos de las informaciones y documentos declarados confidenciales mediante la Resolución núm. DE-061-2018, de fecha 10 de octubre de 2018.³⁸

25. Los días 7³⁹ y 23⁴⁰ de noviembre de 2018, J. GASSÓ GASSÓ solicitó acceso al expediente y luego de revisar el mismo, requirió copias de varios de los documentos contenidos en éste, las cuales les fueron entregadas según consta en acuse de recibido que reposa en el expediente.

³²Acuse de recibo de fecha 11 de abril de 2018 con relación a la solicitud de fotocopia de la comunicación C-106-18.

³³Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0399, de fecha 24 de abril de 2018.

³⁴Vid. Acuse de recibo de comunicación dirigida a Rizek Abogados, referente a entrega de fotocopias de los documentos caso 002-18-O de fecha 25 de julio de 2018.

³⁵Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-0900, de fecha 1º de agosto de 2018.

³⁶Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-641-18, recibida en fecha 28 de agosto de 2018.

³⁷Vid. Acuse de recibo de fecha 6 de septiembre de 2018.

³⁸Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-793-18, de fecha 19 de octubre de 2018.

³⁹Vid. Acuse de recibo de fecha 7 de noviembre de 2018.

⁴⁰ Vid. Acuse de recibo de fecha 23 de noviembre de 2018.

26. En cumplimiento con lo dispuesto a la Ley núm. 42-08 en su artículo 44 literal “d”⁴¹, el 18 de diciembre de 2018, la Dirección Ejecutiva le notificó a J. GASSÓ GASSÓ la finalización de la investigación y le informó que le otorgaba un plazo de 10 días, contados a partir del 20 de diciembre de 2018, para que formulara sus alegatos respecto a las pruebas presentadas.⁴²

27. El 21 de diciembre de 2018, J. GASSÓ GASSÓ, consultó el expediente y solicitó copias del mismo, por lo que le fue entregado por la Dirección Ejecutiva un disco compacto (CD) contentivo de una copia digital de todo el expediente.

28. Finalmente, el 8 de enero de 2019, J. GASSÓ GASSÓ, depositó el “Escrito contentivo de los alegatos y medios de defensa relativos a las pruebas recabadas en el expediente correspondiente al procedimiento de investigación de oficio del mercado de medicamentos en la República Dominicana dispuesto por la resolución núm. DE-003-2018 de fecha 9 de febrero de 2018, por supuestos indicios de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, No. 42-08⁴³”, concluyendo con esto sus actuaciones en la etapa de instrucción.

iii) PROFARMA INTERNACIONAL

29. En fecha 9 de febrero de 2018, la Dirección Ejecutiva notificó la Resolución núm. DE-003-2018⁴⁴, otorgándole un plazo de 20 días hábiles para depositar sus alegaciones respecto del proceso de investigación iniciado. Para la fecha 2 de marzo de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL depositó una comunicación respondiendo a lo anterior y depositando también varios documentos en sustento de sus argumentos.⁴⁵

⁴¹ Cfr. Ley núm. 42-08, artículo 44 “d”: De los plazos y etapas del procedimiento de instrucción. Para el conocimiento y tramitación de casos previstos en esta ley, se observará el siguiente procedimiento en la fase de instrucción:

d) Una vez aportados los medios de pruebas, la Dirección Ejecutiva podrá fijar plazo que no exceda de diez (10) días hábiles para que las partes o el agente económico objeto de la investigación, formulen sus alegatos sobre las pruebas presentadas;

⁴² Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número DE-IN-2018-1405 de fecha 18 de diciembre de 2018.

⁴³ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-015-19 recibida en fecha 8 de enero de 2019.

⁴⁴ Vid. Comunicación identificada con el número DE-IN-2018-0122 de fecha 9 de febrero de 2018.

⁴⁵ Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-119-18 de fecha 2 de marzo de 2018, titulada “respuesta a notificación de la Resolución núm. DE-003-2018, emitida en fecha 9 de febrero de 2018.

30. El 23 de abril de 2018 la Dirección Ejecutiva invitó⁴⁶ al referido agente económico a visitar la institución con el propósito de conocer algunos detalles sobre su funcionamiento y sus operaciones en el mercado investigado, reunión que se realizó el 14 de mayo de 2018, finalizada esta se procedió a levantar el acta correspondiente. Consecuencia de lo anterior, el 18 de mayo de 2018, la Dirección Ejecutiva convocó a la citada sociedad comercial para que sea agotado el procedimiento de firma, lo cual fue realizado en fecha 24 de mayo de 2018 en las instalaciones de PRO-COMPETENCIA.⁴⁷

31. Por otro lado, el 25 de mayo de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL solicitó una prórroga para presentar su escrito de contestación respecto de la investigación.⁴⁸

32. Consecuencia de lo anterior, el 11 de junio de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL depositó sus medios de defensa y varios documentos.⁴⁹

33. Luego de esto, el 28 de agosto de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL depositó por ante la Dirección Ejecutiva una comunicación solicitando lo siguiente: “PRIMERO: Que se nos otorgue una prórroga de treinta (30) días hábiles al plazo conferido mediante oficio DE-IN-2018-0904, con fecha de 31 de julio de 2018, a los fines de continuar los ejercicios de compilación, reproducción y entrega de la información solicitada por dicha entidad, dentro del marco del procedimiento de investigación ordenado a través de DE-003-2018; SEGUNDO: Que en virtud del volumen de información de que se trata y como medida alternativa, dicha Dirección Ejecutiva tenga a bien disponer la realización de una auditoría a los archivos de PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L., con cargo a PROCOMPETENCIA, a los fines de que dicha entidad, dentro de sus facultades legales, inspeccione in situ (*sic*) toda la información que sea necesaria para la conclusión de su procedimiento de investigación.”⁵⁰

⁴⁶ Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional, identificada con el número DE-IN-2018-0398 de fecha 23 de abril de 2018, la cual fue rechazada en los términos siguientes: “(...) en los casos en que un agente económico entienda que dicho plazo [refiriéndose al plazo previsto en el artículo 44, literal “b” de la Ley núm. 42-08] pueda resultar insuficientes para la presentación de su escrito de contestación, puede solicitar a esta Dirección Ejecutiva una prórroga antes de su vencimiento, lo cual no sucedió en la especie, por lo que en este momento resulta improcedente acoger la solicitud formular por PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L., de que se le otorgue un plazo adicional para presentar un escrito de contestación a la Resolución núm. DE-003-2018.”

⁴⁷ Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica, identificada con el número DE-IN-2018-0491 de fecha 18 de mayo de 2018.

⁴⁸ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-351-18 de fecha 25 de mayo de 2018.

⁴⁹ Comunicación identificada con el número de recepción C-400-18, de fecha 11 de junio de 2018, titulada “Escrito de Posición con ocasión de procedimiento de investigación” Asimismo, documentos depositados fueron: 1) Poder Especial de representación otorgado por Profarma Internacional a su abogada, en fecha 5 de junio de 2018; 2) Estados Financieros de Profarma Internacional al 31 de diciembre de 2017; y 3) Cuadro que contiene el detalle de utilidades netas de las operaciones de Profarma Internacional sobre los productos de GSK.

⁵⁰ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-642-18, de fecha 28 de agosto de 2018.

34. Esto fue respondido el 29 de agosto de 2018 por la Dirección Ejecutiva, indicando que “en aras de agilizar la diligencia en cuestión, tiene a bien optar la alternativa propuesta en el ordinal “SEGUNDO” de su comunicación, y en este sentido, en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 42 de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, efectuar la inspección voluntaria solicitada por ustedes, a las instalaciones de PROFARMA INTERNACIONAL (...) con el objeto de recabar información y documentación relevante relacionada con el procedimiento de investigación iniciado mediante la citada Resolución núm. DE-003-2018 (...).”⁵¹

35. Posteriormente, el 4 de septiembre de 2018, a los fines de recolectar informaciones y documentos, parte del personal de la Dirección Ejecutiva visitó las instalaciones de PROFARMA INTERNACIONAL, de conformidad con la solicitud efectuada previamente por dicha sociedad en fecha 29 de agosto de 2018.

36. En seguimiento a la visita realizada por la Dirección Ejecutiva, el 6 de septiembre de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL, depositó mediante correo electrónico, el documento titulado “Estado de Resultado 2017”, el cual, según documentación que reposa en el expediente, había quedado pendiente de ser provisto a la Dirección Ejecutiva durante la citada inspección de fecha 4 de septiembre de 2018.

37. Asimismo, el 15 de octubre de 2018, la Dirección Ejecutiva recibió copia del acta y la compulsión original del Acta de Inspección efectuada a PROFARMA INTERNACIONAL, en fecha 4 de septiembre de 2018, levantada por Notario Público y registrada en el Ayuntamiento del Distrito Nacional.⁵²

38. Concluyendo con esta etapa el 18 de diciembre de 2018, de conformidad con el literal “d” del artículo 44 de la Ley núm. 42-08, le fue notificado a PROFARMA INTERNACIONAL por parte de la Dirección Ejecutiva, la finalización de la investigación, y que se le otorgaba un plazo de 10 días, contados a partir del 20 de diciembre de 2018, para que formulara sus alegatos respecto a las pruebas presentadas. Esto fue respondido el 24 de diciembre de 2018 en el documento titulado “Escrito de Conclusiones con ocasión del Procedimiento de Investigación.”⁵³

⁵¹Cfr. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número DE-IN-2018-0993, de fecha 29 de agosto de 2018.

⁵²Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-784-18, de fecha 15 de octubre de 2018.

⁵³Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-971-18, recibida en fecha 24 de diciembre de 2018.

39. El 8 de enero de 2019, la Dirección Ejecutiva remitió⁵⁴ a PROFARMA INTERNACIONAL, una comunicación mediante la cual le solicitaba informaciones con respecto a un documento que no fue depositado en el escrito del 24 de diciembre de 2018, pero que constaba descrito en sus anexos. Luego el agente económico respondió el 9 de enero de 2019 depositando una "copia íntegra e inextensa del Escrito de posición con ocasión de procedimiento de investigación, depositado por PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L., ante la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, el día 11 de junio de 2018."⁵⁵ Concluyendo con esto las actuaciones procesales de PROFARMA INTERNACIONAL en la etapa de instrucción.

iv) MERCANTIL FARMACÉUTICA

40. En cuanto a MERCANTIL FARMACÉUTICA el 9 de marzo de 2018, depositó su escrito de Contestación a la resolución núm. DE-003-2018 y varios documentos,⁵⁶ en respuesta a la notificación realizada en fecha 9 de febrero de 2018, medio de la cual se le puso en conocimiento de la Resolución DE-003-2018.

41. Al igual que los demás agentes económicos, el 24 de abril de 2018, MERCANTIL FARMACÉUTICA, fue invitada a participar en una reunión con el propósito de conocer algunos detalles sobre su funcionamiento y sus operaciones en el mercado investigado.⁵⁷

42. Por otro lado el 2 de mayo de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA depositó un documento titulado "Contestación comunicación DE-IN-2018-0401, del día 23 de abril de 2018, en relación a la citación para participar en reunión en ocasión al procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución núm. DE-003-18", en el cual solicitó a la Dirección Ejecutiva "(...) el archivo de esta investigación de oficio por ante esta administración, ya que han vencido los plazos establecidos en la ley para continuar con el proceso de investigación, así como también venció el plazo para el envío del Informe de Instrucción al Consejo Directivo."⁵⁸

⁵⁴ Cfr. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número DE-IN-2018-1424, de fecha 8 de enero de 2019.

⁵⁵Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-023-19, de fecha 9 de enero de 2018.

⁵⁶Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-136-18, de fecha 9 de marzo de 2018. De igual forma, mediante la referida comunicación también suministraron un poder de representación de dicha sociedad comercial a sus abogados para la representación en el proceso de investigación, así como la copia de sus cédulas.

⁵⁷ Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número DE-IN-2018-0401, de fecha 24 de abril de 2018.

⁵⁸ Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-281-18, de fecha 2 de mayo de 2018.

43. Esto fue respondido mediante comunicación del 10 de mayo de 2018 de la Dirección Ejecutiva por medio de la cual le indicó por un lado que los plazos a los que hizo referencia no eran aplicables, por lo que la solicitud de archivo del expediente era improcedente en esa fase del procedimiento y por otro lado que había tomado nota de su confirmación para asistir a la reunión del día jueves 17 de mayo de 2018.⁵⁹

44. Luego de esto, el 15 de mayo de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA depositó una comunicación con el título: "Contestación a comunicación DE-IN-2018-0442 del día 9 de mayo de 2018" reiterando su solicitud de archivo del expediente⁶⁰. Lo cual fue nueva vez respondido el 25 de junio de 2018, por el órgano instructor reiterando la improcedencia de dicha solicitud.⁶¹

45. Siendo así las cosas el 17 de mayo de 2018 parte del equipo de la Dirección Ejecutiva se reunió con la sociedad comercial MERCANTIL FARMACÉUTICA a los fines de tratar aspectos relativos a su funcionamiento y sus operaciones en el mercado investigado.

46. En atención a lo anterior, el 21 de mayo de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA solicitó⁶² a la Dirección Ejecutiva la confidencialidad total del informe de la entrevista indicada, por considerar que contenía secretos comerciales que podrían producirle un daño. Respondiendo esto el 12 de junio de 2018 el órgano instructor le informó que mediante la Resolución DE-037-2018, se había aprobado de oficio la confidencialidad de los informes de entrevistas realizadas por la Dirección Ejecutiva en el marco de los procedimientos de investigación, razón por la cual le otorgó un plazo de 5 días a MERCANTIL FARMACÉUTICA para que presentara la versión pública del informe de entrevista.⁶³

47. El 15 de junio de 2018, el agente económico dio respuesta a este requerimiento y remitió la versión pública del informe de la entrevista que le fuera realizada el 17 de mayo de 2018.⁶⁴

48. El 21 de agosto de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA, depositó una comunicación ante el órgano instructor solicitando un plazo adicional de quince (15) días hábiles para dar cumplimiento al requerimiento de información que le fuera realizado por dicho órgano⁶⁵. En atención a esto, el 23 de agosto de 2018 la Dirección Ejecutiva le dio respuesta a su solicitud, concediéndole el plazo adicional requerido.⁶⁶

⁵⁹Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada como DE-IN-2018-0641, de fecha 25 de junio de 2018.

⁶⁰Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-314-18, de fecha 15 de mayo de 2018.

⁶¹Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada como DE-IN-2018-0641, de fecha 25 de junio de 2018.

⁶²Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-332-18, de fecha 21 de mayo de 2018.

⁶³Cfr. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica, identificada con el número DE-IN-2018-0604, de fecha 12 de mayo de 2018.

⁶⁴Comunicación identificada con el número de recepción C-423-18, de fecha 11 de junio de 2018.

⁶⁵Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-622-18, de fecha 21 de agosto de 2018.

⁶⁶Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica, identificada con el número DE-IN-2018-1404, de fecha 18 de diciembre de 2018.

49. Consecuentemente, el 19 de septiembre de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA, realizó el depósito de documentos previamente solicitados por la Dirección Ejecutiva mediante comunicación DE-IN-2018-0903.

50. En atención al anterior requerimiento, en fecha 5 de octubre de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA procedió a depositar un documento titulado "Depósito de Documento de Aclaración solicitado mediante comunicación DE-IN-2018-1151, con relación al procedimiento de investigación iniciado por esta Comisión mediante Resolución DE-IN-003-2018 (sic)."⁶⁷

51. Por otro lado, el 18 de diciembre de 2018, de conformidad con el literal "d" del artículo 44 de la Ley núm. 42-08, la Dirección Ejecutiva notificó a MERCANTIL FARMACÉUTICA la finalización de la investigación, informando que le otorgaba un plazo de diez (10) días, contados a partir del 20 de diciembre de 2018, para que formulara sus alegatos respecto a las pruebas recolectadas por el órgano instructor.

52. En respuesta a lo anterior, en fecha 19 de diciembre de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA solicitó ante la Dirección Ejecutiva, una prórroga, al plazo de diez (10) días otorgados⁶⁸. Esta solicitud fue respondida por la Dirección Ejecutiva en fecha 21 de diciembre de 2018, informando las razones que imposibilitaron la extensión del plazo máximo de diez (10) días para que se pronunciara sobre las pruebas recabadas.⁶⁹

53. Posteriormente, el 20 de diciembre de 2018 MERCANTIL FARMACÉUTICA consultó expediente administrativo y solicitó copias del mismo, en virtud de lo cual le fue entregado por la Dirección Ejecutiva un disco compacto (CD) con copia digital del mismo.⁷⁰

54. Por último, el 7 de enero de 2019 MERCANTIL FARMACÉUTICA depositó su "Escrito de contestación en torno a las pruebas presentadas", concluyendo con esto con sus actuaciones procesales en esa etapa.⁷¹

v) GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA (GSK)

55. El 23 de febrero de 2018, GSK envió acuse de recibo de la notificación de la Resolución núm. DE-003-2018 y se reiteró a la disposición para colaborar con PRO-COMPETENCIA en el procedimiento de investigación en el mercado de medicamentos de la marca *Glaxosmithkline*.⁷²

⁶⁷Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-763-18, de fecha 5 de octubre de 2018.

⁶⁸Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-959-18, de fecha 19 de diciembre de 2018.

⁶⁹Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número DE-IN-2018-1416 de fecha 21 de diciembre de 2018.

⁷⁰Vid. Acuse de recibo de fecha 20 de diciembre de 2018, a nombre de Mercantil Farmacéutica.

⁷¹Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-013-19, de fecha 7 de enero de 2019.

⁷²Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-106-18, de fecha 23 de febrero de 2018.

56. Posteriormente, el 22 de mayo de 2018 el órgano instructor convocó a una reunión a GSK, en calidad de fabricante de los productos que componen el mercado objeto de la investigación. Esto fue respondido el 23 de mayo de 2018, indicando al órgano instructor que podría asistir a la reunión convocada.⁷³

57. En tal sentido, el 29 de mayo de 2018, fue realizada una reunión entre la Dirección Ejecutiva y GSK, la cual versaba sobre el funcionamiento y las operaciones de esta en el mercado investigado.

58. Así mismo, el 1ro. de julio de 2018, el órgano instructor le envió una solicitud de información y documentación relevante, en ocasión del procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución núm. DE-003-2018.⁷⁴

59. En respuesta a lo anterior el 28 de agosto de 2018, GSK depositó ante la Dirección Ejecutiva una comunicación titulada como: "Respuesta a carta de solicitud de información y documentación relevante en ocasión al procedimiento de investigación iniciado mediante la Resolución No. DE-003-2018 de la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA."⁷⁵

60. El 11 de septiembre de 2018 el órgano instructor le remitió a GSK una comunicación solicitando aclaraciones con respecto a la comunicación indicada ut supra.⁷⁶ Esto fue respondido el 25 de septiembre de 2018 mediante el depósito de documentación relativa a las aclaraciones solicitadas por la Dirección Ejecutiva.⁷⁷

61. Posteriormente, el 3 de octubre de 2018 GSK solicitó que fueran declarados confidenciales por tiempo indefinido los documentos que había aportado el 28 de agosto de 2018, mediante comunicación titulada "Respuesta a comunicación Referencia DE-IN-2018-1112 y Recurso de Reconsideración sobre el período de confidencialidad establecido en la Resolución No. DE-056-2018 de la Dirección ejecutiva de Pro-Competencia de fecha 18 de septiembre de 2018."⁷⁸

⁷³Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-345-18, de fecha 23 de mayo de 2018.

⁷⁴Vid. Comunicación dirigida a GSK, identificada con el número DE-IN-2018-0902, de fecha 1º de julio de 2018.

⁷⁵Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-643-18, de fecha 28 de agosto de 2018.

⁷⁶Cfr. Comunicación dirigida a GSK, identificada con el número DE-IN-2018-1056, de fecha 11 de septiembre de 2018.

⁷⁷Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-732-18, de fecha 25 de septiembre de 2018.

⁷⁸Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-753-18, de fecha 3 de octubre de 2018.

62. Consecuentemente fue emitida por la Dirección Ejecutiva el 29 de octubre de 2018, la resolución núm. DE-063-2018, "Que decide sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por la sociedad comercial GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A., en fecha 3 de octubre de 2018, contra la Resolución núm. DE-056-2018, emitida por la Dirección Ejecutiva en fecha 18 de septiembre de 2018", por medio de la cual fue acogida la solicitud de declaratoria de confidencialidad de modo permanente.⁷⁹

vi) Instituciones del Estado

63. El 19 de febrero de 2018 fue notificada al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (en lo adelante "MISPAS")⁸⁰ y a la Dirección General de Medicamentos y Productos Sanitarios (en lo adelante "DIGEMAPS")⁸¹, la resolución núm. DE-003-2018.

64. Por otro lado, el 17 de mayo de 2018, la Dirección Ejecutiva vía la Oficina de Acceso a la Información (OAI) del MISPAS realizó una solicitud sobre la existencia o no de alguna normativa o cualquier tipo de regulación, que estableciera márgenes de ganancia sobre las ventas de medicamentos.

65. Esto fue respondido por DIGEMAPS el 5 de junio de 2018, suministrando una copia fotostática del acuerdo suscrito en fecha 5 de febrero de 1972 entre el MISPAS (en ese entonces Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social), la Asociación de Representantes y Agentes de Productos Farmacéuticos INC. y la Asociación de Dueños de Farmacias.

⁷⁹La referida resolución estatuye en su parte dispositiva lo siguiente:

"PRIMERO: ACOGER en cuanto a la forma el Recurso de Reconsideración interpuesto por GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A., en fecha 3 de octubre de 2018, concerniente al periodo de confidencialidad establecido en la Resolución número DE-056-2018 de la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, emitida en fecha 18 de septiembre de 2018, por cumplir con los requisitos formales establecidos en la normativa vigente.

SEGUNDO: ACOGER en cuanto al fondo el Recurso de Reconsideración interpuesto por GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A., en fecha 3 de octubre de 2018, en lo concerniente al periodo de confidencialidad establecido en la Resolución núm. DE-056-2018, de la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, emitida en fecha 18 de septiembre de 2018, de conformidad con los argumentos vertidos en el cuerpo de la presente resolución, y en consecuencia MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la precitada Resolución núm. DE-056-2018, para que en lo adelante se lea de la siguiente manera:

"SEGUNDO: DISPONER, por tanto, que las informaciones y documentos indicados en el numeral anterior, y suministrados a esta Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA por la sociedad comercial por GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A., en fecha 28 de agosto de 2018, sean catalogados como confidenciales de forma permanente, según ha sido solicitado por dicha sociedad comercial."

TERCERO: DISPONER la notificación de la presente resolución a GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, S.A., y de igual forma, PUBLICAR en el portal institucional."

⁸⁰ Vid. Comunicación dirigida al Ministerio de Salud Pública identificada con el número DE-IN-2018-0155, de fecha 19 de febrero de 2018.

⁸¹ Vid. Comunicación dirigida a la Dirección General de Medicamentos y Productos Sanitarios, identificada con el núm. DE-IN-2018-0156, de fecha 19 de febrero de 2018.

66. El 29 de junio de 2018, la Dirección Ejecutiva solicitó al MISPAS información respecto de la vigencia y las modalidades de vigilancia o mecanismos de cumplimiento del referido acuerdo⁸². Respondiendo el 13 de agosto de 2018 DIGEMAPS indicando que el acuerdo no estaba vigente.⁸³

67. Por otro lado, el 23 de octubre de 2018, la Dirección Ejecutiva envió una solicitud de información y documentación relevante a la Oficina Nacional de Estadística (en lo adelante **ONE**), con el objetivo de "(...) analizar efectivamente las condiciones de competencia que existen en el mercado objeto de investigación (...)." ⁸⁴ Esto fue respondido el 29 de octubre de 2018, por la ONE en el documento titulado "Cantidad de establecimientos dedicados a actividades farmacéuticas 2014-2015."⁸⁵

vii) Otras actuaciones en la etapa de instrucción

68. El 15 y 17 de agosto de 2018, la Dirección Ejecutiva convocó a KETTLE, SÁNCHEZ Y CO, S.A.⁸⁶ (en lo adelante "KETTLE, SÁNCHEZ Y CO") y UNIÓN DE FARMACIAS, INC.⁸⁷ (en lo adelante "UNIÓN DE FARMACIAS") para que en calidad de agentes económicos participantes en el mercado objeto de la investigación pudiesen exponer su funcionamiento y las operaciones que realiza en este.

69. En respuesta a esta solicitud el 21 de agosto de 2018, UNIÓN DE FARMACIAS remitió una comunicación exponiendo las razones por las cuales consideraba que no tenía base para aportar las informaciones requeridas e informando que no asistirá a la reunión a la que había sido convocada. ⁸⁸ En atención a lo anterior, el órgano instructor el 24 de agosto de 2018 le remitió una comunicación a la UNIÓN DE FARMACIAS solicitando información relevante.⁸⁹

70. El 24 de agosto de 2018, la Dirección Ejecutiva, sostuvo una reunión con KETTLE, SÁNCHEZ Y CO para tratar aspectos concernientes al funcionamiento y operaciones de ésta en el mercado de medicamentos de la marca *GlaxoSmithKline*. En seguimiento a la precitada reunión el 29 de agosto de 2018, el órgano instructor le realizó a dicho agente económico una solicitud de documentación e información.⁹⁰

⁸² Comunicación dirigida al MISPAS identificada como DE-IN-2018-0653 de fecha 29 de junio de 2018.

⁸³Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-594-18 de fecha 13 de agosto de 2018.

⁸⁴Cfr. Comunicación dirigida la ONE, identificada con el número DE-IN-2018-1208, de fecha 23 de octubre de 2018.

⁸⁵ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-815-18, de fecha 29 de octubre de 2018.

⁸⁶Vid. Comunicación dirigida a Kettle Sánchez y Co, identificada con el número DE-IN-2018-0944, de fecha 15 de agosto de 2018.

⁸⁷Vid. Comunicación dirigida a la Unión de Farmacias, identificada con el número DE-IN-2018-0943, de fecha 17 de agosto de 2018.

⁸⁸ Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-623-18, de fecha 21 de agosto de 2018.

⁸⁹ Vid. Comunicación dirigida a la Unión de Farmacias, identificada con el número DE-IN-2018-0985, de fecha 24 de agosto de 2018.

⁹⁰Vid. Comunicación dirigida a Kettle Sánchez y Co, identificada con el número DE-IN-2018-0991, de fecha 29 de agosto de 2018.

71. El 3 de septiembre de 2018, el órgano instructor convocó a una reunión a UNIÓN COMERCIAL CONSOLIDADA, S.A. (en lo adelante “UNIÓN COMERCIAL”), en su calidad de agente económico participante en el mercado objeto de investigación, a los fines de conocer el funcionamiento y operaciones de este en el mercado en cuestión. Esta reunión fue posteriormente celebrada en fecha 7 de septiembre de 2018.

72. Como respuesta a un requerimiento previo de información por parte de la Dirección Ejecutiva, en fecha 5 de septiembre de 2018 KETTLE SÁNCHEZ & CO aportó los siguientes documentos:”1) Correo electrónico relacionado con el asunto “acuerdos comerciales de la línea de consumo de GlaxoSmithKline en República Dominicana; 2) Contrato de Distribución suscrito entre KETTLE, SÁNCHEZ & CO; S.A. y GLAXOSMITHKLINE (GSK); 3) Listado de precios promedios de compra de los productos GLAXOSMITHKLINE (GSK).”⁹¹

73. En otro orden, el 12 de septiembre de 2018 el órgano instructor solicitó al Departamento de Registro Mercantil de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, una copia del Certificado de Registro Mercantil de UNIÓN COMERCIAL.⁹² El 17 de septiembre de 2018 fue respondida esta solicitud y recibido por el órgano instructor el referido Certificado conjuntamente con las anotaciones e inscripciones que reposaban en él.

74. Así mismo, el 28 de septiembre de 2018 la Dirección Ejecutiva, convocó a una reunión con GRUPO CAROL, S.A.S (en lo adelante “FARMACIA CAROL”), para que en su calidad de agente económico participante en el mercado de medicamentos en República Dominicana, pudiese aportar información sobre el funcionamiento y operaciones de dicho mercado⁹³. Esta entrevista fue realizada en fecha 10 de octubre de 2018.

75. En ese mismo sentido, el 23 de octubre de 2018, la Dirección Ejecutiva convocó a una reunión las entidades comerciales FARMACIA MEDICAR GBC, S.R.L. (en lo adelante “GBC”) ⁹⁴ y LOS HIDALGOS, S.A.S (en lo adelante “FARMACIA LOS HIDALGOS”) ⁹⁵, agentes económicos participantes en el mercado objeto de investigación, a los fines de conocer el funcionamiento y operaciones de éstos en el mercado en cuestión. Estas reuniones fueron celebradas en fechas 30 y 31 de octubre de 2018 respectivamente.

⁹¹Cfr. Comunicación identificada con el número de recepción C-667-18, de fecha 5 de septiembre de 2018.

⁹² Vid. Comunicación dirigida a Unión Comercial, identificada con el número DE-IN-2018-1061 de fecha 12 de septiembre de 2018.

⁹³ Comunicación dirigida a Farmacia Carol, identificada con el número DE-IN-2018-1131 de fecha 28 de septiembre de 2018.

⁹⁴ Vid. Comunicación dirigida a GBC, identificada con el número DE-IN-2018-1203 de fecha 23 de octubre de 2018.

⁹⁵ Vid. Comunicación dirigida a Farmacia los Hídalgos, identificada con el número DE-IN-2018-1202 de fecha 23 de octubre de 2018.

76. Por otro lado, el 31 de octubre de 2018, el órgano instructor convocó a una reunión a las sociedades comerciales ALMACENES GURABO, S.R.L (GURABO FARMACÉUTICA)⁹⁶ y GRUPO FÁRMACO ORIENTAL, S.R.L. (en lo adelante "GRUPO FÁRMACO")⁹⁷, para que en calidad de agentes económicos participantes en el mercado investigado. Estas reuniones fueron celebradas en fecha 7 de noviembre de 2018.

77. El 2 de noviembre de 2018, la Dirección Ejecutiva convocó a una reunión a FARMACIA VALUE RD, S.R.L.⁹⁸ (en lo adelante "FARMA VALUE"), en su calidad de agente económico participante en el mercado de los medicamentos en República Dominicana, a los fines de conocer el funcionamiento y operaciones de este en el mercado en cuestión.

78. En fechas 7 y 8 de noviembre de 2018 fueron convocados a una reunión los agentes económicos DISTRIBUIDORA GRUPO 10, S.R.L. (GRUPO 10)⁹⁹ y GRUPO FARMAHORRO, S.R.L. (en lo adelante "FARMAHORRO")¹⁰⁰ respectivamente, a los fines de que en la precitada calidad se pronunciaran al funcionamiento y operaciones de este en el mercado objeto de investigación.

79. Posteriormente, en fechas 20, 21 y 22 de noviembre de 2018, parte del equipo de la Dirección Ejecutiva, entrevistó a los agentes económicos FARMA VALUE, GRUPO FÁRMACOS DEL NORTE y FARMAHORRO, respectivamente, donde se trataron aspectos relativos al funcionamiento y operaciones de dichas empresas en el mercado investigado.

C) Fin de la etapa de instrucción

80. Consecuencia de lo anterior en fecha 15 de enero de 2019, la Dirección Ejecutiva presentó a este Consejo Directivo el *"Informe de instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018, de fecha 9 de febrero de 2018, dictada por la Directora Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, que ordena el inicio de un Procedimiento de Investigación de Oficio en el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GLAXOSMITHKLINE (GSK) en la República Dominicana, en virtud de la existencia de hechos que pudieran constituir indicios razonables para presumir la realización de prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos, por parte de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., tipificadas en el artículo 5 de la Ley General de Defensa de la*

⁹⁶Vid. Comunicación dirigida a Gurabo Farmacéutica, identificada con el número DE-IN-2018-1231 de fecha 31 de octubre de 2018.

⁹⁷Vid. Comunicación dirigida a Grupo Fármaco, identificada con el número DE-IN-2018-1232 de fecha 31 de octubre de 2018.

⁹⁸ Cfr. Comunicación dirigida a Farma Value, identificada con el número DE-IN-2018-1241 de fecha 2 de noviembre de 2018.

⁹⁹ Cfr. Comunicación dirigida a Grupo 10, identificada con el número DE-IN-2018-1236 de fecha 7 de noviembre de 2018.

¹⁰⁰ Cfr. Comunicación dirigida a Farmahorro, identificada con el número DE-IN-2018-1242 de fecha 7 de noviembre de 2018.

Competencia, núm. 42-08, como prácticas restrictivas de la competencia” (en lo adelante, el “Informe de Instrucción”), sobre la base de las siguientes premisas:

- i. La Dirección Ejecutiva es la encargada de instruir y sustanciar los expedientes en los casos que existan indicios de violación a la Ley núm. 42-08.¹⁰¹
- ii. Al finalizar el procedimiento de investigación, la Dirección Ejecutiva consideró que se habían acreditado conductas contrarias a la Ley núm. 42-08, por lo que presentó un informe de instrucción.
- iii. En el informe de instrucción fueron presentados indicios sobre conductas y evidencias que podrían ser violatorias a la Ley núm. 42-08 y ameritar la imposición de sanciones.

81. Fundamentado en ello, la Dirección Ejecutiva pidió a este Consejo Directivo lo siguiente:

- i. Imponer una sanción a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA al tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 61, literal “a”¹⁰² de la Ley núm. 42-08, que debe oscilar entre 30 y 3000 veces el salario mínimo.¹⁰³
- ii. Tomar en cuenta los alegatos presentados por los agentes económicos J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, en el sentido de haber experimentado, por un lado, un descenso en las utilidades económicas derivadas de la distribución de los productos objeto de investigación, y por el otro, haber aportado elementos que si bien no los exime de responsabilidad, evidencian un cierto distanciamiento en la práctica del cartel en cuestión.¹⁰⁴
- iii. Realizar los cálculos de la estimación del daño de conformidad con los “Criterios técnicos para la determinación y cuantificación del daño ocasionado por prácticas contrarias a la Libre Competencia, a ser utilizados por PRO-COMPETENCIA”, aprobados por este Consejo mediante Resolución núm. 021-2017 de fecha 26 de octubre de 2017.¹⁰⁵

82. Recibido el citado Informe de Instrucción de la Dirección Ejecutiva, corresponde al Consejo Directivo ponderar los planteamientos y elementos probatorios presentados por dicho

¹⁰¹ Cfr. Artículo 42 de la Ley núm. 42-08.

¹⁰² Cfr. Ley núm. 42-08, artículo 61 “a”: “De las sanciones. A quienes incurran en las prácticas y conductas prohibidas señaladas en esta ley, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de las sanciones penales y civiles, atendiendo a la gravedad de la infracción, podrá aplicar las siguientes sanciones:

a) Por haber incurrido en las prácticas contempladas en el Artículo 5, Incisos a), c), d) y e), multas mínimas equivalentes a 30 veces el salario mínimo, y máximas equivalentes a 3000 veces el salario mínimo.”

¹⁰³ Cfr. Informe de instrucción, pp. 136 y 137.

¹⁰⁴ Cfr. Informe de instrucción, p. 137.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

órgano instructor en el referido documento y acoger o desestimar el mismo si no existen indicios razonables de presuntas prácticas violatorias a la Ley núm. 42-08.

D) Procedimiento ante este Consejo Directivo

83. En fecha 22 de febrero de 2019, este Consejo Directivo emitió la Resolución núm. 003-2019 *“Que acoge el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva en el marco del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018 y ordena el inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de las sociedades PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., por observarse indicios razonables de presuntas prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos en el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GLAXOSMITHKLINE (GSK) en la República Dominicana”*, la cual en su parte dispositiva estatuyó lo siguiente:

“RESUELVE:

PRIMERO: ACOGER el Informe de Instrucción emitido por la Dirección Ejecutiva en fecha 15 de enero de 2019, relativo al procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018, de fecha 9 de febrero de 2018, dictada por la Dirección Ejecutiva, que ordena el inicio del 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 el mercado de medicamentos de la marca GLAXOSMITHKLINE (GSK) en la República Dominicana.

SEGUNDO: ORDENAR el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., por presunta violación al artículo 5 literal “a” de la Ley núm. 42-08, ya que se ha considerado que existen antecedentes suficientes e indicios razonables a dicha normativa, para dar apertura al procedimiento administrativo sancionador.

TERCERO: ORDENAR el acceso a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., al expediente administrativo sancionador, con relación a los documentos e informaciones que con respecto a ellos reposen en el mismo y que no hayan sido notificadas en la etapa de investigación por la Dirección Ejecutiva.

CUARTO: OTORGAR un plazo de veinte (20) días hábiles a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., para que presenten un escrito de (*sic*) contestación.

QUINTO: ORDENAR la celebración de una audiencia pública que deberá ser fijada en breve término, a los fines de que sean presentados los medios de defensa por parte de los agentes económicos imputados PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A.

SEXTO: INSTRUIR al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, Iván Ernesto Gatón, para que proceda a notificar los siguientes documentos: i) a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., la versión pública del Informe de Instrucción emitido por la Dirección Ejecutiva en fecha 15 de febrero de 2019, referente al procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018, de fecha 9 de febrero de 2018, dictada por la Dirección Ejecutiva, que ordena el inicio del 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 el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GLAXOSMITHKLINE (GSK) en la República Dominicana; así como también la presente resolución; ii) a la Dirección Ejecutiva, el presente acto administrativo.

SÉPTIMO: AUTORIZAR la publicación del presente acto administrativo en la página web de esta institución.”

84. En tal sentido, luego de considerarse la existencia de indicios suficientes para iniciar el procedimiento administrativo sancionador ante este órgano, se inició el procedimiento decisorio en el cual en cumplimiento con lo dispuesto por el legislador se realizaron una serie de actuaciones procesales referentes a la *fase probatoria* que procederemos a describir a seguidas.

85. El Consejo Directivo acorde al procedimiento establecido en los artículos 31, 46¹⁰⁶ y siguientes de la Ley núm. 42-08, decidió mediante Resolución núm. 003-2019 admitir el expediente y dar inicio al presente procedimiento administrativo sancionador. Con esta apertura se procedieron a realizar todas las actuaciones procesales contempladas en la Ley núm. 42-08 con respecto a la *fase probatoria* para la sustanciación del expediente y la protección del derecho de defensa de los agentes económicos investigados, quienes han podido exponer sus argumentos y consideraciones sobre los alegatos y pruebas presentadas por la Dirección Ejecutiva.

¹⁰⁶Cfr. Ley núm. 42-08, artículos 46 y 47: “Artículo 46.- Admisión a trámite del expediente. El Consejo Directivo, recibido el expediente, deberá resolver sobre su admisión o inadmisión, mediante resolución motivada, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, teniendo en cuenta si se han aportado al mismo los antecedentes necesarios.

Artículo 47.- Fase probatoria. En la fase probatoria el procedimiento decisorio ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es el siguiente: 1. Si el Consejo Directivo admitiere a trámite el expediente, lo pondrá de manifiesto mediante oficio notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince (15) días hábiles, podrán solicitar la celebración de audiencia pública y proponer las pruebas que estimen necesarias, sobre cuya pertinencia resolverá el Consejo Directivo; 2. El Consejo Directivo podrá disponer la práctica de cuantas pruebas estime procedentes, dando intervención a los interesados, siempre que no sean reproducción de las practicadas ante la Dirección Ejecutiva; 3. Contra las decisiones del Consejo Directivo en materia de pruebas, se podrá interponer recurso de reconsideración ante el propio Consejo Directivo, en un plazo de diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.”

86. En cumplimiento del ordinal sexto de la Resolución núm. 003-2019, este Consejo Directivo procedió con su notificación y la del Informe de Instrucción a PROFARMA INTERNACIONAL¹⁰⁷, SUED & FARGESA¹⁰⁸, J. GASSÓ GASSÓ¹⁰⁹, MERCANTIL FARMACÉUTICA¹¹⁰ y a la Dirección Ejecutiva¹¹¹ iniciando a partir de ello el plazo de 20 días establecido en el ordinal cuarto de la precitada resolución, otorgado para que los agentes económicos depositaran ante este órgano sus escritos de contestación.

87. MERCANTIL FARMACÉUTICA¹¹² y SUED & FARGESA¹¹³ solicitaron de manera individual una prórroga al plazo de 20 días que había sido otorgado por este Consejo Directivo. Habiendo ponderado el mencionado pedimento, este órgano respondió las solicitudes e informó a todos los agentes económicos que había concedido la prórroga común de quince (15) días hábiles para el depósito del escrito de contestación.

88. Como resultado de ello, todos los agentes económicos presentaron sus escritos y, en ellos, sus solicitudes. En este sentido, en fecha 3 de abril de 2019, se recibió el escrito de contestación depositado por PROFARMA INTERNACIONAL, cuya parte dispositiva indica lo siguiente:

“PRIMERO: ACOGER el presente Escrito de Contestación por haber sido presentado por PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., de conformidad con las disposiciones de la Ley 42-08, de Defensa de la Competencia y dando cumplimiento al Ordinal Cuarto de la resolución núm. 003-2019, dictada por el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, con fecha 22 de febrero de 2019, y notificada a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., el día 28 de febrero de 2019, mediante la cual el referido Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA “acoge el Informe de Instrucción emitido por la Dirección Ejecutiva en fecha 15 de enero de 2019, en el marco del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018 y ordena el inicio del procedimiento sancionador en contra de las sociedades PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., por observarse indicios razonables de prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos en el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GLAXOSMITHKLINE (GSK) en la República Dominicana.

¹⁰⁷Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional, identificada con el número CD-IN-2019-0238 de fecha 28 de febrero de 2019.

¹⁰⁸Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa, identificada con el número CD-IN-2019-0239 de fecha 28 de febrero de 2019.

¹⁰⁹Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó, identificada con el número CD-IN-2019-0237 de fecha 28 de febrero de 2019.

¹¹⁰Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica, identificada con el número CD-IN-2019-0236 de fecha 28 de febrero de 2019.

¹¹¹Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva, identificada con el número de oficio CD-IN-2019-1064 de fecha 28 de febrero de 2019.

¹¹²Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-153-19 de fecha 13 de marzo de 2019.

¹¹³Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-180-19 de fecha 28 de marzo de 2019.

SEGUNDO: PRONUNCIAR LA NULIDAD del procedimiento de investigación seguido a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, y del presente procedimiento sancionador administrativo respecto del citado agente económico, por violación al derecho de presunción de inocencia, con base a los argumentos contenidos en el cuerpo del presente escrito de contestación, con todas sus consecuencias jurídicas.

TERCERO: PRONUNCIAR LA NULIDAD del procedimiento de investigación seguido a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, y del presente procedimiento sancionador administrativo respecto del citado agente económico, por violación al derecho de defensa, con base a los argumentos contenidos en el cuerpo del presente escrito de contestación, con todas sus consecuencias jurídicas.

CUARTO: PRONUNCIAR LA NULIDAD del procedimiento de investigación seguido a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, y del presente procedimiento sancionador administrativo respecto del citado agente económico, por violación al artículo 42, párrafo III¹¹⁴ de la Ley 042-08 sobre Defensa de la Competencia, con base a los argumentos contenidos en el cuerpo del presente escrito de contestación, con todas sus consecuencias jurídicas.

QUINTO: DECLARAR PRESCRITA, sin examen al fondo, la acción imputada a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L. y otros agentes económicos investigados en el presente procedimiento sancionador administrativo, por haber transcurrido el plazo dispuesto por la Ley 042-08, sobre Defensa de la Competencia para perseguir dicha infracción.

SEXTO: EXCLUIR a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., del presente procedimiento, en virtud de la ausencia de fiabilidad y consistencia de las pruebas recabadas en torno a dicha sociedad, de conformidad con las motivaciones contenidas en el presente escrito de contestación, así como en virtud de aquellas consideraciones que tengáis a bien suplir.

SÉPTIMO: EXCLUIR a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., del presente procedimiento, por haberse esta apartado de las actividades del presunto cartel.

¹¹⁴ Cfr. Ley núm. 42-08, artículo 42 párrafo III: "En los casos en que se realicen interrogatorios a una persona física o a los administradores o representantes de una persona jurídica imputada de cometer alguna infracción a la presente ley, deberá ser requerida la presencia de su abogado defensor y se deberá levantar un acta que será firmada por la persona física o los administradores o representantes de una persona jurídica interrogada, todo esto a pena de nulidad. En caso de que la parte se negara a firmar el acta, se hará constar."

OCTAVO: DECLARAR NO IMPUTABLES a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, la violación del artículo 5 de la ley 042-08, sobre Defensa de la Competencia, con base a los motivos contenidos en el presente escrito de contestación y aquellos que tengáis a bien suplir.

NOVENO: RESERVAR a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, el derecho de presentar medios de prueba, y/o escritos adicionales, incluyendo de réplica y contrarréplica, si fuere lugar y así lo ordenase este honorable Consejo Directivo.”¹¹⁵

89. En fecha 8 de abril de 2019, J. GASSÓ GASSÓ depositó su escrito de contestación, donde concluyen de la manera siguiente:

“PRIMERO: De manera preliminar, DECLARAR la confidencialidad de las informaciones contentivas en el presente escrito y los documentos que lo acompañan, por tratarse de documentos que divulgan secretos comerciales e informaciones propias de su actividad comercial, mercadológica y financiera, en virtud del artículo 41¹¹⁶ de la Ley y el artículo 1 de la Resolución número FT-2016.

SEGUNDO: RESERVAR el derecho que le asiste al exponente, J. GASSÓ GASSÓ de hacer los aportes probatorios que le resulten oportunas durante el curso del presente proceso, incluyendo la presentación de testimonio experto en la audiencia que ha sido convocada con relación a este procedimiento administrativo sancionador, así como presentar sus reparos o comentarios a cualesquiera otras pruebas aportadas por los demás agentes investigados.

TERCEROS: DECLARAR bueno y válido en cuanto a la forma el presente Escrito, por haber sido depositado en plazo hábil y en apego a las consideraciones legales y reglamentarias que rigen la materia.

CUARTO: En cuanto al fondo y de manera principal, ACOGER en todas sus partes las conclusiones avanzadas en este documento por J. GASSÓ GASSÓ y en

¹¹⁵Cfr. Escrito de contestación depositado por Profarma Internacional, identificado con el número de recepción C-192-19 de fecha 3 de abril de 2019. (en lo delante “Escrito de contestación C-192-19”).

¹¹⁶Cfr. Ley núm. 42-08, artículo 41: “Solicitud de confidencialidad sobre secretos comerciales. Sin perjuicio del carácter público de las denuncias y actuaciones de oficio de las conductas prohibidas por esta ley, la Dirección Ejecutiva, ante solicitud motivada por alguna de las partes, podrá proceder a la instrucción de una reserva de confidencialidad sobre todo o parte del material probatorio calificado de secreto comercial. El requirente deberá cursar su solicitud dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de la denuncia o de la investigación de oficio. La Dirección Ejecutiva dará respuesta a la solicitud mediante resolución motivada en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles. Párrafo.- En la instrucción para establecer la reserva de confidencialidad sobre material probatorio calificado como secreto comercial, a solicitud de parte, la Dirección Ejecutiva deberá observar las disposiciones establecidas en la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.”

consecuencia, DECLARAR NO RESPONSABLE y libre de cualquier imputación en el presente procedimiento administrativo sancionador por alegados indicios de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de la Competencia, No. 42-08, en el mercado de medicamentos en la República Dominicana, por haberse comprobado que la misma no ha formado parte de ningún cartel, ni ha participado en acuerdos, tratativas o consensos cuya finalidad sea anticompetitiva o ilegal.”¹¹⁷

90. Un día después, es decir, en fecha 9 de abril de 2019, SUED & FARGESA depositó su escrito de contestación, en el cual concluyeron como indicamos a continuación:

“PRIMERO: Declarar regular y válido el presente escrito de contestación por haberse presentado en la forma prescrita por la ley y en plazo dispuesto por el Consejo Directivo de Pro-Competencia.

SEGUNDO: Declarar la invalidez del documento titulado “aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles “Screening” en el mercado de medicamentos de la República Dominicana”, de fecha 31 de enero de 2018, y el análisis económico que en base a dicho documento contiene el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, en razón de que dicho documento contiene sesgos de información y omite analizar ciertas variables económicas que impiden establecer con total certidumbre que la conducta atribuida a Sued & Fargesa haya provocado el aumento de precio aducido por la Dirección Ejecutiva en su informe de Instrucción, respecto a los antigripales y antiinflamatorios de la marca GlaxoSmithKline en la República Dominicana.

TERCERO: Ordenar la comparecencia del señor [REDACTED], Gerente de Marcas de Sued & Fargesa, S.R.L., portador de la cédula de identidad y electoral número [REDACTED], para ser oído en calidad de testigo, con las finalidades de que pueda explicar en detalle la política de bonificaciones y compensaciones aplicada por dicha empresa, así como aspectos claves del mercado de medicamentos en República Dominicana en el periodo objeto de investigación durante el proceso de instrucción llevado a cabo por la Dirección Ejecutiva, y de conformidad con el artículo 47.1 de la Ley 42-08 fijar la fecha en que será celebrada la audiencia a la cual habrá de ser convocado el testigo señalado.

¹¹⁷ Cfr. Escrito de contestación depositado por J. Gassó Gassó identificado con el número de recepción C-197-19 de fecha 8 de abril de 2019. (en lo delante “Escrito de contestación C-197-19).

CUARTO: En cuanto al fondo, rechazar las imputaciones de violación al artículo 5 literal a)¹¹⁸ de la Ley General de la Competencia No. 42-08, realizadas por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia contra Sued & Fargesa, S.R.L., en el informe de instrucción presentado al Consejo Directivo en fecha 15 de enero del 2019, por no haber cumplido los requisitos exigidos por: (i) los artículos 5 y 7 párrafo II¹¹⁹ de la Ley núm. 42-08, que exigen demostrar las barreras injustificadas provocadas por dicha conducta.”¹²⁰

91. Asimismo, en esta misma fecha, MERCANTIL FARMACÉUTICA, depositó también su escrito de contestación, en el cual solicita lo siguiente:

“PRIMERO: ACOGER como bueno y válido en cuanto a la forma, el presente escrito de alegatos de la sociedad comercial MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A.

SEGUNDO: DESESTIMAR, en todas sus partes el procedimiento administrativo en contra de MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., por ser notoriamente improcedente, mal fundado, carente de base legal y sobre todo por falta de pruebas.

TERCERO: DECLARAR la confidencialidad de lo contenido en el presente Escrito de Alegaciones y sus Anexos, por un período de cinco (05) años a partir del depósito de este.

CUARTO: EXCLUIR a la sociedad comercial MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A. del procedimiento administrativo sancionador, por esta haber demostrado su distanciamiento del alegado acto anticompetitivo antes de la entrada en vigor de la Ley 42-08.”¹²¹

¹¹⁸Cfr. Ley núm. 42-08, artículo 5 “a”: “De las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos. Quedan prohibidas las prácticas, los actos, convenios y acuerdos entre agentes económicos competidores, sean éstos 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: a) Acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto.”

¹¹⁹Cfr. Ley núm. 42-08, artículo 7: “Calificación de una conducta anticompetitiva. La calificación de una conducta empresarial como anticompetitiva estará sujeta a las siguientes condiciones:
Párrafo II.- Asimismo, la parte actuante deberá presentar indicios que demuestren la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado.”

¹²⁰Cfr. Escrito de contestación depositado por Sued & Fargesa, identificado con el número de recepción C-198-19 de fecha 9 de abril de 2019. (en lo delante “Escrito de contestación C-198-19)

¹²¹Cfr. Escrito de contestación depositado por Mercantil Farmacéutica, identificado con el número de recepción C-201-19 de fecha 9 de abril de 2019. (en lo delante “Escrito de contestación C-201-19).

92. Recibidos estos escritos, este Consejo Directivo procedió a notificar a MERCANTIL FARMACÉUTICA¹²², J. GASSÓ GASSÓ¹²³, PROFARMA INTERNACIONAL¹²⁴, SUED & FARGESA¹²⁵ y a la Dirección Ejecutiva¹²⁶ la fecha de la audiencia donde se debatirían las cuestiones preliminares de forma exclusiva.¹²⁷

93. En tal sentido, el 30 de mayo del 2019¹²⁸ se conoció la primera audiencia de cuestiones preliminares, conforme lo ordena el artículo quinto de la Resolución núm. 003-2019 y a la vez cumpliendo así las disposiciones del artículo 47 numeral 1 de la Ley núm. 42-08.

94. En esta primera audiencia, algunas de las partes se refirieron a las solicitudes que habían realizado en sus escritos de contestación, a saber: i) La solicitud de presentación del economista Nassim Alemany, realizada por J. GASSÓ GASSÓ, y ii) La solicitud realizada por SUED & FARGESA para que fuera ordenada la comparecencia del señor [REDACTED], gerente de marcas de SUED & FARGESA.¹²⁹

95. En la misma audiencia, este Consejo Directivo decidió acoger ambos planteamientos, quedando los solicitantes convidados a gestionar estas comparecencias para la próxima audiencia.

96. Asimismo, la Dirección Ejecutiva depositó y presentó de manera oral durante la audiencia, una comunicación requiriendo la realización de diligencias probatorias, las cuales versaban sobre: i) Una citación al señor [REDACTED] "Sales manager CH" de GSK en calidad de testigo, en virtud de su asistencia a la reunión de fecha 8 de febrero de 2018, que tuvo lugar en las oficinas de SUED & FARGESA y ii) Que fuera ordenada la realización de un careo entre los agentes económicos investigados PROFARMA INTERNACIONAL y MERCANTIL FARMACÉUTICA.¹³⁰

¹²² Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica, identificada con el número CD-IN-2019-0455 de fecha 3 de mayo de 2019.

¹²³ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó, identificada con el número CD-IN-2019-0427 de fecha 3 de mayo de 2019.

¹²⁴ Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número CD-IN-2019-0456 de fecha 3 de mayo de 2019.

¹²⁵ Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa, identificada con el número CD-IN-2019-0458 de fecha 3 de mayo de 2019.

¹²⁶ Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva identificada como Oficio 1141 de fecha 6 de mayo de 2019.

¹²⁷ La audiencia se realizaría el día 2 de mayo de 2019, pero fue pospuesta para el 8 de mayo debido a una solicitud realizada por los representantes legales de J. Gassó, Gassó, ya que no podrían asistir el día indicado por motivos ajenos a su voluntad. Vid comunicación, C-190-19, de fecha 3 de abril de 2019, remitida por el licenciado José A. Rizik, en calidad de abogado representante de J. Gassó Gassó J. Gassó Gassó.

¹²⁸ Esta audiencia del 8 de mayo de 2019 fue pospuesta, y se convocó a las partes nueva vez para el 30 de mayo de 2019.

¹²⁹ Vid. Acta de audiencia celebrada en fecha 30 de mayo de 2019, por ante este Consejo Directivo, en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

¹³⁰ Vid. Comunicación de la Dirección Ejecutiva de fecha 30 de mayo de 2019.

97. Sobre ello, es importante indicar que el proceso administrativo es la herramienta que permite obtener las informaciones requeridas en el curso de los procedimientos, para luego de recolectar la información adoptar la mejor decisión de conformidad con cada casuística.¹³¹ En este mismo orden “la Administración de oficio, deberá recabar todas las pruebas necesarias para adoptar la mejor decisión (...)”¹³²

98. No obstante, se debe recordar que en la fase instructora es que se dispone la recolección de pruebas por parte del órgano instructor, en consecuencia, fueron rechazadas las referidas solicitudes planteadas en la audiencia del 30 de mayo de 2019.

99. En tal tesitura, el Consejo Directivo de conformidad con lo que dispone el numeral 2 del artículo 47 de la Ley núm. 42-08 puede disponer la práctica de medios probatorios que estime necesarios, siempre y cuando no sean una reproducción de los practicados por el órgano instructor. .

100. En tal sentido, el Consejo Directivo puede, ordenar la práctica de las pruebas que estime necesarias y por ello ordenó convocar al representante de GSK, a los fines de escuchar de manera directa sus aportes al presente proceso.

101. Posteriormente, mediante comunicación de fecha 21 de junio de 2019 SUED & FARGESA, solicitó a este órgano la entrega de informaciones y documentos del expediente administrativo sancionador, entre ellos, los siguientes: “3. Copia de la versión confidencial del documento depositado ante la Dirección Ejecutiva por GSK titulado “Requerimiento núm. 3 fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GSK (...) y 4. Copia de la versión confidencial del informe de entrevista oral realizada por la Dirección Ejecutiva a representantes de GSK de fecha 29 de mayo de 2018.”¹³³

102. Como resultado de este requerimiento, mediante oficio interno de fecha 27 de junio de 2019¹³⁴, este Consejo Directivo le remitió a la Dirección Ejecutiva la referida comunicación,

¹³¹ Ley núm. 107-13, art. 26.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Comunicación identificada con el número de recepción C-386-19, por medio de la cual el agente requería “**1.** Copia del audio de la audiencia celebrada ante este Consejo Directivo en fecha 30 de mayo de 2019 (...), **2.** Copia de toda la documentación producida, a partir de la emisión de la referida resolución núm. 003-2019, por las demás partes envueltas en el procedimiento que nos ocupa, incluida la versión confidencial de los escritos de contestación junto a sus anexos, presentados ante este Consejo Directivo por los demás agentes económicos investigados en el presente caso. También la documentación que corresponda a la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA, **3.** Copia de la versión confidencial del documento depositado ante la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA por GLAXOSMITHKLINE, República Dominicana, titulado “Requerimiento núm. 3 fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GLAXOSMITHKLINE (...) y **4.** Copia de la versión confidencial del informe de entrevista oral realizada por la Dirección Ejecutiva de Pro-competencia a representantes de GLAXOSMITHKLINE (GSK) de fecha 29 de mayo de 2018.”

¹³⁴ Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva identificada con el número CD-IN-2019-1226 de fecha 27 de junio de 2019.

solicitando su pronunciamiento con respecto a los ordinales segundo, tercero y cuarto, lo cual fue respondido en esa misma fecha, indicando lo siguiente:

“En cuanto a los ordinales tercero y cuarto, atinentes a las versiones confidenciales de documentación e información suministrada por la empresa GLAXOSMITHKLINE (GSK), en el marco del procedimiento de instrucción llevado a cabo por esta Dirección Ejecutiva, conviene resaltar que el documento al que hace referencia dicho agente económico fue declarado confidencial en virtud de la Resolución núm. DE-060-2018, de fecha 10 de octubre de 2018, y el informe de entrevista a GLAXOSMITHKLINE (GSK), por su parte, en virtud de la Resolución DE-037-2018, de fecha 12 de junio de 2018, por lo que las versiones confidenciales solicitadas sólo podrán ser suministradas si se cuenta con la autorización expresa de GLAXOSMITHKLINE (GSK).”¹³⁵

103. En fecha 28 de junio de 2019 se tenía previsto darle continuidad a la audiencia de pruebas, lo cual, como indicó la Presidenta de este Consejo Directivo, se haría presentando los planteamientos en el mismo orden que fueron recibidos ante este órgano los escritos de contestación de los agentes económicos. Ese día asistieron [REDACTED]¹³⁶, en calidad de representante de GSK y [REDACTED], en calidad de gerente de marcas de SUED & FARGESA.

104. En esta audiencia previo a dar inicio con el conocimiento de los informativos testimoniales, J. GASSÓ GASSÓ solicitó tener acceso completo al expediente y por otro lado SUED & FARGESA, solicitó que le fueran entregadas las versiones confidenciales del requerimiento núm. 3 fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GSK (...) y el informe de entrevista oral realizada por la Dirección Ejecutiva a representantes GSK de fecha 29 de mayo de 2018. Por su parte, PROFARMA INTERNACIONAL y MERCANTIL FARMACÉUTICA también se adhirieron a dichos pedimentos.

105. Con respecto tener acceso a todos los documentos que constaban en el expediente administrativo sancionador, se fundamentaron en que necesitaban tener conocimiento de todo el expediente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

106. Sobre develar, en sus versiones confidenciales, el requerimiento núm. 3 fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GSK (...) y el informe de entrevista oral realizada por la Dirección Ejecutiva a representantes GSK de fecha 29 de mayo de 2018 indicaron en que por un lado no estarían: i) “en igualdad de condiciones respecto de la Dirección Ejecutiva que si ya lo entrevistó y que sí conoce el resultado, incluso lo conoce hasta el Consejo Directivo si

¹³⁵Comunicación identificada con el número de oficio DE-IN-2019-1227 de fecha 27 de junio de 2019.

¹³⁶Convocado mediante comunicación identificada con el número CD-IN-2019-0640 de fecha 14 de junio de 2019.

hubiese sido el caso, porque como el expediente está en manos del Consejo, el Consejo tiene el derecho de haber revisado el expediente completamente y nosotros las partes no lo hemos hecho”¹³⁷, ii) “no es posible ser citados a comparecer sin tener los elementos suficientes de qué es lo que se nos está imputando, eso está distribuido en una serie de documentos a los que nosotros no hemos tenido acceso y el órgano que está supuesto a decidir el procedimiento sí tiene información que nosotros no tenemos entonces es un tema constitucional de defensa”¹³⁸ y que iii) “(...) en adición a eso la reserva o la posibilidad de confidencialidad en esta etapa, está reservada a solicitud de una de las partes, de conformidad con el artículo 41 de la ley, GLAXOSMITHKLINE no es parte de este proceso, y por tanto, no es sujeto pasible de que sea sometida a la cuestión de la confidencialidad lo que diga u omita.”¹³⁹

107. Sobre la solicitud de tener acceso íntegro al expediente, se debe recordar que J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, solicitaron en sus escritos de contestación a la Resolución núm. 003-2019, de forma expresa la confidencialidad de los referidos escritos y de sus anexos. Considerando esto, el Consejo Directivo ya ha expresado la importancia de respetar la confidencialidad de las informaciones que son pasibles de afectar a los agentes económicos que forman parte de los procedimientos administrativos sancionadores. Por ello, previo evaluar el fondo de esta solicitud, se les requirió a los agentes económicos conocer su posición sobre la entrega o no de los escritos en sus versiones confidenciales.

108. En tal sentido en la referida audiencia del 28 de junio de 2019, todas las partes respondieron afirmativamente a la solicitud de entregar sus escritos de contestación sin reservas de ningún tipo,¹⁴⁰ por lo que se procedió a realizar la referida entrega a MERCANTIL FARMACÉUTICA¹⁴¹, J. GASSÓ GASSÓ¹⁴², PROFARMA INTERNACIONAL¹⁴³ y SUED & FARGESA¹⁴⁴.

109. Por otro lado, se debe recordar que estaba pendiente de decidir la solicitud de SUED & FARGESA consistente en que le fuera entregado el documento denominado Requerimiento núm. 3, referente a las reuniones sostenidas por GSK, y el informe de entrevista oral realizada por la Dirección Ejecutiva al representantes de esta empresa en fecha 29 de mayo de 2018. Consecuencia de ello, este Consejo Directivo decidió suspender el conocimiento de la audiencia, a los fines de ponderar y decidir respecto de la precitada solicitud.

¹³⁷Vid. Acta de audiencia de pruebas celebrada en fecha 28 de junio de 2019 por ante este Consejo Directivo, en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

¹³⁸Idem.

¹³⁹Idem.

¹⁴⁰Vid. Acta de audiencia de pruebas celebrada en fecha 28 de junio de 2019 por ante este Consejo Directivo.

¹⁴¹Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número CD-IN-2019-0728 de fecha 5 de julio de 2019.

¹⁴²Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número CD-IN-2019-0729 de fecha 5 de julio de 2019.

¹⁴³Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número CD-IN-2019-0727 de fecha 5 de julio de 2019.

¹⁴⁴Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa identificada con el número CD-IN-2019-0730 de fecha 5 de julio de 2019.

110. Posteriormente, el 19 de agosto de 2019 fueron convocados los agentes económicos a la tercera audiencia de pruebas del caso de referencia, que se celebraría en fecha 5 de septiembre de 2019.

111. Por otro lado, el 20 de agosto de 2019 este Consejo Directivo remitió a SUED & FARGESA, la respuesta a su solicitud de entrega de documentos del expediente administrativo sancionador, informándole, entre otras cosas, que no podrían ser entregadas las versiones confidenciales del requerimiento núm 3 (documento aportado por GSK) y el informe de la entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a los representantes de GSK.¹⁴⁵ En respuesta a ello, el 3 de septiembre de 2019, el citado agente económico interpuso un recurso de reconsideración en contra de la citada comunicación.¹⁴⁶

112. En tal sentido, en la audiencia que se conocería el 5 de septiembre de 2019, este Consejo Directivo informó a las partes que, debido al recurso de reconsideración interpuesto por SUED & FARGESA en fecha 3 de septiembre de 2019 es decir, dos (2) días antes de la audiencia, el Consejo Directivo se veía en la necesidad de suspender la audiencia para dar respuesta al mismo. Dicho recurso fue luego decidido mediante la resolución núm 010-2019, dictada por este Consejo

¹⁴⁵ Vid. Comunicación núm. CD-IN-2019-0852, por medio de la cual este Consejo le informo lo siguiente:

“i) En cuanto a la solicitud de los audios: Les informamos que conforme se ha indicado previamente en procedimientos administrativos sancionadores llevados ante este Consejo Directivo los audios están a su disposición para ser escuchados en nuestra sede, pero no son entregados a las partes por la confidencialidad de las informaciones que son ventiladas y los riesgos que pudiese suponer para el procedimiento la exposición de los mismos. Debido a lo anterior, le anexamos al presente una copia certificada del “acta de la audiencia de pruebas celebrada el día 30 de mayo de 2019, por ante el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante resolución 003-2019” de fecha 19 de junio de 2019, la cual es una transcripción fiel de las grabaciones realizadas en la audiencia del día 30 de mayo de 2019 celebrada ante este Consejo.

ii) En cuanto a la solicitud de documentación: En tal sentido y acorde con la autorización dada por los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., en fecha 28 de junio de 2019 durante la audiencia de pruebas celebrada por ante este órgano decisor, tenemos a bien entregarles un disco compacto (CD), donde se anexan los escritos de contestación a la Resolución núm. 003-2019 y sus anexos, depositados por dichos agentes ante este Consejo, así como los demás documentos que constan en el expediente administrativo sancionador y que se generaron a partir del dictamen de la Resolución núm. 003-2019.

En cuanto a los requerimientos 3 y 4 este Consejo les anexa una copia de la versión pública de los mismos debido a que son documentos confidenciales y su titular es decir el representante de GLAXOSMITHKLINE no autorizó la divulgación de los mismos, tal y como fue expuesto en la audiencia celebrada en fecha 28 de junio de 2019 indicada ut supra. “

¹⁴⁶ En el cual se procuraba revocar parcialmente la decisión en cuanto a la negativa de entrega de la versión confidencial de: (a) el documento depositado por GLAXOSMITHKLINE República Dominicana, titulado requerimiento no. 3: fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GLAXOSMITHKLINE ...”, depositado por GSK ante la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA en fecha 25 de septiembre de 2018, mediante la comunicación identificada con el número de recepción C-732-2018; y (b) la versión confidencial del “informe de entrevista oral realizada por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA al representante de GLAXOSMITHKLINE (GSK) de fecha 29 de mayo de 2018”,. En fecha 25 de septiembre de 2019, este Consejo Directivo recibió una comunicación de la Dirección Ejecutiva, en la cual plantea sus consideraciones con respecto a dicho recurso de consideración.

Directivo en fecha 11 de noviembre de 2019, acogiendo parcialmente en cuanto al fondo el referido recurso de reconsideración.¹⁴⁷

113. Previo a esto, en fecha 6 de septiembre de 2019, J. GASSÓ GASSÓ depositó una comunicación, por medio de la cual argumentan inquietudes respecto de: i) los “planteamientos incidentales; ii) Sobre la afirmación de que el Consejo Directivo tenía la percepción del conocimiento por parte de los presentes, sobre la petición de GSK; iii) Sobre la no notificación del recurso de reconsideración de SUED & FARGESA; iv) Sobre la forma de dirigir el proceso ejecución y; v) Sobre la publicidad de las solicitudes individuales de las partes.¹⁴⁸ En respuesta a ello en fecha 18 de octubre de 2019, este Consejo Directivo le remitió una comunicación en la cual se le dio respuesta los puntos indicados anteriormente.¹⁴⁹

114. Siendo así las cosas y a los fines de darle curso a la audiencia de pruebas, en fecha 5 de diciembre de 2019 fueron convocados MERCANTIL FARMACÉUTICA¹⁵⁰, J. GASSÓ GASSÓ¹⁵¹,

¹⁴⁷ El dispositivo de la resolución núm. 010-2019, estatuyó lo siguiente:

“PRIMERO: ACOGER en cuanto a LA FORMA el recurso de reconsideración interpuesto por el agente económico SUED & FARGESA, S.R.L., en contra de la comunicación CD-IN-2019- 0852 emitida por este Consejo Directivo en fecha 20 de agosto de 2019.

SEGUNDO: ACOGER PARCIALMENTE en cuanto AL FONDO el recurso de reconsideración interpuesto por el agente económico SUED & FARGESA, S.R.L., en contra de la comunicación CD-IN-2019- 0852 emitida por este Consejo Directivo en fecha 20 de agosto de 2019 y develar en los términos y condiciones establecidos en la presente resolución y con las excepciones establecidas, los siguientes documentos: i) El Requerimiento núm. 3 fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GLAXOSMITHKLINE (...) ii) El informe de entrevista oral realizado por la Dirección Ejecutiva de PROCOMPETENCIA al representante de GLAXOSMITHKLINE (GSK) de fecha 29 de mayo de 2018, exceptuando la pregunta número 14 en vista de que contiene información comercial cuya divulgación podría causar una eventual afectación a GSK.

TERCERO: INSTRUIR al secretario ad hoc del Consejo Directivo, Iván Ernesto Gatón para que proceda a notificar a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., GLAXOSMITHKLINE y a la Dirección Ejecutiva la presente resolución y los documentos objeto del presente proceso en las versiones indicadas en el cuerpo de la misma.

CUARTO: INSTRUIR al secretario ad hoc del Consejo Directivo, Iván Ernesto Gatón para que proceda con la publicación de la presente Resolución en la página web de la institución.”

¹⁴⁸ Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-544-19, de fecha 6 de septiembre de 2019.

¹⁴⁹ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número CD-IN-2019-1004 de fecha 18 de octubre de 2019.

¹⁵⁰ Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número CD-IN-2019-1155 de fecha 5 de diciembre de 2019.

¹⁵¹ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número CD-IN-2019-1156 de fecha 5 de diciembre de 2019.

PROFARMA INTERNACIONAL¹⁵², SUED & FARGESA¹⁵³, GSK¹⁵⁴ y la Dirección Ejecutiva¹⁵⁵, a los fines de asistir a la cuarta audiencia de la fase probatoria, fijada para el 8 de enero de 2020. Llegado este día, fue escuchado en audiencia el testimonio del señor [REDACTED] representante de GSK, y todas las partes, agentes económicos y Dirección Ejecutiva, tuvieron la oportunidad de preguntar y debatir sobre lo que se estaba exponiendo.

115. Asimismo, se tenía previsto escuchar las declaraciones del señor [REDACTED] gerente de marcas de SUED & FARGESA en calidad de compareciente, para dar su opinión sobre el informe de instrucción. Esto implicaba, por tanto, que el [REDACTED] iba a tocar aspectos del fondo durante su declaración, lo que no correspondía a esta etapa procesal.¹⁵⁶ Consecuencia de lo anterior, fue pospuesta su participación para una próxima audiencia debido al contenido de su exposición era extemporáneo.¹⁵⁷

116. Asimismo, las partes que habían presentado incidentes o cuestiones preliminares en sus escritos de contestación a la Resolución núm. 003-2019, los expusieron de manera oral, en el orden que fueron recibidos los referidos escritos y fueron debatidos durante esta audiencia. Consecuentemente, SUED & FARGESA solicitó declarar la invalidez del informe que preparó el Departamento de Estudios Económicos de PRO-COMPETENCIA sobre el screening de precios.

117. PROFARMA INTERNACIONAL concluyó solicitando lo siguiente: i) declarar la nulidad del procedimiento en lo que tiene que ver con PROFARMA INTERNACIONAL, ii) declarar la prescripción de la acción imputada a los agentes económicos investigados, y en caso de no formularse la prescripción, iii) excluir del expediente todos los documentos con anterioridad al periodo de investigación, que es el 2018, y iv) adhiriéndose a la solicitud de exclusión del screening de precios planteada por SUED & FARGESA.

118. MERCANTIL FARMACÉUTICA y J. GASSÓ GASSÓ se adhirieron a la solicitud de exclusión del screening de precios planteada por SUED & FARGESA.

119. En respeto a estas conclusiones presentadas por los agentes económicos, la DIRECCIÓN EJECUTIVA concluyó de la forma siguiente: por i) SUED & FARGESA indicó no tener oposición a que fuese excluido el screening de precios, y en relación a las solicitudes de ii) PROFARMA

¹⁵² Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número CD-IN-2019-1157 de fecha 5 de diciembre de 2019.

¹⁵³ Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa identificada con el número CD-IN-2019-1158 de fecha 5 de diciembre de 2019.

¹⁵⁴ Vid. Comunicación dirigida a GSK identificada con el número CD-IN-2019-1159 de fecha 5 de diciembre de 2019.

¹⁵⁵ Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva identificada con el número de oficio CD-IN-2019-1479 de fecha 5 de diciembre de 2019.

¹⁵⁶ Vid. Acta de audiencia de pruebas celebrada en fecha 8 de enero de 2020 por ante este Consejo Directivo.

¹⁵⁷ De igual forma en varias ocasiones las partes quisieron abordar aspectos de fondo y se les recordó que la referida audiencia versaba sobre cuestiones preliminares y relativas a la fase probatoria. Vid. Acta de audiencia de pruebas celebrada en fecha 8 de enero de año 2020, pp. 37 y 41.

INTERNACIONAL requirió que fuesen rechazadas en todas sus partes las solicitudes de: i) declarar la nulidad del procedimiento en lo que tiene que ver con PROFARMA INTERNACIONAL, ii) declarar la prescripción de la acción imputada a los agentes económicos investigados, y en caso de no formularse la prescripción, iii) excluir del expediente todos los documentos con anterioridad al periodo de investigación, que es el 2018.

120. En ese sentido, conviene notar que en el marco de estas audiencias y en los escritos depositados por los agentes económicos luego de notificada la Resolución núm. 003-2019, fueron planteados por PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, varias peticiones preliminares.

121. En este sentido, en fecha 4 de abril de 2019 PROFARMA INTERNACIONAL solicitó: a) Declarar la nulidad del procedimiento de investigación y del procedimiento administrativo sancionador, b) Declarar la prescripción de la acción imputada a los agentes económicos investigados. Por otro lado, en su escrito depositado en fecha 16 de enero de 2020 solicitó: c) la exclusión del Informe de la entrevista oral rendida por ellos ante la Dirección Ejecutiva y, d) la exclusión de los indicios, pruebas, correos electrónicos, y otros elementos presentados como medios de prueba durante el presente procedimiento que reflejen situaciones acaecidas un (1) año antes del inicio de los procedimientos.¹⁵⁸

122. Por su parte, MERCANTIL FARMACÉUTICA solicitó en fecha 8 de abril de 2019 que fuera declarada la confidencialidad del escrito de alegaciones y sus anexos.¹⁵⁹

123. En el caso de J. GASSÓ GASSÓ solicitó en fecha 8 de abril de 2019: a) Declarar la confidencialidad del escrito de alegaciones y sus anexos¹⁶⁰, y b) Presentar al economista Nassim Alemany.¹⁶¹

124. Por último, SUED & FARGESA solicitó en fecha 8 de abril de 2019: a) Declarar la invalidez del documento “aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles (SCREENING) en el mercado de medicamentos de la Rep. Dom., y del análisis económico realizado en base a dicho documento en el informe de instrucción y b) Ordenar la comparecencia del señor [REDACTED] gerente de marcas de dicho agente económico.¹⁶²

125. A tales fines, este Consejo Directivo luego de la audiencia celebrada el 8 de enero de 2020, les otorgó a todas las partes un plazo de diez (10) días hábiles para presentar escritos

¹⁵⁸ Planteamientos pendientes de ser fallados.

¹⁵⁹ Sobre esta solicitud en la audiencia de pruebas celebrada el 28 de junio de 2019, las partes respondieron afirmativamente la pregunta planteada por la Presidenta del Consejo Directivo de entregar en sus versiones íntegras los escritos de contestación y sus anexos, quedando sin objeto la precitada solicitud.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Planteamiento fallado y acogido en la audiencia de pruebas celebrada el 30 de mayo de 2019.

¹⁶² Planteamientos **a)** y **b)** pendientes de ser fallados y **c)** fallado y acogido en fecha 30 de mayo de 2019.

ampliatorios de conclusiones respecto de los planteamientos preliminares, luego de lo cual los mismos quedarían pendientes de ser fallados por este Consejo.

126. En atención a lo anterior, el 17 de enero de 2020, la Dirección Ejecutiva procedió a depositar su escrito de alegaciones relativo a los incidentes planteados por los agentes económicos, en el cual concluyó de la manera siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la exclusión del documento titulado “Aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles” por parte del agente económico Sued & Fargesa, S.R.L., no nos oponemos;

SEGUNDO: Sobre la nulidad del Informe de Entrevista Oral efectuado al agente económico Profarma Internacional. S.R.L. y consecuente nulidad del procedimiento por violaciones al derecho de defensa derivadas de las actuaciones concernientes a la suscripción de dicho acto, solicitamos a este Consejo Directivo, RECHAZAR por improcedente, infundado y carente de todo fundamento legal y fáctico, dicho pedimento, por no subsistir vicios que hagan de este un acto defectuoso o por incurrir este órgano instructor en actuaciones que vulneren derechos de defensa de dicho agente económico, sino que por el contrario durante todo el procedimiento de investigación se observaron los lineamientos del debido proceso, con absoluta sujeción a las disposiciones de la Constitución dominicana vigente, la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 y de la Ley 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

TERCERO: En lo relativo a la supuesta prescripción de la conducta investigada planteada por Profarma Internacional, S.R.L., solicitamos a este Consejo Directivo RECHAZAR por improcedente, infundado y carente de todo fundamento legal y fáctico dicho pedimento atendiendo a los motivos expuestos en el Informe de Instrucción, y transcritos en el presente documento, por encontrarse la conducta investigada lejos de prescribir al momento del dictado de la resolución de inicio del procedimiento de investigación.

CUARTO: En lo concerniente a la solicitud de exclusión de documentos contentivos de informaciones anteriores al procedimiento de investigación la planteada por Profarma Internacional, S.R.L., solicitamos a este Consejo Directivo RECHAZAR dicho pedimento atendiendo los motivos de carácter económico y legal expuestos en el cuerpo de este acto.¹⁶³

¹⁶³Vid. Comunicación depositada por la Dirección Ejecutiva, identificada como oficio DE-IN-2020-1007 contentiva del escrito ampliatorio de conclusiones, de fecha 17 de enero de 2020.

127. De igual forma, parte¹⁶⁴ de los agentes económicos que fueron convidados a depositar su escrito ampliatorio de conclusiones incidentales, lo hicieron según el orden que indicaremos a continuación:

128. Asimismo, PROFARMA INTERNACIONAL, mediante depósito de escrito en fecha 16 de enero de 2019, concluyó de la manera siguiente:

“PRIMERO: RATIFICAR las conclusiones vertidas en su escrito de contestación en lo relativo a los medios de inadmisión y nulidad presentados.

SEGUNDO: RESERVAR a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., el derecho de presentar medios de prueba, y/o escritos adicionales, incluyendo de réplica y contrarréplica, si fuere de lugar y así lo ordenase este honorable Consejo Directivo. Bajo las más amplias reservas de derecho.

En caso de que las anteriores conclusiones no sean acogidas:

PRIMERO: EXCLUIR del expediente administrativo (i) Informe de entrevista oral vinculada al caso 002-18-0, relativo a las declaraciones que rindió Profarma Internacional, S.R.L., sin la presencia de su abogado, por contravenir las disposiciones del artículo 42 párrafo III de la Ley núm. 42-08, sobre Defensa de la Competencia; (ii) los indicios, pruebas, correos electrónicos y otros elementos presentados como medio de prueba durante el presente procedimiento que reflejen situaciones acaecidas un (1) año antes del inicio de los procedimientos, por contravenir el régimen de prescripción establecido por la Ley 42-08.

SEGUNDO: RESERVAR a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., el derecho de presentar medios de prueba, y/o escritos adicionales, incluyendo de réplica y contrarréplica, si fuere de lugar y así lo ordenase este honorable Consejo Directivo. Bajo las más amplias reservas de derecho.”¹⁶⁵

129. Por último, mediante depósito de escrito en fecha 22 de enero de 2020, SUED & FARGESA concluyó de la manera siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, declarar regular y válido el incidente de procedimiento planteado por SUED & FARGESA, S.R.L., en relación al documento titulado aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles “Screening” en el mercado de medicamentos de la

¹⁶⁴ Por parte de Mercantil Farmacéutica y J. Gassó Gassó no fue recibido escrito de ampliatorio de conclusiones.

¹⁶⁵Vid. Comunicación depositada por Profarma Internacional, identificada con el número de recepción C-0033-2020 contentiva del escrito ampliatorio de conclusiones, de fecha 16 de enero de 2020.

República Dominicana”, por haber sido interpuesto en la forma y dentro del plazo establecido por la legislación que gobierna la materia.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, declarar la invalidez del documento titulado “aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles “Screening” en el mercado de medicamentos de la República Dominicana”, de fecha 31 de enero de 2018, y el análisis económico que en base a dicho documento contiene el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, en razón de que dicho documento contiene sesgos de información y omite analizar ciertas variables económicas que impiden establecer con total certidumbre que la conducta atribuida a Sued & Fargesa haya provocado el aumento de precio alegado por la Dirección Ejecutiva en su informe de Instrucción de fecha 15 de enero de 2019, con ocasión del procedimiento de investigación iniciado de oficio mediante la resolución núm. DE-003-2018 de fecha 9 de febrero de 2018.”¹⁶⁶

130. En atención a los planteamientos incidentales, este Consejo Directivo dictó la Resolución núm. 011-2020, de fecha 29 de septiembre de 2020, la cual resuelve los incidentes o cuestiones preliminares planteados por los agentes económicos en la fase probatoria del curso de este procedimiento, conforme con el artículo 47 de la Ley núm. 42-08, expresándose en su parte dispositiva lo siguiente:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, DECLARAR buena y válida la interposición de los incidentes por parte de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, presentadas en esta fase el proceso en virtud del artículo 47 de la Ley núm. 42-08.

SEGUNDO: EXCLUIR el documento “aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles (Screening) en el mercado de medicamentos de la Rep. Dom., y del análisis económico contenido en base a este en el informe de instrucción”, planteada por el agente económico SUED & FARGESA y secundada por los demás agentes económicos.

TERCERO: RECHAZAR las solicitudes de exclusión del expediente administrativo planteadas por el agente económico PROFARMA INTERNACIONAL, referente a: (i) Informe de Entrevista Oral vinculada al caso 002-180-0, relativo a las declaraciones que rindió PROFARMA INTERNACIONAL, por supuesta violación al derecho de defensa; y (ii) Los indicios de pruebas, correos electrónicos, y otros elementos presentados

¹⁶⁶ Vid. Comunicación depositada por Sued & Fargesa, identificada con el número de recepción C-0042-2020 contentiva del escrito ampliatorio de conclusiones, de fecha 22 de enero de 2020.

como medios de prueba durante el presente procedimiento que reflejen situaciones acaecidas un (1) año antes del inicio de los procedimientos.

CUARTO: ACREDITAR las pruebas aportadas por los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, las cuales fueron detalladas en el cuerpo de la presente resolución, así como las recolectadas y aportadas por la Dirección Ejecutiva, siempre y cuando no hayan sido excluidas de manera expresa.

QUINTO: ORDENAR la celebración de una audiencia pública la cual deberá ser fijada en breve término, a los fines de conocer el fondo del procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A.

SEXTO: INSTRUIR al Secretario *ad-hoc* de este Consejo Directivo, Iván Ernesto Gatón para que proceda a notificar una copia certificada la presente Resolución a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, así como a la DIRECCIÓN EJECUTIVA en su calidad de órgano instructor del proceso.

SÉPTIMO: INSTRUIR al Secretario *ad-hoc* de este Consejo Directivo, Iván Ernesto Gatón para que proceda con la publicación de la presente Resolución en la página web de la institución."

131. En tal sentido, este órgano procedió a notificar la referida resolución a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL¹⁶⁷, SUED & FARGESA¹⁶⁸, J. GASSÓ GASSÓ¹⁶⁹ y MERCANTIL FARMACÉUTICA¹⁷⁰ y a la Dirección Ejecutiva¹⁷¹ mediante comunicaciones de fecha 6 de octubre de año 2020.

¹⁶⁷ Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número CD-IN-2020-0615 de fecha 6 de octubre de 2020.

¹⁶⁸ Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa identificada con el número CD-IN-2020-0616 de fecha 6 de octubre de 2020.

¹⁶⁹ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número CD-IN-2020-0614 de fecha 6 de octubre de 2020.

¹⁷⁰ Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número CD-IN-2020-0613 de fecha 6 de octubre de 2020.

¹⁷¹ Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva identificada con el número de oficio CD-IN-2020-1306 de fecha 6 de octubre de 2020.

132. Posteriormente en fecha 11 de noviembre de año 2020 fue recibida una comunicación de los representantes legales de GSK, por medio de la cual notificaban un cambio de domicilio y reiteraban una solicitud de estatus del expediente.

133. En otro orden el Consejo Directivo procedió a notificar la convocatoria a la audiencia fijada para el 15 de diciembre de año 2020, a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL¹⁷², SUED & FARGESA¹⁷³, J. GASSÓ GASSÓ¹⁷⁴ y MERCANTIL FARMACÉUTICA¹⁷⁵ y a la Dirección Ejecutiva.¹⁷⁶

134. En fecha 2 de diciembre de año 2020, el agente económico SUED & FARGESA, depositó una comunicación solicitando una copia certificada del acta de la audiencia celebrada en fecha 22 de febrero de 2019 por ante el Consejo Directivo, en ocasión al procedimiento de referencia, a lo cual se le dio respuesta¹⁷⁷ en fecha 3 de diciembre de 2020, anexándole la referida acta

135. Siendo así las cosas, en fecha 15 de diciembre de año 2020 fue celebrada la primera audiencia de fondo en el curso del procedimiento administrativo sancionador que nos ocupa, celebrada en virtud del artículo 48 de la Ley núm. 42-08. La referida audiencia fue aplazada debido a una solicitud de aplazamiento de PROFARMA INTERNACIONAL a los fines de que “fuera asistido por una defensa técnica con conocimiento del expediente”¹⁷⁸, puesto que quien asistió a la audiencia no era la persona titular del caso, ya que la misma no podía “asumir continuar la presentación por el momento de Profarma Internacional”¹⁷⁹.

136. Ante esta solicitud el Consejo Directivo le hizo salvedad de que “nosotros por razones de prudencia, vamos aplazar la audiencia, pero queremos hacer constar, este Consejo, que nosotros notificamos al agente económico directamente, no solamente a los abogados y que la razón que impide que la defensa técnica que acompañó a este agente económico desde el principio no se encuentre hoy, no se trata de un hecho fortuito ni de ocurrencia reciente, sorpresiva e improbable, sino que se trata de una designación de una persona que está sirviéndole a su país en una institución pública desde hace meses de manera que no existe tal indefensión que no hay ningún tipo de violación de derecho de defensa si se decidiese conocer

¹⁷² Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional identificada con el número CD-IN-2020-0729 de fecha 24 de noviembre de 2020.

¹⁷³ Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa identificada con el número CD-IN-2020-0730 de fecha 24 de noviembre de 2020.

¹⁷⁴ Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número CD-IN-2020-0728 de fecha 24 de noviembre de 2020.

¹⁷⁵ Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número CD-IN-2020-0727 de fecha 24 de noviembre de 2020.

¹⁷⁶ Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva identificada con el número de oficio CD-IN-2020-1381 de fecha 23 de noviembre de 2020.

¹⁷⁷ Mediante comunicación CD-IN-2020-0764 de fecha 3 de diciembre de 2020 dirigida a Sued & Fargesa.

¹⁷⁸ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 15 de diciembre de 2020, pp. 5.

¹⁷⁹ Ídem.

esta audiencia en el día de hoy”¹⁸⁰; luego de lo cual fue fijada para el día 6 de enero de 2021 la próxima audiencia.

137. Posterior a esto, en fecha 22 de diciembre de 2020 los agentes económicos SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, depositaron una solicitud de cambio de salón de audiencias y de autorización de participación de representantes empresariales.¹⁸¹

138. En atención a esto, en fecha 30 de diciembre 2020 el Consejo Directivo remitió una comunicación con la convocatoria a la audiencia del 6 de enero de 2021, a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL¹⁸², SUED & FARGESA¹⁸³, J. GASSÓ GASSÓ¹⁸⁴ y MERCANTIL FARMACÉUTICA¹⁸⁵ y a la Dirección Ejecutiva¹⁸⁶.

139. En ese sentido, en fecha 6 de enero de año 2021 fue conocida la segunda audiencia convocada para conocer el fondo del presente caso. En la misma la Dirección Ejecutiva objeto la defensa técnica de PROFARMA INTERNACIONAL, lo que motivó que la misma fuese aplazada, nueva vez debido a que este agente económico necesitaba regularizar una situación con su representante legal¹⁸⁷, por lo que fue fijada para conocerse el día 12 de enero de 2021. En efecto, se debe resaltar que en este caso el aplazamiento se realizó para darle la oportunidad a PROFARMA INTERNACIONAL de hacerse representar por un nuevo abogado, dado el desapoderamiento de su representante legal, que intervino en el curso de la referida audiencia.¹⁸⁸

140. Pese a poseer toda la documentación desde el inicio, así como el acceso a todo el expediente, el 11 de enero de 2021, los nuevos representantes legales de PROFARMA

¹⁸⁰Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 15 de diciembre de 2020, p. 8.

¹⁸¹Vid. Comunicación identificada con el código de recepción núm. C-0646-2020 de fecha 22 de diciembre de 2020.

¹⁸²Vid. Correo electrónico dirigido al agente económico Profarma Internacional, anexando la identificada con el número CD-IN-2020-0835 de fecha 30 de diciembre de 2020.

¹⁸³Vid. Comunicación dirigida a Sued & Fargesa identificada con el número CD-IN-2020-0836 de fecha 30 de diciembre de 2020.

¹⁸⁴Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el número CD-IN-2020-0834 de fecha 30 de diciembre de 2020.

¹⁸⁵Vid. Comunicación dirigida a Mercantil Farmacéutica identificada con el número CD-IN-2020-0833 de fecha 30 de noviembre de 2020.

¹⁸⁶Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva identificada con el número de oficio CD-IN-2020-1459 de fecha 30 de diciembre de 2020.

¹⁸⁷Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada el día 6 de enero de 2021, p. 8.

¹⁸⁸La audiencia previa, había sido también aplazada debido a que PROFARMA INTERNACIONAL se hizo representar por un nuevo abogado, el cual indicó que la representante legal había asumido funciones públicas en agosto de 2020 y no continuaría con el caso. Sin embargo, en la audiencia del 12 de enero de 2021, dicha funcionaria pública se presentó a PRO-COMPETENCIA postulando como abogado privado y alegando que poseía una dispensa de su institución. Se le recordó, sin embargo, que existe un Código de Ética que debía cumplirse, además de la ley de función pública, la cual impedía que continuara postulando como un abogado en ejercicio privado.

INTERNACIONAL depositaron una comunicación solicitando copia certificada de los documentos producidos durante la instrucción del procedimiento sancionador administrativo y depósito de acreditación de nuevo representante legal.

141. El día 12 de enero de 2021 se conoció entonces, la tercera audiencia convocada para conocer el fondo del caso que nos ocupa, donde PROFARMA INTERNACIONAL realizó un depósito de documentos probatorios y solicitó el aplazamiento de la misma alegando en síntesis lo siguiente: “nosotros tenemos que advertir al honorable consejo, que hemos sido apoderados, recientemente, apenas el viernes ocho de enero, es decir, solamente hemos tenido un día hábil para poder estudiar la documentación del proceso que supera con creces las cuatro mil páginas, solamente el expediente asociado al informe de instrucción tiene más de cuatro mil folios y la verdad es que no estamos en condiciones de poder, de manera eficaz ejercer una defensa de Profarma Internacional ante esta coyuntura, por eso nosotros muy respetuosamente, porque valoramos el tiempo que han empleado en este procedimiento, un procedimiento que viene desde el 2018, que se inició con la fase de investigación, pero necesariamente para poder cumplir con nuestro deber de ejercer el derecho de defensa de Profarma Internacional, necesitamos ciertamente, un plazo para poder estudiar el expediente, revisar toda la documentación, inclusive la documentación que se ha generado luego del inicio de la fase probatoria del procedimiento administrativo sancionador.”¹⁸⁹

142. Ante esta solicitud, este Consejo Directivo le recordó a PROFARMA INTERNACIONAL que siempre había participado en el proceso y realizado todas las actuaciones procesales, en ejercicio de su derecho de defensa. La representación legal que PROFARMA INTERNACIONAL poseía anteriormente, tenía toda la documentación y, cualquier manejo inadecuado con el caso o que, con el desapoderamiento no le entregó la documentación al nuevo representante legal, no le correspondía asumir esa carga de responsabilidad al Consejo Directivo, a los demás agentes económicos y al proceso en sí mismo, el cual se veía ralentizado una vez más por el mal manejo de su anterior representante legal. Pese a ello, el Consejo Directivo decidió acoger dicha solicitud, dándole la oportunidad al nuevo representante legal de PROFARMA INTERNACIONAL de ponerse en conocimiento de todos los documentos. Consecuencia de esto, se fijó el conocimiento de la próxima audiencia para el día 20 de enero de 2021.

143. En fecha 19 de enero de 2021, el Consejo Directivo le hizo entrega del expediente administrativo sancionador del presente caso, no obstante, se hace la salvedad de que el mismo había sido entregado íntegramente tanto al agente económico de manera directa como a sus anteriores representantes legales en ocasiones anteriores.¹⁹⁰

144. El 20 de enero de 2021 fue conocida la cuarta audiencia convocada para conocer el fondo del presente caso. En la misma las partes procedieron a presentar sus planteamientos

¹⁸⁹Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 12 de enero de 2021, pp. 4 y 5.

¹⁹⁰Vid. Comunicación dirigida a Profarma Internacional con copia a sus representantes legales, identificada con el número CD-IN-2021-0029 de fecha 19 de enero de 2021. .

incidentales con respecto al fondo, específicamente el agente económico SUED & FARGESA solicitó el archivo del expediente motivado en que había sido excluido el documento denominado aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles *screening*¹⁹¹ en el mercado de medicamentos de la República Dominicana y del análisis económico contenido en base a este informe de instrucción. A este pedimento, se adhirieron J. GASSÓ GASSÓ¹⁹², MERCANTIL FARMACÉUTICA¹⁹³ y PROFARMA INTERNACIONAL¹⁹⁴. Luego de que las partes concluyeran sobre sus planteamientos preliminares con respecto al fondo, el Consejo Directivo decidió aplazar la audiencia para continuar su conocimiento el día el 11 de febrero de año 2021.¹⁹⁵

145. El día 29 de enero de 2021 el agente económico PROFARMA INTERNACIONAL presentó una solicitud¹⁹⁶ del acta de la audiencia celebrada en fecha 20 de enero de 2020.

146. Por otro lado, la sociedad comercial GLAXOSMITHKLINE en fecha 3 de febrero de 2021 depositó una comunicación¹⁹⁷ en la que solicitaba el cumplimiento a norma legal en virtud de los artículos 104 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales núm. 137-11 promulgada en fecha 13 de junio de 2011, por lo que solicitaban intervenir de manera voluntaria en el procedimiento administrativo sancionador que nos ocupa.

147. Eso fue respondido por el Consejo Directivo mediante comunicación¹⁹⁸ de fecha 9 de febrero de 2021, en la cual se le informó que había vencido el plazo dentro del cual se permite la participación como tercero interviniente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley núm. 42-08, por lo que su solicitud debía ser rechazada por extemporánea.

148. Luego de esto, el 10 de febrero de 2021, el agente económico PROFARMA INTERNACIONAL realizó un depósito de documentos probatorios, lo cual quedó pendiente de ser valorado por este Consejo Directivo.¹⁹⁹

¹⁹¹ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 20 de enero de 2021, pp. 3 y 6.

¹⁹² Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 20 de enero de 2021, p. 8

¹⁹³ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 20 de enero de 2021, p. 10

¹⁹⁴ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 20 de enero de 2021, p. 11

¹⁹⁵ Debido a lo extenso de la audiencia de ese día y considerando que el país se encontraba en Estado de Emergencia, con limitación de horarios por toque de queda.

¹⁹⁶ Vid. Comunicación depositada por Profarma Internacional identificada con el código de recepción núm. C-0057-2021 de fecha 29 de enero de 2021.

¹⁹⁷ Vid. Comunicación depositada por GlaxoSmithKline identificada con el núm. de recepción C-0068-2021, de fecha 3 de febrero de 2021.

¹⁹⁸ Vid. Comunicación dirigida a GlaxoSmithKline identificada con el núm. CD-IN-2021-0096 de fecha 9 de febrero de 2021.

¹⁹⁹ Vid. Comunicación depositada por Profarma Internacional identificada con el código de recepción C-0036-2021 de fecha 10 de febrero de 2021.

149. Por otro lado, en fecha 18 de febrero de 2021 el agente económico J. GASSÓ GASSÓ, depositó²⁰⁰ una comunicación solicitando las actas y los audios de las audiencias celebradas en fechas 6 y 20 de enero y 12 de febrero del año en curso. Esto fue respondido por el Consejo Directivo en fecha 10 de mayo de 2021.²⁰¹

150. En otro orden, en fecha 2 de marzo de 2021, PROFARMA INTERNACIONAL solicitó²⁰² copias certificadas de actas de audiencia y una solicitud de copias de documentos,²⁰³ lo cual le fue respondido en fecha 22 de marzo de 2021.²⁰⁴

E) Alegatos finales y conclusiones de las partes

151. El día el 11 de febrero de año 2021 fue celebrada la quinta y última audiencia prevista para conocer el fondo. En esta audiencia, PROFARMA INTERNACIONAL depositó en una comunicación solicitando la admisión y acreditación de las pruebas, pese a pretenderse que se acreditaran luego de concluida la fase probatoria ante el Consejo Directivo. Esto fue rechazado por el Consejo Directivo, por lo que PROFARMA INTERNACIONAL solicitó que la audiencia fuese aplazada para que la decisión contentiva del rechazo le fuera notificada y proceder a ejercer un recurso de reconsideración. Este Consejo Directivo le informó que dicha solicitud no era procedente y que la decisión estaría consignada en la decisión final, la cual se recoge en el presente acto administrativo, por lo que se ordenó la continuación de la audiencia.

i) Sobre la decisión in voce con respecto a la solicitud de inclusión y valoración de documentos probatorios aportados por PROFARMA INTERNACIONAL en la fase decisoria del proceso

152. El Consejo Directivo recibió la solicitud de PROFARMA INTERNACIONAL, cuyo texto íntegro transcribimos a continuación:²⁰⁵

²⁰⁰Vid. Comunicación depositada por J. Gassó Gassó identificada con el código de recepción C-0108-2021 de fecha 18 de febrero de 2021.

²⁰¹Vid. Comunicación dirigida a J. Gassó Gassó identificada con el núm. CD-IN-2021-0343 de fecha 10 de mayo de 2021, en la cual le hizo entrega de las actas de fecha 12 y 20 de enero de 2021 haciéndole la salvedad de que el acta de audiencia del 11 de febrero de 2021 le sería entregada posteriormente, debido al volumen de la misma.

²⁰² Vid. Comunicación depositada por Profarma Internacional identificada con el núm. de recepción C-0135-2021 de fecha 2 de marzo de 2021.

²⁰³Vid. Comunicación depositada por Profarma Internacional identificada con el núm. de recepción C-0135-2021, de fecha 2 de marzo de 2021.

²⁰⁴ Vid. Comunicación dirigida a Profarma internacional identificada con el núm. CD-IN-2020-0208 (sic) de fecha 22 de marzo de 2021. Por medio de esta comunicación se le dio respuesta a las comunicaciones depositadas por Profarma Internacional identificadas con los números de recepción C-0057-2021, C-0135-2021 y C-0136-2021 y se le hizo entrega de las actas de fecha 12 y 20 de enero de 2021 y de la comunicación CD-IN-2019-0727, haciéndole la salvedad de que el acta de audiencia del 11 de febrero de 2021 le sería entregada posteriormente, debido al volumen de la misma.

²⁰⁵ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 11 de febrero de 2021, pp. 4-7.

“Primero: Comprobar y Declarar que mediante resolución núm. 011-2020 de fecha de 29 de septiembre de 2020 emitida por el Consejo Directivo de Pro competencia, que resuelve los incidentes o cuestiones preliminares planteados en la fase probatoria del procedimiento administrativo sancionador iniciado a través de la Resolución núm. 003-2019 de fecha 22 de febrero de 2019, el Consejo Directivo de Pro Competencia decidió, conforme consta en el orden tercero de su parte dispositiva: “Acreditar las pruebas aportadas por los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, SUEDE Y FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, las cuales fueron detalladas en el cuerpo de la presente resolución, así como las recolectadas y aportadas por la Dirección Ejecutiva, siempre y cuando no hayan sido excluidas de manera expresa”.

Segundo: Comprobar y declarar que, con posterioridad a la emisión de la citada Resolución núm. 011-2020, la sociedad PROFARMA INTERNACIONAL, SRL ha depositado cuatro nuevos elementos probatorios ante el Consejo Directivo de PRO COMPETENCIA, mediante las comunicaciones C-00014-2021 de fecha 12 de enero 2021 y C-0086-2021 de fecha 10 de enero de febrero 2021, cuyos anexos contienen los siguientes documentos:

1. Copia de la comunicación de fecha 1ro de junio del 2020 emitida por GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, SA, mediante la cual comunica a PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, su decisión de [REDACTED] agosto de 2020.
2. Copia de la comunicación de fecha 3 de junio 2020, emitida por PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, mediante la cual comunica a GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, SA, [REDACTED], en virtud de que PROFARMA INTERNACIONAL,SRL, durante los últimos [REDACTED] de la marca GLAXSMITHKLINE.
3. Copia certificada de la Sentencia núm. 0030-04-2020-TSEN-00030 de fecha 15 de diciembre de 2020, emitida por la TERCERA SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR ADMINISTRATIVO, relativa a la Solicitud de medida de instrucción dentro del proceso referente al Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por CERVECERIA NACIONAL DOMINICANA, S.A. (CND) contra la Resolución núm. 018-2018, emitida en fecha 4 de diciembre de 2018 por el Consejo Directivo de la

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO COMPETENCIA), decisión de la cual “se ordena que sea realizado un informe técnico pericial contentivo de un análisis de mercado, en el que se puedan establecer las condiciones de la empresa respecto de las demás del mercado”, lo que demuestra el criterio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para el análisis de procedimiento administrativo sancionador de la Ley General de Defensa de la Competencia, representando un reconocimiento expreso de la obligación que tiene la Dirección Ejecutiva de la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO COMPETENCIA), con relación al aporte de un estudio pericial de carácter económico que permita identificar el mercado relevante y el efecto que, sobre dicho mercado, ha ocasionado la conducta considerada como infracción anticompetitiva.

4. Original del Informe “Análisis y Certificación de ventas Línea GLAXOSMITHKLINE 2016-2020, para PROFARMA INTERNACIONAL,SRL,” de fecha 5 de febrero de 2021, elaborado por la firma de auditores REW, MOSCOSO & ASOCIADOS, SRL, mediante el cual se evidencia la disminución de las ventas de PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, de los productos de la línea GLAXOSMITHKLINE, durante el periodo 2016-2020, lo que demuestra que dentro del marco temporal en el que supuestamente se mantuvo el alegado “ acuerdo competitivo” (23/11/2015 hasta el 08/02/2018-parr. 415 Informe de instrucción del 15/01/2019, elaborado por la Dirección Ejecutiva de PRO COMPETENCIA), PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, no aumento sus ventas ni utilidades respecto a la distribución de los productos marca GLAXOSMITHKLINE, sino que, al contrario, se produjo una reducción de [REDACTED] entre los años 2016-2018, hecho que pone de manifiesto la incoherencia y falta de razonabilidad de las imputaciones formuladas contra PROFARMA INTERNACIONAL, SRL.

Tercero: Comprobar y declarar que, conforme ha establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0064/19, el derecho a la prueba, que es “inescindible del derecho de defensa”, “se encuentra constitucionalizado en el artículo 69 de la Constitución, pero “constituye un derecho constitucional de configuración legal, en la medida en que es la Ley la que precisa la forma y momento de presentación de la prueba, así como los medios autorizados para hacer valer este derecho” (sentencia TC/0135/14 & 10.4)

Cuarto: comprobar y declarar que, de conformidad con la Ley 107-13 del 6 de agosto de 2013, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo en lo sucesivo, Ley 107-13, los interesados tienen, durante toda la sustanciación del procedimiento, el derecho de acceder al expediente para revisar y copiar

documentos y consignar cualquier tipo de escritos contentivos de alegatos y pruebas art. 21, párr. III.

Quinto: Comprobar y declarar que la Ley 107-03, en su artículo 26, establece que la administración ha de adoptar decisiones bien informadas, por lo que deberá recabar todas las pruebas necesarias para adoptar la mejor decisión, es resguardo del derecho de interesados.

Sexto: comprobar y declarar que la Ley 107-13 en el párrafo IV de su artículo 26, establece que: En todo caso, los interesados podrán aportar los documentos y datos que consideren relevantes, así como hacer las alegaciones y observaciones oportunas a estos, a lo largo de todo el procedimiento, hasta el momento anterior a la resolución definitiva. La administración estará obligada a valorar los alegatos y pruebas aportados por las partes durante la sustanciación del procedimiento.

Séptimo: comprobar y declarar que la Ley 107-13, en el párrafo II de su artículo 43, referente a la prueba en el procedimiento sancionador, establece que: Se practican de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean necesarias para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades.

Octavo: Comprobar y declarar que el Tribunal Constitucional, por medio de su sentencia TC/0588/19, ha establecido que un componente elemental del derecho de defensa es el derecho a servirse de los medios de prueba que estime oportuno. El derecho a la prueba se define como el derecho subjetivo que tiene toda persona de utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa. Esto implica lo siguiente: 1) derecho a ofrecer determinados medios probatorios 2) derecho a que se admitan los medios probatorios 3) derecho a que se actúen dichos medios probatorios 4) derecho a asegurar los medios probatorios 5) derecho a que se valoren los medios probatorios.

Noveno: comprobar y declarar que, a pesar de que el derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que solo puede ser limitado mediante ley, el reglamento de aplicación de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08 aprobado por el Decreto núm. 252-20 del 1ero de julio de 2020, establece en su artículo 33 que cito: "En el procedimiento decisorio ante el Consejo Directivo podrán ser aportadas pruebas distintas a las que contengan en el expediente instruido por la Dirección Ejecutiva cuando, por razones legítimas no haya sido posible su facilitación en fase de instrucción, siempre que se garantice el derecho de defensa de las partes".

Décimo: en consecuencia, y en cumplimiento de las disposiciones legales y los precedentes constitucionales previamente referidos, os solicitamos admitir y acreditar las pruebas depositadas por Profarma Internacional, srl, mediante comunicaciones C-00014-2021 de fecha 12 de enero 2021 y C-0086-2021 de fecha 10 de febrero 2021, previo al inicio de la fase de presentación de conclusiones sobre el fondo del presente procedimiento administrativo sancionador, es resguardo del derecho a la prueba y el derecho de defensa de la solicitante, garantías del debido proceso administrativo que consagra el artículo 69 de la Constitución de la República.”²⁰⁶

153. Luego de esta lectura, el Consejo Directivo le preguntó a las partes si querían pronunciarse al respecto. En respuesta a lo anterior, SUED & FARGESA indicó que “no existe un escenario procesal ni administrativo ni de orden judicial común, en el que no esté prevista la posibilidad de que una parte que está siendo imputada en un proceso pueda tener la oportunidad de depositar un elemento probatorio, es decir, en el que se cierre de manera absoluta esa garantía”²⁰⁷ y concluye indicando “Entonces, hasta por un tema de por qué no tomarlo en cuenta ahora para que luego este no sea un asunto que tenga que ser evaluado más arriba; de manera que es una reflexión que hacemos acá y desde luego, es una petición que nosotros dejaríamos a la apreciación del Consejo.”²⁰⁸

154. De su lado, J. GASSÓ GASSÓ expuso que “el punto es que al tratarse de una prueba contemporánea que va directamente ligada a una cuestión el cual el Consejo tiene pendiente de decidir nosotros no veíamos además de todo el razonamiento constitucional que ha avanzado el colega Boris, no veríamos entonces manera de como ustedes podrían excluir una cosa estando apoderados de un pedimento formal que va directamente al meollo del tema.”²⁰⁹

155. En respuesta a lo anterior, la Dirección Ejecutiva afirmó que “[n]osotros dejamos a la soberana apreciación del Consejo la valoración de los argumentos presentados por Profarma, no obstante es importante que tomen en cuenta las fechas de los documentos probatorios, son documentos de fecha 5 de febrero de 2020, junio 3 de 2020, eran fechas previas a la decisión del Consejo respecto de los medios probatorios tratados en las fases probatorias, es decir Profarma tuvo desde febrero del 2020 documentos que podían haber sido aportados oportunamente y que el Consejo pudo haber valorado en la fase probatoria como se establece en nuestra ley.”²¹⁰

156. Posteriormente el Consejo Directivo se retiró del salón de audiencias a deliberar. En tal sentido, fue realizado un examen de admisión o rechazo de prueba de acuerdo con los requisitos

²⁰⁶ Vid. Comunicación identificada con el número de recepción C-0088-2021 de fecha 11 de febrero de 2021.

²⁰⁷ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 11 de febrero de 2021, p. 7

²⁰⁸ Ibid, p. 8

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ Ibid, p. 9.

y reglas que establece la Ley núm. 107-13, la Ley núm. 42-08 y falló en audiencia conforme a lo siguiente:

“Estas pruebas aportadas por Profarma son extemporáneas, no pueden acreditarse para conocerse en el proceso porque no cumplen con las condiciones citadas por la Ley y el propio artículo 33 que no trajimos nosotros a colación, que lo citó el propio agente económico, por consiguiente, se ordena la continuación de la presente audiencia y esto estará consignado en la decisión final.”²¹¹

157. Consecuencia de lo anterior, las pruebas aportadas por PROFARMA INTERNACIONAL en sus comunicaciones del 12 de enero y 10 de febrero del 2021 fueron declaradas extemporáneas, no pudiendo acreditarse para conocerse en el proceso. Este tema será abordado con mayor detalle por este Consejo Directivo en lo delante de la presente resolución.

ii) Conclusiones al fondo del proceso presentadas por las partes

158. Luego de esto, se les solicitó a todas las partes en el proceso a presentar conclusiones al fondo una vez escuchados los alegatos y conclusiones. Resultado de esto, este Consejo Directivo otorgó un plazo para depósito de escritos ampliatorios de conclusiones, al término del cual quedaría en estado de fallo el expediente en cuestión.²¹²

159. En respuesta al plazo otorgado, fueron depositados los siguientes escritos de ampliatorios de conclusiones. A este respecto, la DIRECCIÓN EJECUTIVA presentó el suyo en fecha 3 de marzo de 2021 su escrito, en el cual concluyó de la manera siguiente:

“PRIMERO: Comprobar y declarar que el Informe de Instrucción correspondiente al procedimiento de investigación iniciado en virtud de la Resolución núm. DE-033-2018, de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), 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 el mercado de comercialización, venta y/o distribución de analgésicos y antigripales de la marca GlaxoSmithKline (GSK); notificado en fecha 15 de enero de 2019 al Consejo Directivo de Pro-Competencia y admitido a dicho órgano colegiado en fecha 22 de febrero de 2019, mediante Resolución núm. 003-2019, que ordenó el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador en contra de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., por presuntas prácticas concertadas y acuerdos

²¹¹ Ibid, p. 10.

²¹² El cronograma de depósitos fue el siguiente: 15 días hábiles a la Dirección Ejecutiva, contados a partir de la fecha de la audiencia de conclusiones; 15 días hábiles a los agentes económicos, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado a la Dirección Ejecutiva y, finalmente, 5 días de réplica contados a partir del vencimiento del plazo concedido a los agentes económicos.

anticompetitivos en el referido mercado: ha sido emitido con estricta sujeción al artículo 43 de la Ley General de Defensa de la Competencia , núm. 42-08 que establece requisitos formales que debe cumplir dicho informe de instrucción, así como en cumplimiento de los principios y disposiciones contenidas en los artículos 3,9 y 27 de la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo.

SEGUNDO: Comprobar y declarar: a) Que en el marco de la fase probatoria del procedimiento decisorio llevado a cabo ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., no han refutado con base a elementos probatorios las imputaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva a partir de las evidencias directas recopiladas por este órgano instructor mediante las distintas diligencias probatorias realizadas en el marco del procedimiento realizadas en el marco del procedimiento de instrucción, evidencias a través de las cuales se pretende acreditar, de conformidad con el artículo 5, literal “a” de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, la existencia y configuración de un acuerdo anticompetitivo del cual formaron parte y participaron los precitados agentes económicos; lo cual quiere decir que los mismos se han limitado simplemente a contradecir las imputaciones realizadas por esta Dirección Ejecutiva en el Informe de Instrucción, más no han aportado ningún elemento de prueba con vocación a controvertir, refutar o rebatir las conductas que se le imputan: b) Que las pruebas directas presentadas por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia que procuran evidenciar la configuración del acuerdo anticompetitivo entre las sociedades comerciales PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., a partir de las disposiciones contenidas específicamente en el artículo 5, literal “a” de la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, se encuentran debidamente identificadas en el informe de instrucción y constaban sus ejemplares en el expediente de instrucción, cuyo acceso le fue garantizado durante todo el procedimiento a dichos agentes, y muy especialmente al momento del cierre de la fase de instrucción.

TERCERO: Con relación a las solicitudes pendientes de ser falladas por este Consejo Directivo, relativas a la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador en virtud de supuestas “[...] violaciones a derechos constitucionales y al ordenamiento jurídico, acaecidos durante la fase de instructora del procedimiento de investigación [...]”, y de prescripción de la conducta investigada, ambas planteadas por Profarma Internacional, S.R.L., esta Dirección Ejecutiva tiene a bien reiterar las conclusiones vertidas

en el escrito de alegaciones depositados por esta Dirección Ejecutiva en fecha 17 de enero de 2021, tendentes a que ambas solicitudes sean rechazadas por improcedentes, infundadas y carentes de fundamento legal y técnica, atendiendo respectivamente, a lo siguiente: (i) ha quedado evidenciado que el procedimiento en cuestión ha sido desarrollado con absoluta sujeción a las disposiciones de la constitución dominicana vigente, la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 y de la Ley 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo y; finalmente;

CUARTO: Comprobar y declarar, con base a las evidencias presentadas por esta Dirección Ejecutiva en su informe de Instrucción, la existencia de un acuerdo de precios anticompetitivos entre los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 literal “a”, que operó desde finales del 2015 y hasta el 2018, según pudo demostrar este órgano instructor, bajo las siguientes modalidades: (i) la fijación indirecta del precio por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización de dicho producto, así como la abstención en el otorgamiento de bonificaciones y descuentos de carácter financieros y; ii) la fijación directa de los precios de comercialización a partir del acatamiento del precio sugerido por parte del productor; y en consecuencia SANCIONAR a los referidos agentes económicos, conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 61 literal “a” de la Ley núm. 42-08.²¹³

160. Por su parte, J. GASSÓ GASSÓ, depositó su escrito en fecha 24 de marzo de 2021, en el cual concluyó de la manera siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR bueno y válido en cuanto a la forma el presente escrito, por haber sido depositado en plazo hábil y en apego a las condiciones legales y reglamentarias que rigen la materia.

SEGUNDO: De manera incidental y como cuestión previa, COMPROBAR Y DECLARAR que, con la exclusión realizada por este honorable Consejo Directivo de Pro-Competencia por vía de su Resolución núm. 011-2019, del documento “Aplicación de Técnicas Cuantitativas para la Detección Temprana de Carteles (Screening), en el expediente acusatorio promovido por la Dirección Ejecutiva por supuestas violaciones al literal (a) del artículo

²¹³ Cfr. Escrito justificativo de conclusiones depositado por la Dirección Ejecutiva, identificado con el número de oficio DE-IN-2021-1063 de fecha 3 de marzo de 2021 (en lo delante “Escrito de conclusiones núm. DE-IN-2021-1063”).

5 de la Ley núm. 42-08, ha quedado sin sustento probatorio al tenor de los artículos 7 y 43 del mismo texto legal, al no haberse demostrado ni aportado prueba alguna que verifique las condiciones de mercado o los efectos en el mismo que la denunciada práctica ha ocasionado; y, en consecuencia, DECLARAR sin objeto el presente procedimiento sancionador administrativo, ORDENANDO su archivo definitivo y cierre en beneficio de la exponente, J. GASSÓ GASSÓ.

TERCERO: De manera principal, COMPROBAR Y DECLARAR que, con base a los hallazgos, evidencias y comprobaciones y argumentos avanzados: (a) la lectura combinada de los artículos 5,7 y 43 de la Ley núm. 42-08, imponen que cualquier investigación sobre prácticas restrictivas a la competencia venga acompañada de un informe o análisis económico donde se demuestren los efectos negativos al mercado y el efecto anticompetitivo de la conducta investigada; (b) la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, en su doble rol como órgano instructor y acusador en el presente procedimiento no realizó un análisis económico ni de mercado que demostrará fuera de cualquier duda o argumento en contrario, que la conducta imputada a J. GASSÓ GASSÓ resultaba en una barrera de entrada a otros competidores o creaba efectos negativos o adversos en el mercado; (c) el órgano instructor tampoco llevo a cabo, con el rigor de la metodología de la investigación ordenaba, una determinación correcta del mercado relevante y de productos en el caso en cuestión, así como tampoco estableció los criterios de evolución de precios o sustituibilidad de la oferta, impidiendo así retener como punto de partida para este procedimiento sancionador, cuál era el mercado relevante investigado; (d) en su informe de instrucción, la Dirección Ejecutiva violentó el principio del debido proceso al construir tablas, gráficos y establecer modelos ilustrativos con información que no fue puesta en conocimiento de J GASSÓ GASSÓ ni que fuera aportada como parte del expediente administrativo, afectando y negando el derecho de defensa de la concluyente, resguardados por el artículo 69 constitucional; y (e) al no haber formulado el órgano acusador una solicitud puntual, clara, precisa y singular de sanciones en contra de J GASSÓ GASSÓ como agente investigado, en violación al principio procesal de especificidad, como parte del debido proceso y tutela judicial efectiva. En consecuencia, DECLARAR nulo, por evidentes vicios procesales y violaciones al debido proceso en la fase de investigación y acusación, el procedimiento administrativo sancionador de que se trata en contra de J GASSÓ GASSÓ, disponiendo su archivo y cierre definitivo.

CUARTO: En cuanto al fondo y de manera subsidiaria, COMPROBAR Y DECLARAR que, con base a las informaciones aportadas y las evidencias que reposan en el expediente administrativo de que se trata: (i) las relaciones comerciales de J GASSÓ GASSÓ con laboratorios GlaxoSmithKline (GSK)

están amparadas en los contratos de fechas primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971) y once (11) de septiembre de año dos mil uno (2001) los cuales establecían una relación de co-distribución exclusiva en su beneficio: (ii) en virtud de las disposiciones del numeral iv) y del artículo tercero de los citados acuerdos, los precios de los productos de la marca GSK que distribuye son fijados por el propio laboratorio mediante Listas de Precios, así como también las políticas de ofertas y bonificaciones; (iii) durante el período investigado 2015-2018, su participación de mercado disminuyó casi un [REDACTED] al pasar de unos [REDACTED] en 2015 a menos de [REDACTED] en el año 2018; (iv) en consonancia con lo anterior, su participación de mercado en la venta y distribución de productos analgésicos y antigripales es de tan solo un [REDACTED] durante el periodo investigado: (v) no cuenta con capacidad-ni tampoco se ha verificado una actuación de índole alguna-para afectar las condiciones de comercialización o venta de los productos investigados; y (vi) no ha participado en la conformación u operación de ningún cartel, acuerdo de voluntades o tratativa de ningún tipo para imponer barreras de entrada o establecer de precio o de cualquier otro tipo que resulten en un perjuicio o efectos negativos para el mercado de la comercialización de analgésicos y antigripales de la República Dominicana; y, en consecuencia, DECLARAR NO RESPONSABLE a J. GASSÓ GASSÓ y libre de cualquier imputación en el presente procedimiento administrativo sancionador por alegados indicios de la existencia de prácticas contrarias a la Ley General de defensa de la Competencia No. 42-08, en el mercado de los medicamentos en la República Dominicana. Por una o varias razones que han sido expuestas precedentemente.

QUINTO: En cualesquiera de los escenarios planteados, DESESTIMAR y declarar concluido mediante archivo definitivo, el procedimiento administrativo sancionador contra J. GASSÓ GASSÓ, por ser notoriamente improcedente, mal fundado, carente de base legal, falta de pruebas y violatorio al debido proceso.”²¹⁴

161. Asimismo, en fecha 24 de marzo de 2021, SUED & FARGESA también depositó su escrito, concluyendo en él de la siguiente forma:

PRIMERO: Declarar regular y valido el presente escrito de réplica por haberse presentado en la forma prescrita por la ley y en plazo dispuesto por el Consejo Directivo de Pro-Competencia.

²¹⁴ Cfr. Escrito justificativo de conclusiones depositado por J. Gassó Gassó, identificado con el número de recepción C-0187-2021 de fecha 24 de marzo de 2021 (en lo delante “Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0187-2021”).

SEGUNDO: Reiterar nuestra solicitud de archivo definitivo del proceso administrativo sancionador iniciado en virtud de la Resolución número 003-2019 emitida por este Honorable Consejo Directivo en fecha 22 de febrero de 2019, en razón de que la exclusión del documento “Aplicación de Técnicas Cuantitativas para la Detección Temprana de Cártels “Screens” en el mercado de Medicamentos de la República Dominicana”, de fecha 31 de enero de 2018 y el análisis económico que en base a dicho documento contiene el Informe de Instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, dejó a este órgano sin posibilidades de probar los efectos de la conducta de los agentes económicos imputados en el presente proceso, lo cual constituye un motivo fehaciente para disponer que el mismo sea archivado.

TERCERO: En cuanto al fondo, rechazar las imputaciones de violación al artículo 5 literal a) de la Ley General de Defensa de la Competencia No. 42-08, realizadas por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia contra Sued & Fargesa, S.R.L., en el Informe de Instrucción presentado al Consejo Directivo en fecha 15 de enero de 2019, por no haber cumplido los requisitos exigidos por: (i) los artículos 7 párrafo I y 43 numeral 1 de la Ley General de Defensa de la Competencia No. 42-08, en cuanto a la necesidad de probar el efecto anticompetitivo de la conducta atribuida a Sued & Fargesa, S.R.L.; y (ii) los artículos 5 y 7 párrafo II de la Ley 42-08, que exigen demostrar las barreras injustificadas provocadas por dichas conducta.

SUBSIDIRIAMENTE, en caso de que no se acojan nuestras conclusiones principales:

CUARTO: En el eventual caso de que el Consejo Directivo de Pro-Competencia considere que en el presente caso existe una restricción a la competencia por el objeto mismo del presunto acuerdo colusorio imputado a Sued & Fargesa, y en base a ello decida imponerle una sanción, al momento de cuantificar la misma el Consejo Directivo de Pro-Competencia tome en consideración los siguientes factores, de conformidad con el artículo 62 de la Ley 42-08, a saber:

- i. La reducida dimensión del mercado presuntamente afectado por la conducta atribuida a SUEDE & FARGESA;
- ii. El limitado alcance de la posible restricción a la competencia; el efecto neutro del supuesto acuerdo sobre otros competidores;
- iii. La reducida cuota de mercado de SUEDE & FARGESA en el mercado de los antigripales e inflamatorios en República Dominicana;
- iv. La conducta atribuida a SUEDE & FARGESA no produjo daño al consumidor, al existir en el mercado múltiples fuentes

alternativas de abastecimiento de antigripales y antiinflamatorios.²¹⁵

162. De igual forma PROFARMA INTERNACIONAL hizo lo propio y depositó su escrito, en fecha 25 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva reza de la forma siguiente:

“TRIGÉSIMO TERCERO: Por los motivos antes expuestos, que deben ser ponderados y recogidos en la resolución final que adopte el distinguido Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, la sociedad PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, sus conclusiones, requiriendo:

1. ACOGER en todas sus partes los argumentos y conclusiones contenidos en su Escrito de Contestación, de fecha 3 de abril de 2019, y en su Escrito Ampliatorio de Medios de inadmisión y Nulidad, de fecha 16 de enero de 2020, depositados por PROFARMA INTERNACIONAL, SRL.
2. Subsidiariamente, si no se acogieren las conclusiones planteadas en dichos escritos, DECLARAR LA NULIDAD del procedimiento administrativo sancionador desarrollado contra PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, por haberse violado de manera manifiesta, por parte del Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, su derecho de defensa, su derecho a la prueba, su derecho a la igualdad y su derecho al recurso, garantías que en su conjunto constituyen derechos fundamentales protegidos por el artículo 69 de la Constitución de la República.
3. Más subsidiariamente, RECHAZAR las imputaciones de violación al artículo 5.a de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, formuladas contra PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, considerando que, además de evidenciarse la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 7 de la Ley, se ha demostrado que PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, durante los últimos [REDACTED] años, ha experimentado pérdidas significativas, graduales y constantes de ventas, habiéndose producido una reducción de [REDACTED] en las ventas realizadas entre los años 2016 y 2018, situación que hizo insostenible, desde el punto de vista económico, la continuación de las operaciones de distribución y venta de los productos de la marca GLAXOSMITHKLINE, por lo que, mediante comunicación de fecha 1° de junio de 2020, GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA, SA, comunicó a PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, su decisión de terminar el Contrato de Distribución

²¹⁵ Cfr. Escrito justificativo de conclusiones depositado por Sued & Fargesa, identificado con el número de recepción C-0192-2021 de fecha 24 de marzo de 2021 (en lo delante “Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0192-2021”).

No Exclusiva de fecha 21 de mayo de 2014, indicando que la rescisión tendría plena efectividad en fecha 31 de agosto de 2020.

4. Más subsidiariamente aun, en el hipotético e improbable caso de que se rechacen las conclusiones precedentes, GRADUAR Y ATENUAR la sanción que fuere impuesta a PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, de conformidad con el principio de proporcionalidad, considerando incontrovertida reducción en las ventas que experimento dicha empresa respecto a los productos de la marca GLAXOSMITHKLINE, situación que llegó hasta el punto de provocar la terminación de la comercial con GLAXOSMITHKLINE REPÚBLICA DOMINICANA,SA.”²¹⁶

163. MERCANTIL FARMACÉUTICA, depositó también su escrito en fecha 31 de marzo de 2021, en el cual concluyó de la manera siguiente:

“PRIMERO: RECHAZAR, en todas sus partes, el Informe de Instrucción de Instrucción presentado por la Directora Ejecutiva de Pro-Competencia por ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), en fecha 15 de enero de 2019, relativo al procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018 de fecha 9 de febrero de 2019.

SEGUNDO: ORDENAR, sin análisis de fondo, el archivo definitivo del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, iniciado mediante la Resolución núm. DE-003-2019, de fecha 22 de febrero de 2019, emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

De forma subsidiaria, para el improbable caso de que las conclusiones principales no fuesen rechazadas,

TERCERO: RECHAZAR, en todas sus partes, las conclusiones vertidas por la Directora Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, iniciado mediante la Resolución núm. DE-003-2019, de fecha 22 de febrero de 2019, emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

CUARTO: DESESTIMAR, en todas sus partes, el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, rechazando los alegatos y argumentaciones

²¹⁶Cfr. Escrito justificativo de conclusiones depositado por Profarma Internacional, identificado con el número de recepción C-0197-2021 de fecha 25 de marzo de 2021 (en lo delante “Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0197-2021”).

vertidas en el Informe de Instrucción presentado por la Directora Ejecutiva de Pro-Competencia por ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA), en fecha 15 de enero de 2019, así como aquellos contenidos en la Resolución núm. DE-003-2019, de fecha 22 de febrero de 2019, emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

QUINTO: ORDENAR el archivo definitivo del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, iniciado mediante la Resolución núm. DE-033-2019, de fecha 22 de febrero de 2019, emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA).

De manera aún más subsidiaria, para el improbable caso de que las conclusiones principales y subsidiarias fuesen rechazadas,

SEXTO: EXCLUIR a la sociedad comercial Mercantil Farmacéutica, S.A., del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, por esta haber demostrado su distanciamiento del alegado Cartel y de la conducta anticompetitiva que se les imputa a los agentes investigados, desde una fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 42-08, sobre Defensa de la Competencia, del 25 de enero de 2008.²¹⁷

164. Posteriormente, la **DIRECCIÓN EJECUTIVA** en fecha 9 de abril de 2021, depósito su escrito de réplica, en el cual concluyó de la manera siguiente:

PRIMERO: DECLARAR bueno y válido, en cuanto a la forma, el presente escrito de réplica, por haber sido depositado en tiempo hábil y en apego a la normativa vigente.

SEGUNDO: RECHAZAR la solicitud de archivo del procedimiento administrativo sancionador con base en la exclusión del documento denominado “Aplicación de Técnicas Cuantitativas para la Detección Temprana de Carteles (*Screening*)”, por los motivos expuestos en el cuerpo del presente escrito, en particular, por no constituir dicho documento el sustento fáctico económico de las imputaciones realizadas por esta Dirección Ejecutiva y, en tanto que tal, no afectar su exclusión la suerte del presente procedimiento sancionador.

²¹⁷ Cfr. Escrito justificativo de conclusiones depositado por Mercantil Farmacéutica, identificado con el número de recepción C-0213-2021 de fecha 31 de marzo de 2021 (en lo delante “Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0213-2021”).

TERCERO: RECHAZAR la solicitud de declaratoria de nulidad del procedimiento administrativo sancionador por alegadas violaciones al principio de legalidad y al debido proceso, en atención a los argumentos expuestos en el presente escrito, en particular, al no configurarse la transgresión a los mismos, ya que: (i) la determinación del mercado relevante no es imprescindible en los casos de carteles de precios, no obstante se identificaron en el informe de instrucción los elementos que conforman el mercado en que se desarrolló la conducta; (ii) la ley núm. 42-08 contempla en su artículo 5, las restricciones por objeto, en cuyo caso, no ha lugar a la prueba de los efectos, sin embargo, se señalaron cuales habían sido o podían ser los efectos del cartel en la competencia; (iii) las gráficas, tablas e ilustraciones contenidas en el informe de instrucción se elaboraron con informaciones de cuya existencia fueron conscientes los agentes económicos y cuyo acceso se garantizó durante todo el procedimiento de investigación; (iv) los correos electrónicos que hacen prueba directa del cartel fueron incorporados al expediente mediante allanamiento practicado por el Ministerio Público, en tanto que tal, su validez está probada y (v) cumplió este órgano con señalar las responsabilidades que según la propia Ley núm. 42-08 corresponden a los presuntos agentes económicos infractores, lo que, aunado a los elementos contenidos en el informe de instrucción, permitirán al Consejo Directivo ponderar los criterios de graduación de la sanción.

CUARTO: COMPROBAR y DECLARAR, con base en las evidencias presentadas por esta Dirección Ejecutiva en su Informe de Instrucción, la existencia de un acuerdo de precios anticompetitivo entre los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., al tenor de lo dispuesto en el artículo 5, literal "a", que opero desde finales del 2015 y hasta el 2018, según pudo demostrar este órgano instructor, bajo las siguientes modalidades: (i) la fijación indirecta del precio por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización de dicho producto, así como la abstención en el otorgamiento de bonificaciones y otros descuentos de carácter financiero y ; (iii) la fijación directa de los precios de comercialización a partir del acatamiento por parte de todos del precio sugerido por parte del productor; y en consecuencia **SANCIONAR** a los referidos agentes económicos, conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 61 literal "a" de la Ley núm. 42-08.²¹⁸

²¹⁸Cfr. Escrito de réplica depositado por la Dirección Ejecutiva, identificado con el número de oficio DE-IN-2021-1127 de fecha 9 de abril de 2021 (en lo delante "Escrito de réplica núm. DE-IN-2021-1127").

165. Habiendo las partes depositado sus escritos, el artículo 49 de la Ley núm. 42-08 establece el plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para que este Consejo Directivo dicte la resolución final.²¹⁹

166. En tal sentido, verificados los hechos que anteceden la presente resolución y siendo ponderados los argumentos presentados por MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA y por la Dirección Ejecutiva, referentes a cuestiones de fondo, este Consejo Directivo las considera suficientes para resolver y, EN CONSECUENCIA,

**DESPUÉS DE HABER ESTUDIADO Y DELIBERADO SOBRE EL CASO,
ESTE CONSEJO DIRECTIVO ESTABLECE LO SIGUIENTE:**

II. Consideraciones de Derecho

SUMARIO:

En el curso de esta fase del proceso, se realizaron cinco (5) audiencias de fondo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley núm. 42-08, etapa en la cual todas las partes presentaron sus argumentos preliminares y concluyentes con respecto a las imputaciones alegadas por el órgano instructor. Previo a ello, fueron celebradas cuatro (4) audiencias de pruebas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47.1 de la Ley núm. 42-08

En el ejercicio de las atribuciones conferidas en el literal "k" del artículo 31 de la Ley núm. 42-08, le corresponde al Consejo Directivo conocer y decidir sobre el presente procedimiento administrativo sancionador perseguido en contra de PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, por presuntas violaciones al literal "a" del artículo 5 de la Ley núm. 42-08.

²¹⁹Para este caso el plazo debe ser analizado de la siguiente manera: Al finalizar la audiencia de conclusiones de fecha 11 de febrero de 2021 este Consejo Directivo otorgó 15 días hábiles para el depósito de escrito justificativo de conclusiones a la Dirección Ejecutiva y al vencimiento 15 días hábiles a las partes a los mismos fines, luego un plazo de 5 días hábiles comunes para depósito de réplica.

Luego de esto, el Consejo Directivo notificó a las partes que había extendido el plazo para depositar el escrito justificativo de conclusiones hasta el día 31 de marzo de 2021 y al finalizar iniciaría el plazo de los 5 días de réplica, plazo que venció el día 9 de abril de 2021.

Finalmente, el día 12 de abril de 2021 inició el cómputo del plazo de 45 días hábiles otorgados al Consejo Directivo para emitir su decisión, el cual finaliza el día 15 de junio de 2021.

167. Para poder ejercer y ejecutar conforme a los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico las facultades que les fueron reconocidas en la Ley núm. 42-08, PRO-COMPETENCIA se conforma de dos niveles de autoridad, el Consejo Directivo, el nivel decisorio, y la Dirección Ejecutiva, el nivel instructor.

168. Así las cosas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 al 50 de la Ley núm. 42-08 y luego de que el Consejo Directivo conociera y decidiera con respecto a la etapa probatoria, en la presente resolución decidirá sobre los planteamientos preliminares vinculados al fondo del procedimiento administrativo sancionador, y luego en caso de que proceda, conocerá y decidirá sobre las imputaciones contenidas en el informe de instrucción y los argumentos de defensa de las partes del procedimiento. Con ocasión a esto, a continuación, abordaremos los siguientes puntos: A) Competencia; B) Objeto del presente proceso; y C) Aspectos preliminares o incidentales relativos esta fase del proceso.

A) Competencia

169. El Consejo Directivo es el órgano encargado de conocer y decidir los procedimientos administrativos sancionadores que sean instruidos por presunta contravención de las disposiciones contenidas en la Ley núm. 42-08, en atención a lo que disponen los artículos 46 al 50 de la referida normativa.

170. Vemos así, que en el ejercicio de las atribuciones conferidas en el literal “k” del artículo 31 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo conoce y decide las acusaciones públicas para la imposición de sanciones administrativas contempladas en la Ley 42-08 los presentados en los procedimientos administrativos sancionadores.

171. En virtud de lo anterior, le corresponde a este órgano conocer y decidir sobre el presente procedimiento administrativo sancionador perseguido en contra de PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, por presuntas violaciones al literal “a” artículo 5 de la Ley núm. 42-08.

B) Objeto del presente proceso

172. En virtud del artículo 25 de la Ley núm. 42-08 y en observancia de los principios de debido proceso y de ejercicio normativo del poder, se reconoce la separación entre la función instructora y la decisoria, al disponer que dichas facultades sean ejercidas por la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo, respectivamente; lo anterior, con el propósito de garantizar que los procedimientos administrativos ejecutados por esta Comisión sean acordes a los principios administrativos vigentes.²²⁰

²²⁰ En cumplimiento del principio de separación de funciones, el Miembro de este Consejo Directivo, licenciado Iván Gatón, funge como secretario ad-hoc del presente proceso. En consecuencia, la Directora Ejecutiva, Jhorlenny Rodríguez, no participó en la deliberación de la presente decisión ni en su redacción.

173. En este sentido, la Dirección Ejecutiva presentó ante este Consejo Directivo en fecha 15 de enero de 2019 el informe de instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-003-2018, de fecha 9 de febrero de 2018, el cual fue acogido por este órgano decisor mediante Resolución núm. 003-2019 de fecha 22 de febrero de 2019, en virtud de las disposiciones del artículo 46 de la Ley núm. 42-08.

174. En virtud de lo anterior, fue iniciado un procedimiento administrativo sancionador en contra los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, por presunta violación al literal “a” del artículo 5 de la Ley núm. 42-08, el cual tipifica las prácticas concertadas y los acuerdos anticompetitivos consistentes en acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto.

175. Como parte de su defensa, varios de los agentes económicos han planteado medios incidentales en esta fase del proceso y conclusiones al fondo, las cuales procuran la nulidad del procedimiento, su archivo o, en su defecto, el rechazo del proceso.

C) Aspectos preliminares o Incidentales en el fondo del proceso

176. Los agentes económicos presentaron pedimentos preliminares con respecto al fondo, tanto en sus escritos como en el curso de las audiencias celebradas. Debido a lo anterior, a seguidas este Consejo Directivo abordará lo concerniente a estas solicitudes las cuales estimó decidir conjuntamente con el fondo dado que prejuzgan o conocen parte de las imputaciones contenidas en el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva.

177. Luego de esto, y en caso de que el Consejo Directivo lo considere necesario se referirá a las imputaciones contenidas en el informe de instrucción en contra de PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA, por supuestamente observarse indicios razonables de presuntas prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos en el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GLAXOSMITHKLINE (GSK) en la República Dominicana, al tenor de lo dispuesto en el literal “a” del artículo 5 de la Ley núm. 42-08.

178. En el caso de marras, este Consejo Directivo ha recibido por parte de los agentes económicos investigados diferentes planteamientos, que ameritan ser analizados y ponderados de manera previa a conocer propiamente las imputaciones contenidas en el informe de instrucción, tal y como presentaremos en lo delante de la presente resolución. Para responder los pedimentos, estaremos analizando en conjunto aquellos que versen sobre la misma naturaleza, para economía procesal y por separado cada uno de los argumentos en atención al agente económico solicitante: I) PROFARMA INTERNACIONAL a) Sobre la nulidad del procedimiento de investigación y del procedimiento administrativo sancionador en virtud de alegadas violaciones al derecho de presunción de inocencia y de defensa; y b) Sobre la alegada configuración de una vía de hecho y la solicitud de nulidad del procedimiento administrativo sancionador por no acogerse su solicitud de depósito y acreditación de pruebas; II) SUED & FARGESA sobre la

solicitud de archivo del expediente administrativo sancionador; III) MERCANTIL FARMACÉUTICA y PROFARMA INTERNACIONAL sobre la solicitud de prescripción de la acción por irretroactividad de la ley; y IV) J. GASSÓ GASSÓ a) Sobre la alegada violación al debido proceso y al derecho de defensa; y b) Sobre la no individualización de la sanción solicitada.

i) PROFARMA INTERNACIONAL

a) Sobre la solicitud de nulidad del procedimiento de investigación y del procedimiento administrativo sancionador en virtud de alegas violaciones al derecho de presunción de inocencia y de defensa

179. Tanto en su escrito de contestación a la Resolución núm. 003-2019 depositado en fecha 4 de abril de 2019, como en el escrito ampliatorio de conclusiones de fecha 25 de marzo de 2021, PROFARMA INTERNACIONAL ha expuesto varios planteamientos con respecto al procedimiento administrativo sancionador que nos ocupa.

180. Así, vemos que dicho agente económico plantea en su escrito de contestación a la Resolución núm. 003-2019, la solicitud de nulidad del procedimiento sancionador administrativo por violación al ordenamiento constitucional al infringirse, alegadamente, garantías mínimas del debido proceso²²¹, específicamente el derecho de presunción de inocencia.²²²

181. Parte de los argumentos que expone se refiere a que en la fase de instrucción esta garantía se traduce en que la Administración soporta la carga de la prueba, sin embargo, continúa indicando el agente, esto contrasta con el contenido del informe de instrucción y cita los numerales 192,193 y 194 del referido informe.²²³

182. Continúa exponiendo que: 1. “la propia data que arroja el informe de instrucción de la Dirección Ejecutiva contradice las conclusiones a las que llega ese órgano”²²⁴, 2. “bajo estos escenarios y sin que Pro-Competencia haya aportado prueba de que el precio de comercialización y venta de los medicamentos de GSK por parte de Profarma Internacional es artificial o lesiona el mercado, podemos concluir que el presente expediente adolece de pruebas suficientes que justifiquen el presente procedimiento y por tanto, las actuaciones encausadas han sido llevadas a cabo en violación a la garantía constitucional de presunción de inocencia, pues no valoran de forma objetiva las piezas de las que se compone el expediente, sino que parten de una presunción de culpabilidad”²²⁵, 3. “que la Administración le está infringiendo un daño irreparable al sembrar en la mente de sus clientes que la empresa es culpable de violación a la ley.”²²⁶

²²¹Vid. Escrito de contestación núm. C-192-19, pp. 16-40.

²²² Ibíd., p. 23.

²²³ Ibíd., pp. 24 y 25.

²²⁴ Ibíd., p. 26.

²²⁵ Ibídem

²²⁶ Ibídem

183. Al respecto, el órgano instructor se refirió en su escrito de alegaciones al indicar que: “en el transcurso del procedimiento de investigación en cuestión, ninguna actuación de la Dirección Ejecutiva ha vulnerado derechos de orden constitucional como lo es el derecho de defensa del agente económico Profarma Internacional, y que dicha entidad comercial no ha probado el agravio que le han causado las supuestas irregularidades invocadas”.²²⁷

184. En ese orden, este Consejo Directivo reafirma que la presunción de inocencia es una garantía fundamental del debido proceso que se erige ante todas las actuaciones de la Administración, incluidas las de este órgano decisor. Como resultado de ello, los argumentos expuestos por PROFARMA INTERNACIONAL, se evaluarán de conformidad con los artículos 69.3 de la Constitución dominicana y el artículo 42.6 de la Ley núm. 107-13.

185. Ahora bien, ¿qué quiere decir ser tratado como inocente de cara a la Administración en el curso de procedimientos administrativos sancionadores? Implica que la carga de la prueba recaiga sobre quien acusa, que sean limitados mínimamente los derechos fundamentales de los imputados y que los imputados sean absueltos en caso de no existir elementos probatorios suficientes.

186. De igual forma, este Consejo Directivo estima que dicho principio implica que no se asuman como verídicas las imputaciones con respecto a los agentes económicos investigados hasta tanto no se ponderen y analicen los argumentos y pruebas presentadas por las partes del procedimiento administrativo sancionador. Este tratamiento se extiende durante toda la fase del procedimiento.

187. En atención a esto, este Consejo Directivo ha podido constatar lo siguiente: i) De la lectura de los numerales 192,193 y 194 del informe de instrucción, no se pone de manifiesto una alteración de la carga de la prueba en perjuicio de PROFARMA INTERNACIONAL, ya que las afirmaciones de la Dirección Ejecutiva no condicionan, ni revierten la carga de la prueba en el orden procesal, ii) en cuanto a que las pruebas no son concluyentes, sobre este punto y si es necesario el Consejo se referirá al analizar las conductas propiamente y los medios probatorios aportados por el órgano instructor, y iii) sobre el alegado daño por sembrar ideas de que el agente económico es culpable, luego de revisar los anexos de publicaciones del portal web de competencia que fueron indicados por PROFARMA INTERNACIONAL en su escrito, se evidenció que los mismos no contravienen lo dispuesto en la Ley núm. 42-08, máxime cuando no se está afirmando ni estableciendo la culpabilidad de dicho agente económico. Siendo así las cosas, y no habiendo este Consejo Directivo verificado conculcación alguna al derecho de presunción de inocencia del agente económico PROFARMA INTERNACIONAL procede rechazar en todas sus partes la solicitud de nulidad fundamentada en ello, sin que exista necesidad de hacerlo constar en la parte dispositiva de la presente resolución.

²²⁷Vid. Comunicación depositada por la Dirección Ejecutiva, identificada como oficio DE-IN-2020-1007 contentiva del escrito ampliatorio de conclusiones, de fecha 17 de enero de 2020, p. 7.

188. Al respecto, el órgano instructor se refirió en su escrito de alegaciones al indicar que: “en el transcurrir del procedimiento de investigación en cuestión, ninguna actuación de la Dirección Ejecutiva ha vulnerado derechos de orden constitucional como lo es el derecho de defensa del agente económico Profarma Internacional, dicha entidad comercial no ha probado el agravio que le han causado las supuestas irregularidades invocadas”.²²⁸

189. Cabe aclarar que, apoderado de un informe de instrucción, este Consejo Directivo tiene el deber, de decidir sobre su admisión a trámite o no, conforme con los artículos 46 y siguientes de la Ley núm. 42-08. En efecto, de lo que se trata esta etapa del procedimiento es de contrastar si dichas actuaciones tienen la vocación de comprometer la responsabilidad de los agentes económicos, los cuales tienen la oportunidad de presentar reparos y medios de defensa durante todo el desarrollo del mismo. Así, contrario a lo alegado por PROFARMA INTERNACIONAL, se puede verificar en el expediente que el Consejo Directivo notificó oportunamente a dicho agente económico y a los demás, conjuntamente con la resolución que ordenó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, el correspondiente informe de instrucción, concediéndole un plazo de 20 días hábiles para que se pronunciara sobre las imputaciones contenidas en el mismo.

190. En efecto, este Consejo Directivo, en aras de resguardar las garantías que le asisten al referido agente, pudo verificar que PROFARMA INTERNACIONAL siempre tuvo copia de todos los documentos del proceso que nos ocupa y, sumado a esto, tuvo acceso permanente al expediente hasta el momento en que el caso quedó pendiente de fallo luego de depositados los escritos ampliatorios de conclusiones. Aún ello, este Consejo Directivo entregó, nueva vez, copia de los referidos documentos que componen el expediente, respondiendo así a la solicitud del actual representante legal de PROFARMA INTERNACIONAL, debido a que aparentemente no tenían toda la documentación por un manejo negligente del anterior representante legal de PROFARMA INTERNACIONAL. Así las cosas, le fue anexado con la notificación de la Resolución núm. 003-2019, el informe de instrucción y se le otorgó un plazo para referirse tanto al informe como a la resolución del Consejo Directivo que lo acoge y evidencia inequívoca de ello es que se está refiriendo justamente al contenido de estos documentos por medio del escrito de contestación depositado en fecha 4 de abril de 2019.

191. En otro orden, el agente económico ha expresado “que constituye un error de procedimiento y atenta contra el derecho de defensa de Profarma Internacional, S.R.L., el hecho de que la resolución núm. 003-2019, validara las actuaciones realizadas por la Dirección Ejecutiva y contenidas en el Informe de Instrucción por ella elaborado, sin que se haya puesto en conocimiento de Profarma Internacional en su calidad de imputada, el citado informe de instrucción, ni habilitado plazos para contestar dicho documento”²²⁹.

192. En ese sentido, tenemos a bien recordar lo dispuesto en la Ley núm. 42-08 con respecto al procedimiento administrativo sancionador. Pues encontramos que de manera expresa las

²²⁸ Vid. Comunicación depositada por la Dirección Ejecutiva, identificada como oficio DE-IN-2020-1007 contentiva del escrito ampliatorio de conclusiones, de fecha 17 de enero de 2020, p.7

²²⁹ Vid. Escrito de contestación núm. C-192-19, p. 36.

actuaciones -tanto en la etapa de instrucción como en la etapa decisoria- fueron plasmadas y establecidas por el legislador, permitiendo que procedimientos como el que nos ocupa hayan tenido su debido curso. Siendo así corresponde en atención a lo dispuesto en los artículos 46 y siguientes de la referida normativa que el Consejo Directivo, i. Decida sobre la admisión o no del informe de instrucción, ii. Notifique su decisión a las partes del procedimiento, iii. Otorgue un plazo a los agentes investigados para que respondan la resolución de inicio y el informe de instrucción, iv. Se conozca la fase decisoria del procedimiento administrativo sancionador.

193. En la especie, el Consejo Directivo dio cabal cumplimiento a la Ley núm. 42-08 y la Ley núm. 107-13, al respetar todos los derechos fundamentales de PROFARMA INTERNACIONAL y el debido proceso que le asiste, lo cual se evidencia incluso en la oportunidad que tuvo dicho agente económico de presentar su escrito de contestación. Por tanto, la alegada violación al derecho de defensa no se configura porque el agente económico fue notificado en los plazos y forma previstos en la Ley núm. 42-08 del informe de instrucción y la indicación expresa de los plazos para que realizara las actuaciones procesales correspondientes que le permitían el libre ejercicio de sus derechos, dentro de los que está su derecho de defensa.

194. De igual forma, de la lectura de la Resolución núm. 003-2019 se puede corroborar que, al admitir a trámite el informe de instrucción presentado por la Dirección Ejecutiva, este Consejo Directivo no hizo una apreciación de fondo con respecto a las imputaciones realizadas por dicho órgano instructor ni con relación al procedimiento administrativo sancionador, sino una evaluación somera de cuestiones procesales y de los elementos que, a su juicio, merecían ser aclarados, contrastados y debatidos en el marco de la etapa decisoria ante el órgano competente. Una postura contraria implicaría asumir que este Consejo no ha analizado ni ponderado cuestiones incidentales de forma y de fondo con respecto al procedimiento de instrucción, sino que se hubiese limitado a rechazar las mismas, bajo el supuesto de que ya este órgano se pronunció con respecto a dichos planteamientos.

195. En tal sentido y dado que este Consejo Directivo no ha verificado conculcación alguna al derecho de defensa del agente económico PROFARMA INTERNACIONAL procede rechazar en todas sus partes la solicitud de nulidad fundamentada en ello.

b) Sobre la alegada configuración de una vía de hecho y la solicitud de nulidad del procedimiento administrativo sancionador por no acogerse su solicitud de depósito y acreditación de pruebas

196. Otro de los planteamientos presentados PROFARMA INTERNACIONAL en el marco del procedimiento decisorio versa sobre que el Consejo Directivo en la audiencia de fondo celebrada en fecha 11 de febrero de 2021 alegadamente rechazó de manera oral y sin ofrecer una mínima motivación, el pedimento de admisión y acreditación de pruebas que había propuesto esta empresa, así como su pedimento de aplazamiento de audiencia a los fines de ejercer el derecho al recurso.

197. En este sentido, el agente económico afirma que se configuró una manifiesta y arbitraria violación de los derechos fundamentales del agente económico, al lesionarse su derecho de defensa, su derecho de prueba y su derecho al recurso, configurándose dicha negativa en una alegada vía de hecho administrativa.²³⁰

198. Consecuencia de lo anterior, solicita la declaratoria de nulidad del procedimiento administrativo sancionador por haberse violentado su derecho de defensa, su derecho a las pruebas y su derecho al recurso²³¹, garantías que constituyen derechos fundamentales, protegidos por el artículo 69 de la Constitución dominicana.

199. La Dirección Ejecutiva ha indicado sobre esto que “nosotros dejamos a la soberana apreciación del Consejo la valoración de los argumentos presentados por Profarma, no obstante es importante que tomen en cuenta las fechas de los documentos probatorios, son documentos de fecha 5 de febrero del 2020, junio 3 2020, eran fechas previas a la decisión del Consejo respecto de los medios probatorios tratados en las fases probatorias, es decir Profarma tuvo desde febrero del 2020 documentos que podían haber sido aportados oportunamente que el Consejo pudo haber valorado en la fase probatoria.”²³²

200. En este sentido, se debe recordar que en la audiencia se le informó a PROFARMA INTERNACIONAL que su pedimento era rechazado debido a que las pruebas eran extemporáneas y no podían acreditarse para conocerse en el proceso en atención a lo dispuesto en la Ley núm. 42-08 y la Ley núm. 107-13. Como resultado de esto, el Consejo Directivo falló de la manera siguiente:

“En cuanto a la oportunidad de ofrecer los medios de prueba, recordemos los dos tipos de prueba, la ordinaria y la extraordinaria. De no cumplirse con el requisito de presentarse las pruebas en los plazos ordenados en el 42-08 la prueba es extemporánea no puede acreditarse para conocer el proceso, eso es en cuanto a la prueba ordinaria.

En cuanto a la prueba extraordinaria es aquella que se ofrece en momento de excepción como establece el 33 del reglamento de aplicación al cual hizo alusión el representante de Profarma. De acuerdo al artículo 33 del Reglamento de Aplicación aquí citado y alegado por Profarma hace referencia a la posibilidad de presentar pruebas de manera extraordinaria y dice “En el procedimiento decisorio ante el Consejo Directivo podrán ser aportadas pruebas distintas a las que se contengan en el expediente instruido por la Dirección Ejecutiva cuando, por razones legítimas, no haya sido posible su facilitación en fase de instrucción, siempre que se garantice el hecho de defensa de las partes.”

²³⁰Escrito ampliatorio de conclusiones, p. 10.

²³¹Ibídem.

²³²Vid. Acta de la audiencia celebrada en fecha 11 de febrero de 2021, p. 8

Estas pruebas aportadas por Profarma son extemporáneas, no pueden acreditarse para conocerse en el proceso porque no cumplen con las condiciones citadas por la Ley y el propio artículo 33 que no trajimos nosotros a colación, que lo citó el propio agente económico, por consiguiente, se ordena la continuación de la presente audiencia y esto estará consignado en la decisión final.”²³³

201. Una vez esto, el Consejo Directivo continuó con la audiencia, dando paso a escuchar a los testigos y argumentos y dándole la oportunidad a todas las partes de defenderse, incluyendo a PROFARMA INTERNACIONAL.

202. En este sentido, se debe resaltar que como se expuso *in voce*²³⁴ en la audiencia a PROFARMA INTERNACIONAL el examen de admisión o rechazo de prueba que realiza el Consejo, lo realiza de acuerdo con los requisitos y reglas que establece la Ley núm. 107-13, la Ley núm. 42-08 y su Reglamento de Aplicación. Estos requisitos son formales cuando atienden a la oportunidad o momento procesal en el cual las partes deben ofrecer la prueba y la forma en que debe ser ofrecido cada medio, mientras que, los requisitos materiales o intrínsecos regulan la pertinencia, idoneidad, utilidad e ilicitud de los medios de prueba ofrecidos, principios establecidos en la Ley núm.107-13.

203. Así las cosas, la Ley núm. 107-13 detalla claramente las fases del procedimiento administrativo sancionador, dividiendo la fase de inicio, instrucción y decisión. Esto también lo detalla, de forma remarcada, la ley 42-08. Asimismo, aunque no detallado de forma expresa por estos textos legales, se extrae del derecho común que existen dos tipos de prueba: la prueba ordinaria y la prueba extraordinaria. La prueba ordinaria, es aquella que se ofrece en los momentos normales que establece el procedimiento.

204. En este mismo sentido, en cuanto a la oportunidad de ofrecer los medios de prueba, que el numeral “3” del artículo 42 de la Ley núm. 107-13 establece como uno de los principios del procedimiento sancionador, la garantía del derecho del presunto responsable, a presentar sus medios de defensa. Así las cosas, el artículo 43 párrafo II se hace referencia a la admisión de pruebas necesarias. Sin embargo, como explicaremos a continuación, eso cumple con unos requisitos que permiten garantizar el debido proceso y la tutela administrativa efectiva.

205. Conforme con la Ley núm. 107-13, el párrafo 3 del artículo 21 indica que los interesados pueden depositar las pruebas durante la sustanciación del proceso. Sin embargo, el artículo 20 del mismo texto legal indica que la normativa reguladora de cada proceso (en este caso la Ley núm. 42-08) establece el plazo de su tramitación. Sobre esto, el artículo 42 y siguientes de la Ley

²³³Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 11 de febrero de 2021, pp. 10-12.

²³⁴Ibídem

núm. 42-08 establece cuando son aportadas las pruebas de manera ordinaria. Fue en este marco donde PROFARMA INTERNACIONAL realizó múltiples depósitos de documentos.²³⁵

206. En esa virtud, fue dictada la citada Resolución núm. 011-2020 por medio de la cual fueron acreditadas todas las pruebas en el proceso, entre ellas, todas las pruebas presentadas por PROFARMA INTERNACIONAL, agente económico que ha estado siempre presente en el proceso y ha ejercido su derecho de defensa a través de los escritos presentados. De hecho, en momento alguno fue recurrida la citada decisión, derecho que le asiste conforme la Ley núm. 42-08, por lo que adquirió la autoridad de la cosa firme. Así las cosas, es de notar que el momento en que PROFARMA INTERNACIONAL intentó presentar esos elementos probatorios, aun cuando tenía conocimiento de los mismos previamente, no permite que pueda ser acreditada ni valoradas por este Consejo Directivo. Resultado de esto, de no cumplirse con el requisito de presentarse las pruebas en los plazos ordenados por la Ley núm. 42-08, la prueba es extemporánea y no puede acreditarse para conocerse en el proceso.²³⁶

207. En ese sentido, este Consejo Directivo pudo constatar que en fecha 12 de enero de 2021, la cual contenía dos comunicaciones (una del 1 de junio y otra del 3 de junio de 2020) y el 10 de febrero de 2021, PROFARMA INTERNACIONAL, depositó como prueba dos documentos:

- i. es una decisión jurisdiccional de un proceso que esta institución tiene en curso ante los tribunales como resultado de la Resolución núm. 018-18. Vale resaltar, que esta resolución que acabamos de mencionar fue dictada en razón a una conducta distinta y tipificada en el artículo 6 de la Ley núm. 42-08;
- ii. un documento denominado “Análisis y Certificación de ventas línea GLAXOSMITHKLINE: 2016-2020”, lo cual son datos contables que pudieron haber sido presentados incluso durante la fase de instrucción del proceso.

²³⁵ En efecto, en fecha 9 de febrero de 2018, la Dirección Ejecutiva notificó la Resolución núm. DE- 003-2018, otorgándole un plazo de 20 días hábiles para depositar sus alegaciones respecto del proceso de investigación iniciado. Para la fecha 2 de marzo de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL depositó una comunicación respondiendo a lo anterior y depositando también varios documentos en sustento de sus argumentos. El 11 de junio de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL realizó otro depósito de pruebas. Por solicitud voluntaria de PROFARMA INTERNACIONAL, se realizó una visita de inspección. Como resultado de esto, el 6 de septiembre de 2018, PROFARMA INTERNACIONAL, depositó mediante correo electrónico, el documento titulado “Estado de Resultado 2017”.

²³⁶ Ahora bien, existe la posibilidad de presentarse pruebas fuera del proceso de instrucción de forma excepcional. Esto es lo que se denomina prueba extraordinaria, como lo establece el artículo 33 del Reglamento de Aplicación. Así las cosas, el artículo 33 del Reglamento de Aplicación aquí citado y alegado por PROFARMA INTERNACIONAL, hace referencia a la posibilidad de presentar pruebas de forma extraordinaria. En este sentido, citamos: “en el procedimiento decisorio ante el Consejo Directivo podrán ser aportadas pruebas distintas a las que se contengan en el expediente instruido por la Dirección Ejecutiva, cuando, por razones legítimas, no haya sido posible su facilitación en fase de instrucción, siempre que se garantice el derecho de defensa de las partes.” Esta misma figura la vemos en otros procesos, como el penal, donde se recoge la figura de “prueba nueva”, pero limitada a la misma naturaleza expuesta: que haya surgido con posterioridad o que era de imposible obtención en el momento.

208. Al analizar las fechas de los referidos documentos y el contenido de los mismos, podemos concluir que no existen, por tanto, razones legítimas que impidieran a PROFARMA INTERNACIONAL presentarlos en el proceso para ser acreditados y evaluados como pruebas por este Consejo Directivo en la Resolución núm. 011-2020 de fecha 29 de septiembre de 2020, que resolvió sobre los incidentes y puso fin a la etapa probatoria de la fase decisoria, máxime cuando se trataba documentos que se originaron en fechas anteriores a esta.

209. Consecuencia de lo anterior, las pruebas aportadas por PROFARMA INTERNACIONAL en sus comunicaciones del 12 de enero y 10 de febrero del 2021 son extemporáneas y no pueden acreditarse para conocerse en el proceso, puesto que las mismas no cumplen con las condiciones dadas en el artículo 33 del Reglamento, es decir “que por razones legítimas, no haya sido posible su facilitación en fase de instrucción.”

210. Por otro lado, con respecto al artículo 47.3 de la Ley núm. 42-08, hace la referencia que “3. Contra las decisiones del Consejo Directivo en materia de pruebas, se podrá interponer recurso de reconsideración ante el propio Consejo Directivo, en un plazo de diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.” Esta figura de la reconsideración se da en fase de “pruebas” ante el Consejo Directivo, con la finalización del proceso de instrucción. Sobre ello, se recuerda que fue dictada la Resolución núm. 011-2020 del 29 de septiembre de 2020, la cual no fue recurrida por PROFARMA INTERNACIONAL, adquiriendo la autoridad de la cosa firme.

211. Así pues, contrario al pretendido alegato, la fase del proceso donde se encontraba en ese momento es la recogida en el artículo 48 de la Ley núm. 42-08 correspondiente a las conclusiones. Por tanto, para el caso de la especie su solicitud resultaba extemporánea, pues se había concluido la fase probatoria del procedimiento administrativo contemplado en la referida normativa.

212. Por último, se debe resaltar que el cambio de representación legal y, con ello, de estrategia, no puede ser óbice para el cumplimiento de las normas legales correspondientes. Las faltas de aportar pruebas, por negligencia o estrategia de parte de un abogado anterior, no puede someter a los demás agentes económicos y a la propia Administración a no respetar principios como el de eficacia, el de seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa, de igualdad de trato, de legalidad, confianza legítima y debido proceso, todos reconocidos en la Ley núm. 107-13 y derivados de la debida tutela administrativa que está llamada esta institución a respetar. El tema es aún más delicado puesto que, en *strictu sensu*, las acciones cometidas por la representación legal de PROFARMA constituyen graves faltas éticas administrativas que pudieran ser reportadas y sancionadas a la Dirección General de Integridad Gubernamental (DIGEIG).

b.1) Sobre las vías de hecho

213. Para este Consejo Directivo una vía de hecho es una actuación de la Administración que vulnera el ordenamiento jurídico o que no encuentra sustento en el mismo para realizarse. Según Cassagne: “(...) es evidente, a nuestro juicio, que la lesión que la configura debe implicar un

ataque efectivo, un comportamiento material, que como tal sea tangible, no bastando con la lesión potencial o una mera amenaza de sufrir un perjuicio.²³⁷"

214. Conforme a esta concepción una vía de hecho o una actuación material de la Administración se configura cuando se ha actuado sin ningún tipo de fundamento en perjuicio de un administrado.

215. En el caso de marras, no existe vía de hecho en perjuicio del agente económico debido a que el rechazo del Consejo Directivo a las solicitudes de nuevo depósito de prueba y de aplazamiento de audiencia presentadas por PROFARMA INTERNACIONAL, estuvieron debidamente fundamentados en lo dispuesto en la Ley núm. 42-08 y en la Ley núm. 107-13, tal y como hizo constar en la decisión dada *in voce* en audiencia por el órgano decisor.

216. Siendo así las cosas, conviene denotar que este es un procedimiento administrativo sancionador que inició ante el Consejo Directivo por medio del dictamen de la Resolución núm. 003-2019 de fecha 22 de febrero de 2019, fecha desde la cual se inició una fase decisoria, dividida en la etapa probatoria, donde las partes pudieron depositar sus medios de defensa, así como plantear cuestiones procesales previas y la etapa de conclusiones, la cual inició luego del dictamen de la Resolución núm. 011-2020 de fecha 29 de septiembre de año 2020, pues tal y como constó en el dispositivo quinto de la misma, se decidió:

“QUINTO: ORDENAR la celebración de una audiencia pública la cual deberá ser fijada en breve término, a los fines de conocer el fondo del procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A.”

217. Como es posible notar, se le informó de manera expresa a los agentes económicos²³⁸ que se iniciaría la fase de fondo del procedimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley núm. 42-08, para lo cual fueron convocados a comparecer a la audiencia que a tales fines se celebraría el 15 de diciembre del 2020.

218. Sin embargo, tal y como expusimos en la relatoría de hechos del presente acto administrativo, las audiencias del 15 de diciembre de 2020, del 6 de enero de 2021 y del 12 de enero de 2021, todas convocadas para conocer el fondo, fueron aplazadas debido a requerimiento y situaciones planteadas por el agente económico PROFARMA INTERNACIONAL, básicamente debido a la imposibilidad de que su asistencia legal le continuara representando y para que su nuevo representante se familiarizara con el caso.

²³⁷Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II, 7ma. Edición. Buenos Aires, 2004, p. 45.

²³⁸ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 20 de enero de 2021, p. 37.

219. Este Consejo Directivo, expuso en la audiencia de fecha 11 de febrero de 2021, el criterio que se mantiene, el cual además evidencia la fundamentación que le fue dada al agente económico.

220. Mal haría entonces este Consejo Directivo en aceptar pruebas nuevas cuando no existe justificación alguna de que las mismas fuesen depositadas fuera de la etapa probatoria, más allá de un cambio de estrategia jurídica o cuando versen sobre casos que no sean sobre la misma práctica presuntamente violatoria a la Ley núm. 42-08.

221. Por lo tanto, no existe violación al derecho de defensa, ya que PROFARMA INTERNACIONAL, tuvo la oportunidad efectiva de presentar los medios de prueba que estimó pertinente en la etapa procesal que fue establecida a tales fines, y tampoco evidenció que los nuevos medios propuestos no existían al momento que hizo ese primer depósito o que eran vinculantes al caso de marras.

222. En tal sentido, este Consejo Directivo declara inadmisibles los depósitos de pruebas realizados por PROFARMA INTERNACIONAL, al ser los mismos extemporáneos. Asimismo, este órgano decisor rechaza el pedimento de nulidad del procedimiento administrativo basado alegatos sobre conculcación a su derecho de defensa.

ii) **SUED & FARGESA**

a) **Sobre la solicitud de archivo del expediente administrativo sancionador**

223. El agente económico SUED & FARGESA, planteó en el curso de las audiencias de fondo celebradas en el presente procedimiento administrativo sancionador, que “en razón de la exclusión del documento denominado aplicación de técnicas cuantitativas para la detección temprana de carteles *screening* en el mercado de medicamentos de la República Dominicana y del análisis económico contenido en base a este informe de instrucción, que el Consejo Directivo proceda a ordenar el archivo del expediente que nos ocupa toda vez que dicho documento revestía una importancia determinante para la suerte del presente proceso.”²³⁹

224. Esto bajo el entendido de que “todo este proceso está articulado en base a una teoría cuyo fundamento es económico, se ha dicho que hay un problema de concertación de precios de conformidad con la ley, que obliga a en el interés a probar lo que se alega recurrir a la economía y ese es el documento que permite determinar el mercado relevante, que permite analizar todas las circunstancias económicas detrás de la imputación, sin ese documento no hay posibilidad de probar nada en este proceso.”²⁴⁰

²³⁹ Vid. Acta de audiencia de fondo celebrada en fecha 20 de febrero de 2021, p. 6

²⁴⁰ Ibid, p. 3

225. Por otro lado, los demás agentes se adherieron a esta solicitud. En efecto, J. GASSÓ GASSÓ afirmó que “[s]encillamente se queda huérfano el proceso de cualquier tipo de prueba, cualquier tipo de razonamiento que este incluido aquí y como tal la sanción procesal que procede o que, aplica es el archivo del expediente en este caso.”²⁴¹

226. Asimismo, MERCANTIL FARMACÉUTICA indicó que “[l]a génesis de este proceso en el consejo directivo es el informe de instrucción, pero la génesis del procedimiento en general, no es eso, son, es una sola cosa y es el screening de precios que fue excluido de este proceso.”²⁴²

227. Finalmente, PROFARMA INTERNACIONAL concluyó que “[e]l expediente administrativo ha sido despojado de la única prueba que habría permitido cumplir con los requerimiento del artículo 7 de la Ley 42-08, la tipificación de la conducta imputada necesariamente requiere el cumplimiento de las formalidades y exigencias de los tres párrafos, de los tres primeros párrafos, párrafos uno, párrafo dos y párrafo tres del artículo 7, la calificación de la conducta anticompetitiva en la actualidad resulta materialmente imposible en esta fase el procedimiento”.

228. Según los agentes económicos, de lo que se trata fundamentalmente su petición es de que, supuestamente, el procedimiento administrativo sancionador se encuentra imposibilitado de continuar ante la exclusión del *screening* debido a que este se erige como la única prueba que sustenta las imputaciones de la Dirección Ejecutiva.

229. Ante este planteamiento la Dirección Ejecutiva, indicó que “el documento excluido no era el sustento de la imputación realizada por este órgano instructor, sino más bien un indicio utilizado para dar inicio al procedimiento de investigación.”²⁴³

230. Continúa exponiendo “En ese sentido, el documento excluido denominado “Aplicación de Técnicas Cuantitativas para la Detección Temprana de Carteles (*screening*)” se enmarca, como se ha explicado en reiteradas ocasiones, en la referida etapa preliminar del procedimiento de investigación llevado a cabo por la Dirección Ejecutiva (...). De manera que la exclusión del mismo no da lugar al archivo del expediente por falta de objeto como pretenden los agentes económicos, pues, nueva vez, dicho documento no constituye el sustento fáctico-económico de las imputaciones realizadas por esta Dirección Ejecutiva.”²⁴⁴

231. Este planteamiento es el mismo que desde el informe de instrucción ha venido planteando el referido órgano, pues tuvo la oportunidad de referirse al *screening*, debido a cuestionamientos que realizaron los agentes económicos imputados en la fase de instrucción del expediente:

“En cuanto a los alegatos sobre el screening efectuado por el Departamento de Estudios Económicos y de Mercado de Pro-Competencia, de manera general conviene resaltar que

²⁴¹ Ibid, p. 8

²⁴² Ibid, pp. 8 y 9.

²⁴³ Vid. Escrito de réplica núm. DE-IN-2021-1127, p. 3.

²⁴⁴ Ibídem.

dicho documento de cara al inicio de un procedimiento de investigación de oficio, constituye tan solo un instrumento económico que permite la aproximación a las condiciones de determinado mercado que podrían favorecer la aparición de prácticas colusorias, por lo cual el mismo no puede ser considerado un estudio de condiciones de competencia en un mercado determinado y por ende no está llamado a contener información sobre la concentración del mercado o definir los aspectos del mercado relevante, como requieren algunos agentes económicos investigados.”²⁴⁵

232. Según establece el artículo 33 literal “f” de la Ley núm. 42-08, la Dirección Ejecutiva podrá: “f) Realizar estudios e investigaciones en los sectores económicos para analizar el grado de competencia de los mismos, así como la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, y sus respectivas recomendaciones.” Siendo el Departamento de Estudios Económicos y de Mercado la dependencia de la Dirección Ejecutiva la encargada de realizar dichos estudios.

233. De la revisión del referido documento de *screening* este Consejo Directivo constató que el mismo se realizó el 31 de enero de 2018, es decir previo al inicio de la investigación que data de fecha 9 de febrero de 2018, por lo que ante este órgano, este informe se constituye como un “indicio” y siendo la fecha de su instrumentación anterior a la investigación no puede ser incorporado como un medio probatorio, sino como una referencia.

234. Este tratamiento dado al *screening*, se hace considerando que “los indicios, esto es los datos que le llevan a considerar la posibilidad de una infracción”²⁴⁶, no se constituye como un elemento, ni vinculante, ni capaz de fundamentar una posible decisión de fondo que pudiera dictar este órgano decisor.

235. Sobre esto, este órgano decisor indicó en su Resolución núm. 018-2018 lo siguiente:

“166. El procedimiento administrativo contemplado en la Ley núm. 42-08 establece que el Informe de Instrucción debe contener las conductas observadas, las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que merecen los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.

167. En tal sentido, el Informe de Instrucción se constituye como el documento formal de acusación del cual se derivan todas las consecuencias jurídicas de un proceso por violación a la Ley núm. 42-08, sin que el Estudio Económico impida su curso ni limite sus efectos atribuidos por la norma.”²⁴⁷

²⁴⁵ Informe de Instrucción, pp. 62 y 63.

²⁴⁶ Tribunal General de la Unión Europea, Asunto T-325/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de junio de 2018. Disponible en: https://curia.europa.eu/en/content/juris/t2_juris.htm

²⁴⁷ (Subrayado nuestro)

236. Es menester establecer que el *screening* es un estudio que sirve como herramienta para que las autoridades de competencia puedan tener una visión general sobre el comportamiento del mercado. Así vemos, que el Instituto Universitario de estudios Europeo, lo ha definido de la siguiente manera :

“El *screening* se puede definir como el proceso mediante el cual se puede identificar a las empresas que pudieran operar bajo la probable existencia de un cártel. De esta manera, el *screening* es una fase más dentro del proceso multifásico gradual de la detección de los cárteles que puede o no terminar en la persecución y penalización de las empresas que lo forman.”²⁴⁸

237. En ese orden de ideas, el *screening* contiene información relevante para el inicio de la investigación. No se erige como una prueba única y obligatoria en el procedimiento administrativo sancionador, por eso vemos que se estima que el mismo se oriente en el siguiente sentido:

“Así, los *screens* permiten pues detectar problemas de competencia en ciertos mercados o empresas por parte de las autoridades competentes, y proporcionar las pruebas empíricas oportunas para iniciar la investigación o también pueden servir para calcular los daños causados por los cárteles, incluido el sobreprecio que se pueden imponer a los bienes o la pérdida de bienestar económica de los consumidores.”²⁴⁹

238. En el caso de marras, una vez iniciado el procedimiento de investigación, fueron realizadas por el órgano instructor diversas actuaciones, que permitieron la recolección y obtención de pruebas, inclusive de índole económico, las cuales fueron incluidas en el informe de instrucción presentado ante este Consejo Directivo y que sustentan los análisis realizados por esa Dirección Ejecutiva.

239. En efecto, luego de ser excluido el *screening*, este Consejo Directivo procedió a verificar y pudo validar que los alegatos de la Dirección Ejecutiva, no se basaron en los datos arrojados en el referido documento, sino en hechos y pruebas recolectadas durante el curso del procedimiento de investigación.

240. Como ha sido expuesto por este Consejo Directivo en la resolución núm. 018-2018, con respecto a los elementos requeridos para darle curso al procedimiento administrativo sancionador:

“La imposibilidad material de continuar con un procedimiento administrativo implica desestimar todas las pretensiones de fondo presentadas por la Dirección Ejecutiva, si se considerara que el Estudio Económico, el cual fungía como anexo al Informe de Instrucción, no posee los elementos de prueba suficientes o los criterios técnicos necesarios para pasar el filtro de los criterios normativos exigidos en la materia.”

²⁴⁸Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo, Screening de la autoridad de competencia: Mejores prácticas internacionales, núm. 37/2013, Madrid 2013, p. 12.

²⁴⁹(Subrayado nuestro) Ibídem, p. 14.

241. En atención a lo anterior, este Consejo Directivo al considerar los argumentos planteados por las partes considera que aunque el “*screening*” fue excluido del expediente administrativo sancionador, este no se constituye como la prueba indispensable para el conocimiento del presente proceso, más aún cuando existen suficientes elementos aportados y recolectados en el procedimiento, incluso de índole económica, que ameritan ser ponderados por este órgano, y que fueron acreditados como buenos y válidos por medio de la Resolución núm. 011-2020, por lo que este Consejo Directivo tiene a bien rechazar la solicitud de archivo del expediente.

iii) MERCANTIL FARMACÉUTICA y PROFARMA INTERNACIONAL

a) Sobre la solicitud de prescripción de la acción por irretroactividad de la ley

242. Los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA y PROFARMA INTERNACIONAL solicitaron en sus escritos de contestación a la Resolución núm. 003-2019, ser excluidos²⁵⁰ del presente procedimiento administrativo sancionador debido a su distanciamiento del alegado acto anticompetitivo antes de la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08

243. De igual forma, engloban en esta solicitud la declaración de prescripción de la acción²⁵¹ y la exclusión por la falta de pruebas fiables²⁵² y el efecto de irretroactividad de la ley, todo bajo los mismos supuestos.

244. Asimismo, MERCANTIL FARMACÉUTICA indica que “[e]l distanciamiento de Mefasa cártel fue en el año 2016, mucho antes del 2018, como erróneamente indica la DE en su Informe de Instrucción. El solo hecho de que un Agente Económico denunciara en Pro-Competencia a otro agente económico a principios de noviembre de 2017, es muestra evidente de que el rompimiento de cartel fue mucho antes de la fecha que indica la DE, siendo la fecha correcta anterior al 2017 y, por lo tanto, no sancionable.”²⁵³

245. Por este motivo, continúa planteando que “(...) la propia Dirección Ejecutiva reconoce, de forma expresa, su distanciamiento del alegado cartel (...) desde el año 2016”²⁵⁴ y que “(...) solo el hecho de que Profarma Internacional denunciara a finales del año 2017 de que MEFASA no estaba cumpliendo con el alegado ‘acuerdo’ es muestra expresa de que, desde antes de esa fecha, MEFASA estuvo separada de cualquier conducta presumiblemente anticompetitiva.”²⁵⁵

246. En ese mismo sentido, PROFARMA INTERNACIONAL, plantea la prescripción de la acción aduciendo “Que en este sentido, a diferencia de lo que opina la Dirección Ejecutiva, no

²⁵⁰Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, p.31 y escrito de contestación núm. C-192-19, p. 84.

²⁵¹Vid. Escrito de contestación núm. C-192-19, p. 84.

²⁵²Ibíd., p. 85.

²⁵³Ibíd., p. 32.

²⁵⁴Vid. Escrito justificativo de conclusiones, p. núm. C-0213-2021, p. 19.

²⁵⁵Vid. Ibíd., p. 20.

existen el expediente pruebas que sustenten la continuidad o prolongación en el tiempo de un presunto cartel”²⁵⁶ y agrega “(...) sus efectos inexistentes no pudieron haberse prolongado en el tiempo.”²⁵⁷

247. En suma, ambos agentes económicos indican que su participación fue antes de la entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08 y, en atención a ello, solicitan su exclusión del presente procedimiento administrativo sancionador.

248. Por el contrario, la Dirección Ejecutiva afirma que “se trata de una conducta continuada en el tiempo, la cual según las evidencias recabadas por este órgano instructor, inició en el 2015 y se mantuvo, por lo menos hasta febrero de 2018 (...) por lo que no se circunscribe a un evento aislado o puntual que tuvo lugar y culminó antes de la entrada en vigencia de la Ley, como mal ha querido plantear el agente económico que ha expuesto dicha hipótesis.”²⁵⁸.

249. Sobre hechos acontecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08, ya este Consejo ha tenido la oportunidad de referirse y ha establecido su criterio. En efecto, en su Resolución núm. 018-2018 ha afirmado que:

“[l]a noción de *efecto retroactivo de la ley*, recogida en el artículo 110 de la Constitución dominicana; que en virtud de la certeza que debe imperar en el ordenamiento jurídico, el referido texto constitucional establece el principio de *irretroactividad de la ley*, el cual debe entenderse en el sentido de que las situaciones jurídicas se rigen conforme a las reglas vigentes al momento de constituirse esos vínculos, de modo que los administrados puedan saber a qué atenerse en las relaciones con el poder público. Por lo tanto, “[e]n ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.”¹

En igual sentido, el artículo 36, párrafo II de la Ley núm. 107-13, establece que “[l]as disposiciones legales sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. Serán de aplicación a los hechos que constituyan infracción administrativa en el momento de su vigencia.”

Lo normal es que las normas jurídicas se promulguen para regular situaciones fácticas o hechos que ocurren dentro de la época de su vigencia, dejando fuera de su alcance tanto los hechos acaecidos antes de su entrada en vigor, como también los que suceden luego de su derogación. En consecuencia, no se admite aplicar válidamente hacia el pasado normas jurídicas posteriores para resolver situaciones acontecidas con anterioridad al dictado de dichas normas, “(...) sino cuando sea favorable al que esté

²⁵⁶Vid. Escrito de contestación núm. C-192-19, p. 81.

²⁵⁷Vid. *Ibíd.*, pp. 81 y 82.

²⁵⁸Vid. Informe de instrucción, p. 86.

subjúdice o cumpliendo condena”, acorde con lo dispuesto en la mencionada disposición constitucional.²⁵⁹

250. Como ha establecido este órgano, para poder determinar la fecha a partir de la cual podrán ser conocidas las violaciones a la Ley núm. 42-08 es necesario determinar su fecha de promulgación y de entrada en vigencia. Así las cosas, es criterio de este Consejo Directivo, que serán conocidas e investigadas las conductas que se encuentran en curso desde el 6 de enero de 2017 (fecha de entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08), exceptuando cuando se trate de faltas continuas o continuadas, cuya ejecución se presupone se ha mantenido con posterioridad al 6 de enero de 2017 aunque hayan iniciado en fecha anterior a esta.

251. Que, por otro lado tal y como ha sido plasmado en la Resolución núm. 011-2020, este Consejo ha acreditado un legajo probatorio en donde constan elementos aportados por todas las partes del procedimiento, los cuales son los que ha tomado en cuenta para exponer sus consideraciones en el presente acto administrativo y que tal y como se ha hecho constar en la solicitud de archivo por la exclusión del screening “este Consejo Directivo procedió a verificar y pudo validar que los alegatos de la Dirección Ejecutiva, no se basaron en los datos arrojados en el referido documento, sino en hechos y pruebas recolectadas durante el curso del procedimiento de investigación”.

252. Para el caso de marras, este Consejo Directivo ha podido comprobar de la documentación aportada por las partes, que los hechos se originaron antes y continuaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley. Consecuencia de esto, nos encontramos, en efecto, ante un escenario de faltas continuadas que, si bien se originaron antes de la entrada en vigencia de la ley, han permanecido a lo largo del tiempo, lo cual faculta a este órgano para su conocimiento bajo el amparo de la ley 42-08.

253. En atención a lo precedentemente expuesto, este Consejo Directivo tiene a bien rechazar las solicitudes de prescripción de la acción y de exclusión de los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA y PROFARMA INTERNACIONAL.

iv) **J. GASSÓ GASSÓ**

a) Sobre la alegada violación al debido proceso y al derecho de defensa

254. En su escrito justificativo de conclusiones, el agente económico J. GASSÓ GASSÓ expuso una alegada violación al debido proceso que conlleva que el procedimiento sea cerrado. Esto debido fundamentalmente a que algunas de las pruebas de la Dirección Ejecutiva a su consideración cercenaban el debido proceso y el derecho de defensa del solicitante.

255. Indica que “de manera especial, los gráficos contenidos en el informe de instrucción de la Dirección Ejecutiva titulados: i) Gráfico 1. Participación porcentual en las ventas locales de

²⁵⁹Vid. Resolución núm. 018-2018, pp. 52 y 53.

analgésicos y antigripales producidos por GSK, 2011-2017” página 104; “Gráfico 2. Participación porcentual en las ventas locales de antigripales producidos por GSK, 2011-2017 página 106; “Tabla 3. Participación (%) e IHH en la distribución local de analgésico y antigripales GSK, 2011-2017”; “Tabla 4. Cambio en participación e índice de rivalidad en la distribución local de analgésicos y antigripales GSK, 2012-2017, página 108”; v) “Gráfico 4. Evolución relativa del precio de los medicamentos en relación nominal de Winasorb Ultra X’s 100 vs. Productos seleccionados, 20/10/2014-28/11/2017” página reducción de fiebre agosto 2017-2018 página 136. Dichas gráficas e ilustraciones fueron supuestamente elaborados por el Departamento de Estudios Económicos y de Mercado de Pro-Competencia, utilizando datos proporcionados por agentes del mercado, sin que dichos datos fueran proporcionados a las partes del proceso.”²⁶⁰

256. En ese sentido, continúa que “la omisión señalada en el párrafo anterior supone un impedimento en detrimento de J. Gassó Gassó que nunca tuvo acceso a dicha data, ni pudo tomar conocimiento de su contenido y que, en consecuencia, no pudo articular la debida defensa ante las infundadas imputaciones. Dicha maniobra constituye una violación al debido proceso”²⁶¹ y a esto le agrega que “El hecho de que en un principio el órgano instructor declarara la información de naturaleza confidencial, impidió que esos instrumentos de prueba fueran sometidos a contradicción dentro del marco del proceso.”²⁶²

257. Finalmente, señala que “la situación expuesta viola principios como el de igualdad de armas, debida defensa e igualdad de apropiación de la información, colocando a J. Gassó Gassó en una situación de desventaja, indefensión y desigualdad frente a la Dirección Ejecutiva, ya que nunca dispuso de las informaciones que formaron parte integral en la elaboración de gráficos que fueron contentivos dentro del informe de instrucción.”²⁶³

258. Como respuesta a lo anterior, el órgano instructor expuso en su escrito de réplica que “todos los agentes económicos sujetos al presente procedimiento administrativo sancionador tuvieron garantizado el derecho de acceso al expediente para consultar los documentos que lo componían.”²⁶⁴

259. Agrega también, que “cada uno de esos documentos, incluso los confidenciales en sus versiones públicas, constaban como a la fecha, en el expediente instruido por esta Dirección que le fue entregado a los agentes económicos”²⁶⁵ y que “fuera de los gráficos elaborados con información suministrada por los agentes económicos, hay en el informe de instrucción 2 gráficos contruidos a partir de información pública del Banco Central de la República Dominicana; 2 con

²⁶⁰Vid. Escrito justificativo de conclusiones, núm. C-0187-2021, p. 10

²⁶¹Ibidem.

²⁶²Ibidem.

²⁶³Vid. Escrito justificativo de conclusiones, núm. C-0187-2021, p. 11

²⁶⁴Vid. Escrito de réplica, núm. DE-IN-2021-1127, p. 8

²⁶⁵Ibidem

información de Pro-Consumidor y otras pocas referencias a datos de la Oficina Nacional de Estadísticas (ONE) incorporadas al expediente.”²⁶⁶

260. Concluye, indicando que “J. Gassó Gassó tuvo oportunidad de conocer dichas informaciones y rebatirlas en su momento y a lo largo de todo el proceso sancionador que se ha llevado a cabo, de modo que no existe tal violación al debido proceso y las garantías fundamentales de derecho de defensa y, en consecuencia, no es de derecho la solicitud de nulidad invocada en ese sentido.”²⁶⁷

261. Para este Consejo Directivo, el respeto al debido proceso y la sujeción al ordenamiento jurídico en el curso de los procedimientos administrativos sancionadores, reviste de gran importancia, pues se reconoce el llamado de este órgano decisor de ponderar y verificar conforme a derecho de aquellas actuaciones en las que alegadamente se invoquen vulneraciones o laceraciones a las garantías que constitucionalmente y legalmente han sido reconocidas para los administrados.

262. Presupone entonces, que resulta imperativo para este Consejo Directivo, que cada actuación realizada por la Dirección Ejecutiva se apegue directamente a los lineamientos y presupuestos establecidos en nuestra Constitución, en la Ley núm. 42-08, en la Ley núm. 107-13, así como en cualquier otra norma supletoria que regule el caso en cuestión.

263. Ante estos presupuestos y debido a los planteamientos del agente económico J. GASSÓ GASSÓ, este Consejo Directivo estima pertinente verificar cada uno de los elementos probatorios a los que ha hecho referencia el agente económico en su escrito justificativo de conclusiones.

264. Siendo así, hemos procedido a verificar el informe de instrucción que le fue entregado a J. GASSÓ GASSÓ, los siguientes documentos:

- i. Gráfico 1, página 104. Fuente indicada: datos proporcionados por agentes del mercado; en el mismo se encuentran tachados los datos que indican a quienes corresponden las participaciones porcentuales en las ventas locales de analgésicos y antigripales producidos por GSK (2011-2017), exceptuando el de J. GASSÓ GASSÓ.
- ii. Gráfico 2, página 106. Fuente indicada: datos proporcionados por agentes del mercado; en el mismo se encuentran tachados los datos que indican a quienes corresponden las participaciones porcentuales en las ventas locales de antigripales producidos por GSK (2011-2017), exceptuando el de J. GASSÓ GASSÓ.
- iii. Tabla 3, página 107. Fuente indicada: datos proporcionados por agentes del mercado; vemos tachados en la columna titulada como “empresas” los datos para identificar a quien corresponde el porcentaje de participación e IHH en la distribución local de analgésico y antigripales de GSK (2011-2017), exceptuando la fila correspondiente a J. GASSÓ GASSÓ.

²⁶⁶Ibidem

²⁶⁷Vid. Escrito de réplica núm. DE-IN-2021-1127, pp. 8 y 9.

- iv. Tabla 4, página 108. Fuente indicada: datos proporcionados por agentes del mercado; vemos tachados en la columna titulada como “empresas” los datos para identificar a quien corresponden los cambios en la partición e índice de rivalidad en la distribución local de analgésico y antigripales de GSK (2012-2017), exceptuando la fila correspondiente a J. GASSÓ GASSÓ.
- v. Gráfico 4, página 134. Fuente indicada: datos públicos del Banco Central de la República Dominicana, en la misma se expone la evolución relativa del precio de los medicamentos en relación o grupos de bienes promedios de la economía.
- vi. Gráfico 5, página 135. Fuente indicada: datos públicos del Banco Central de la República Dominicana, con los cuales se expone el crecimiento del precio nominal de Winasorb Ultra Xs 100 vs. productos seleccionados, 20/10/2014-28/11/2017.
- vii. Gráfico 3, página 136. Fuente indicada: datos de sondeos en farmacias publicados por ProConsumidor, con los cuales se expone la tasa promedio de crecimiento en analgésicos/antipiréticos para el dolor de cabeza y reducción de fiebre agosto 2017-agosto 2018.

265. Luego de esta revisión, conviene analizar estos hallazgos a la luz de lo que dispone la Resolución FT-14-2016, la cual era la disposición vigente al momento de evaluar la confidencialidad sobre material probatorio presentado por las partes interesadas en los procedimientos de investigación promovidos por la Dirección Ejecutiva.²⁶⁸

266. Los datos revisados evidencian que se encuentran ocultas informaciones que permiten identificar el volumen de venta, participación y cambios en el índice de rivalidad de los distribuidores del mercado y por otro lado que se analizan datos obtenidos de instituciones públicas.

267. En la referida Resolución FT-14-2016 de manera taxativa se indican los criterios de interpretación para el establecimiento de reservas de confidencialidad (artículo 2) y los lineamientos sobre información que podrá ser calificada como confidencial (artículo 3).

268. Ahora bien, más allá de validar el hecho de que estas informaciones cumplieran con los requisitos para ser declaradas como confidenciales y por lo tanto suprimirse su conocimiento para las demás partes del proceso, se ha podido constatar que las informaciones correspondientes a J. GASSÓ GASSÓ, le fueron develadas en su totalidad al agente económico, por lo cual las mismas fueron puestas en el contradictorio y por lo tanto el solicitante pudo debatir o presentar prueba en contrario con respecto de las mismas.

269. Resultaría contraproducente que estando conociendo un posible caso de prácticas anticompetitivas, se expongan informaciones que pertenecen a competidores de un mercado y que contienen un importante valor comercial. Que, llegados a este punto, es necesario que sea separado el ser parte interesada de un procedimiento administrativo sancionador y ser un tercero

²⁶⁸ En la actualidad, los criterios de evaluación de la confidencialidad de las informaciones aportadas se encuentran en el Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08.

con respecto a las informaciones confidenciales de las demás partes del procedimiento, lo cual es además una garantía para la misma solicitante.

270. En cuanto a los datos obtenidos de instituciones públicas y aportados como pruebas al expediente, este Consejo Directivo pudo constatar que los mismos se encuentran disponibles para los terceros, y bien hubiese podido J. GASSÓ GASSÓ presentar tablas que llegaran a otras conclusiones o debatir la veracidad de dichas informaciones, porque eran informaciones que no estaban vedadas o limitadas al órgano instructor.

271. Así las cosas, no podríamos hablar de violación al derecho de defensa, al debido proceso o al principio de legalidad, cuando se cumplió con lo legalmente establecido para la declaratoria de confidencialidad, se puso a disposición de J. GASSÓ GASSÓ los datos que versaban sobre las conclusiones a las que llegó el órgano instructor sobre sus ventas y volúmenes de participación y se le indicó la fuente de la que provenían los datos que no estaban vedados.

272. De hecho, incluso hasta esta etapa procesal ha podido el solicitante controvertir estos datos y referirse a los mismos, por lo que no podemos constatar la configuración de violaciones pasibles de afectar la legalidad del procedimiento de instrucción llevado a cabo por la Dirección Ejecutiva y de los datos que según el análisis realizado plasmaron en el informe de instrucción, por lo que es rechazada en todas sus partes la solicitud de J. GASSÓ GASSÓ de cerrar el procedimiento.

b) Sobre la no individualización de la sanción solicitada

273. Finalmente, J. GASSÓ GASSÓ plantea que el órgano instructor no solicitó una sanción particular en el informe de instrucción que contiene las imputaciones que conoce el Consejo Directivo y que, por lo tanto, este órgano decisor está impedido de sancionarlo, pues sería violar el debido proceso y las garantías procesales.²⁶⁹

274. En este sentido, indica que "(...) desde el momento mismo en que la Dirección Ejecutiva no individualiza la sanción que espera respecto de cada uno de los agentes que persigue sancionar o que no solicita de manera particular una sanción, deviene en que no haya posibilidad alguna de sanción."²⁷⁰ Esto debido a que según expone el solicitante "(...) No es posible generalizar indicando que alguien sea sancionado conforme indica tal artículo, pues justamente las leyes penales establecen graduaciones de sanciones, dependiendo distintos elementos. Al acusador, como al ministerio público le corresponde pedir una sanción específica (...)"²⁷¹

275. Ante esto, la Dirección Ejecutiva expuso en su escrito de réplica que "[e]l artículo 43 de la Ley núm. 42-08, ampliamente citado por los agentes económicos, establece que corresponde a

²⁶⁹Vid. Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0187-2021, pp. 41 y 42.

²⁷⁰Vid. Escrito justificativo de conclusiones, núm. C-0187-2021, p. 41.

²⁷¹Ibídem

la Dirección Ejecutiva señalar en su informe de instrucción las responsabilidades que correspondan a cada uno de los presuntos responsables, lo cual debe realizarse a partir de las conductas observadas y las evidencias que la demuestran, pero en ningún caso esto debe ser interpretado en el sentido de que corresponde a este órgano instructor proponer el monto exacto de la multa o sanción imponible a cada uno de los agentes económicos infractores.”²⁷²

276. En este sentido, concluye diciendo que “[a]l haber solicitado que los agentes económicos fueran sancionados conforme el artículo 61 literal a), que establece la sanción “por haber incurrido en las practicas contempladas en el artículo 5 incisos a), c), d) y e) y multas mínimas equivalentes a 30 veces el salario mínimo, y máximos equivalentes a 3000 veces el salario mínimo”, ha cumplido esta Dirección Ejecutiva con el deber que le impone la ley y ha puesto a ese Consejo Directivo en condiciones de decidir, con base en los criterios establecidos en la norma y con todos los elementos de prueba y demás análisis económicos que sustenta la imputación contenida en el informe de instrucción, la sanción particular aplicable en cada caso, dentro del rango establecido por la ley y señalado por este órgano instructor en su informe de instrucción.”²⁷³

277. Consecuencia de lo esgrimido, este Consejo Directivo procederá entonces a revisar lo dispuesto en la Ley núm. 42-08 al respecto. Pero antes de adentrarnos en este punto conviene que sea establecido que es el informe de instrucción de cara a los procedimientos administrativos sancionadores.

278. El informe de instrucción, conocido en otras legislaciones como pliego de cargos o informe final de instrucción, es el acto administrativo emitido por la Dirección Ejecutiva que apodera al Consejo Directivo de un expediente administrativo sancionador; por medio de él, el órgano instructor presenta los hechos, datos, informaciones y pruebas que ha obtenido durante la fase de instrucción y hace una análisis que vincula la conducta de los agentes económicos investigados con las disposiciones de la Ley núm. 42-08, para calificar la conducta y las responsabilidades que aplican.

279. Vemos que el artículo 43 de la ley núm. 42-08 establece la instrucción del expediente sancionador y el contenido del informe de instrucción que: “Una vez instruido el expediente, la Dirección Ejecutiva lo remitirá al Consejo Directivo, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.”²⁷⁴

280. Que el punto controvertido en la solicitud del J. GASSÓ GASSÓ es el referente a las responsabilidades que corresponden a los autores y que no se especificó una sanción para cada uno de los agentes económicos investigados. Para ello nos tenemos que remitir a los artículos 61

²⁷²Vid. Escrito de réplica, núm. DE-IN-2021-1127, p. 11.

²⁷³Vid. Escrito de réplica, núm. DE-IN-2021-1127, p. 12.

²⁷⁴ (Subrayado nuestro) Vid. Ley núm. 42-08, art. 43.

y 62 de la Ley núm. 42-08 pues son los que se refieren a las sanciones y a los criterios que deben tomarse en consideración para determinar la gravedad de la infracción e imponer sanciones.

281. Si bien el artículo 61 de la Ley núm. 42-08 establece el rango de las multas aplicables en función del tipo de conducta anticompetitiva de que se trate, es el artículo 62 el que permite determinar con exactitud cuánto será el monto de la sanción, la cual debe estar dentro del referido rango. De lo que se deriva que la sanción es el resultado de aplicar los referidos criterios a los hechos probados y las conductas retenidas.

282. Pretender entonces que el informe de instrucción plasme estas especificaciones y que la Dirección Ejecutiva realice una aplicación de los criterios para determinar las sanciones a priori, es casi que confundir las funciones de dos órganos que, aunque pertenecen al mismo organismo, responden a niveles de autoridad distintos y tienen potestades y facultades diferenciadas en la Ley núm. 42-08.

283. En efecto, escapa de toda lógica jurídica que el órgano instructor solicite en su informe de instrucción, la multa específica atribuible a cada agente económico, pues la determinación de la sanción aplicable conforme los criterios establecidos en el artículo 62 de la Ley núm. 42-08 le corresponde al Consejo Directivo, en calidad de órgano resolutorio del procedimiento administrativo sancionador contemplado en la Ley núm. 42-08, por lo que la indicación del artículo 61 en el numeral correspondiente por parte del órgano instructor, es lo legalmente correcto.

284. Conforme a lo precedentemente expuesto, este Consejo Directivo entonces procederá a rechazar la solicitud de J. GASSÓ GASSÓ de declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador por la no individualización de la sanción, debido a que el órgano instructor cumplió con lo dispuesto en el artículo 43 de la ley núm. 42-08, respecto del contenido que debe tener el informe de instrucción.

D) Aspectos de fondo

SUMARIO:

Una vez decididas las cuestiones incidentales, el Consejo Directivo evaluará las imputaciones y sustento probatorio de la Dirección Ejecutiva, así como los argumentos y pruebas a descargo depositadas por PROFARMA INTERNACIONAL, SUED & FARGESA, J. GASSÓ GASSÓ y MERCANTIL FARMACÉUTICA en ejercicio de su derecho de defensa. Una vez esto, le corresponderá a este Consejo determinar si se ha cometido o no colusión, acorde con el ordinal "a" del artículo 5 de la Ley núm. 42-08. De tal forma, en caso de configurarse la conducta prohibida imputadas, se procedería a imponer la debida sanción, pero, en caso de no retenerse la falta administrativa a cargo de uno o varios de los agentes económicos, se debe brindar al agente económico una decisión favorable que desestime la acusación y ponga fin al procedimiento.

285. En el ejercicio de las atribuciones conferidas en el literal "k" del artículo 31 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo conoce y decide los asuntos de fondo presentados en los procedimientos administrativos sancionadores e impone las sanciones por la comisión de faltas administrativas previstas en la norma; que, con ocasión a ello, estaremos abordando varios aspectos.

286. Durante el curso del procedimiento administrativo sancionador surgieron diversos aspectos que requieren ser tratados y aclarados, como resolución de principio, así como los demás aspectos que, como Consejo Directivo, debemos referirnos en el conocimiento del fondo del proceso, por lo que en lo adelante veremos, entre otros aspectos: i) Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución; ii) Delimitación de las supuestas prácticas concertadas, iii) Sobre la necesidad de definición o no del mercado relevante para el caso de prácticas concertadas; y iv) Sobre las imputaciones presentadas por la Dirección Ejecutiva y los hechos acreditados.

i) Sobre la confidencialidad de algunas informaciones utilizadas como medios de prueba en la presente resolución

287. En el curso de los procedimientos administrativos sancionadores y más aún en materia de Derecho de la Competencia, suelen exponerse informaciones que ameritan ser tratadas en atención a su naturaleza, pues así como la Administración está llamada a la transparencia y a

respetar el derecho de acceso a la información pública en igual medida debe resguardar las informaciones de carácter privado que estén en su custodia, especialmente cuando estamos en procedimientos administrativos sancionadores al tenor de lo que dispone el artículo 5 de la Ley núm. 42-08, en el cual van a estar presentes agentes económicos que compiten en un determinado mercado.

288. Reconociendo esto, el legislador en el artículo 41 de la Ley núm. 42-08 dispuso que “[s]in perjuicio del carácter público de las denuncias y actuaciones de oficio de las conductas prohibidas por esta ley, la Dirección Ejecutiva, ante solicitud motivada por alguna de las partes, podrá proceder a la instrucción de una reserva de confidencialidad sobre todo o parte del material probatorio calificado de secreto comercial (...).”

289. En ese mismo sentido, el 14 de noviembre del 2016, el Consejo Directivo dictó la resolución núm. FT-14-2016 en la cual aprobó los lineamientos y criterios para el establecimiento de reservas de confidencialidad sobre material probatorio a la luz de las disposiciones del artículo 41 de la Ley núm. 42-08.²⁷⁵ En dicha resolución, que fue la aplicada para el proceso sancionador que nos ocupa, su artículo 1 expresa lo siguiente:

“De conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 41 de la Ley General de Defensa de la Competencia, No. 42-08, las partes con interés legítimo podrán solicitar a la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA que las informaciones económicas, comerciales, datos contables y estadísticos solicitados por la institución o suministrados a la misma en el marco de los procedimientos de investigación, que sean consideradas como secreto comercial o industrial, sean declarados como confidenciales por un período de tiempo determinado.”

290. Fue en base a ello, que en el curso de este procedimiento de investigación fueron dictadas por la Dirección Ejecutiva resoluciones que deciden de oficio sobre el material probatorio aportado por las partes y/o recolectados por el órgano instructor, a saber:

- i. Resolución núm. DE-004-2018 de fecha 15 de febrero de 2018
- ii. Resolución núm. DE-028-2018 de fecha 19 de abril de 2018
- iii. Resolución núm. DE-033-2018 de fecha 5 de junio de 2018
- iv. Resolución núm. DE-037-2018 de fecha 12 de junio de 2018
- v. Resolución núm. DE-052-2018 de fecha 2 de agosto de 2018
- vi. Resoluciones núms. DE-055-18 y DE-056-18 de fecha 18 de septiembre de 2018
- vii. Resolución núm. DE-060-2018 de fecha 10 de octubre de 2018
- viii. Resolución núm. DE-061-2018 de fecha 11 de octubre de 2018
- ix. Resolución núm. DE-062-2018 de fecha 29 de octubre de 2018

²⁷⁵ Hasta la promulgación del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, dicho acto administrativo servía de base para la declaratoria de las reservas de confidencialidad.

- x. Resolución núm. DE-064-2018 de fecha 2 de noviembre de 2018
- xi. Resolución núm. DE-065-2018 de fecha 7 de noviembre de 2018
- xii. Resolución núm. DE-068-2018 de fecha 13 de noviembre de 2018
- xiii. Resolución núm. DE-075-2018 de fecha 17 de diciembre de 2018 y
- xiv. Resoluciones núms. DE-001-2019 y 002-2019 de fecha 9 de enero de 2019.

291. Sobre las reservas que confidencialidad este Consejo Directivo ya ha tenido la oportunidad de referirse, indicando que tales reservas "(...) responde al respeto de la administración pública, en este caso PRO-COMPETENCIA, por las informaciones privadas de los agentes económicos que son consideradas como secreto comercial y que no deben ser conocidas por terceros, ya que se encuentran revestidas de privacidad para todo aquel no autorizado al manejo de dichas informaciones."²⁷⁶

292. Siendo esta resolución emitida con plena sujeción a los lineamientos legales de confidencialidad y reserva de datos sensibles referente a las operaciones comerciales de los agentes económicos, nombres de los clientes, entre otros, estas informaciones se mantendrán vedadas hacia los terceros. En este sentido, solo las versiones de las resoluciones notificadas a los agentes económicos contendrán íntegramente todos los datos descritos visiblemente, en atención a las reservas de confidencialidad aprobadas en las precitadas resoluciones dictadas por el órgano instructor. Por el contrario, la versión pública de esta resolución tachará nombres y datos que puedan ser considerados confidenciales.

293. De igual forma, se tomará en consideración la Resolución núm. 010-2019 dictada por este Consejo Directivo, por medio de la cual se develó a los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA, parte del contenido de los siguientes documentos: i) El Requerimiento núm. 3 fecha y motivo en caso de aplicar, de las reuniones sostenidas por GLAXOSMITHKLINE (...) y ii) El informe de entrevista oral realizado por la Dirección Ejecutiva de PROCOMPETENCIA al representante de GLAXOSMITHKLINE (GSK) de fecha 29 de mayo de 2018, exceptuando la pregunta número 14 en vista de que contiene información comercial cuya divulgación podría causar una eventual afectación a GSK.

294. En tal sentido, la versión pública del presente documento no contendrá datos declarados confidenciales para los terceros.

ii) Delimitación de las supuestas prácticas concertadas

295. En el presente caso el Consejo Directivo se encuentra apoderado de un expediente administrativo sancionador en el cual el órgano instructor indicó que los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA estaban realizando prácticas en contravención al artículo 5, literal "a" de la Ley núm. 42-08, consistentes en: i) la fijación indirecta de precios por el establecimiento de porcentajes

²⁷⁶ Vid. Resolución núm. 018-2018, dictada por el Consejo Directivo de Pro-Competencia.

máximos de descuento en la comercialización de los productos y la prohibición de otorgamiento de bonificaciones y otro tipo de descuentos de carácter financiero en facturas, y ii) La fijación directa de los precios de comercialización a partir del acatamiento tácito del precio sugerido por parte del agente productor.

296. Para este Consejo Directivo todas las posibles prácticas que afecten la libre competencia en nuestro país y, por ende, la libertad de empresa y otros derechos constitucionales conexos, tienen una especial preponderancia, ya que nuestro objetivo 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.”²⁷⁷

297. Lo primero que se debe establecer es que no todo acuerdo entre competidores está prohibido, ya que también pueden tener algún efecto positivo en el mercado. Es por ello, que el artículo 4 literal “a” de la Ley núm. 42-08, define acuerdo como: “todo intercambio de voluntad expresado a través de un contrato o convenio, sea expreso o tácito, escrito u oral, susceptible de alinear el comportamiento competitivo de agentes económicos competidores.” Así, por ejemplo, un acuerdo para desarrollar tecnología o innovar en algún producto o servicio, contribuyen a mejorar el proceso de producción, redundando así en beneficio de los consumidores. Conviene entonces diferenciar los acuerdos de las llamadas prácticas concertadas, pues el primero:

“29. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual dos o más agentes económicos independientes, competidores entre sí, se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.

30. Las prácticas concertadas consisten en acuerdos que no pueden demostrarse a través de evidencia de acuerdos expresos entre los agentes económicos involucrados, sino que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable.”²⁷⁸

298. Cuestión distinta son aquellos acuerdos que tengan como fin u objeto imponer injustificadamente barreras en el mercado. Nuestra Ley núm. 42-08, establece en el citado artículo 5 literal “a” de manera expresa lo siguiente:

“Artículo 5.- De las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos. Quedan prohibidas las prácticas, los actos, convenios y acuerdos entre agentes económicos competidores, sean éstos expresos o tácitos, escritos o verbales,

²⁷⁷Ley núm. 42-08, art. 17.

²⁷⁸Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, (INDECOPI), expediente 003-2017/CLC, Resolución núm. 030-2018/clc-indecopi, de fecha 14 de mayo de 2018.

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:

- a) Acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto;"

299. A partir de estas dos disposiciones legales pueden derivarse los presupuestos esenciales de las prácticas concertadas o colusorias: el primero, es el concierto de voluntades, donde varias empresas coordinan sus actuaciones en el mercado a través de un acuerdo expreso o tácito, verbal o escrito; y la segunda condición es que la actuación coordinada de los agentes económicos tenga por objeto o que produzca o pueda producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado.

300. Es decir, se trata conductas que involucran un comportamiento conjunto –como si fueran una sola– que elimina la competencia efectiva entre ellas, obteniendo como resultado un beneficio económico. Ejemplo de estas prácticas no son solo la fijación de precios, sino las relativas a cualquier parámetro comercial que pudiera resultar relevante, tales como (pero no limitándose a) volúmenes de producción o ventas, costes, clientes, mercados, u otras condiciones comerciales.

301. Es importante resaltar que la expresión “tengan por objeto” [de imponer injustificadamente barreras en el mercado] se refiere a aquellas actuaciones cuya finalidad sea la de alterar de modo directo la competencia, por lo que su mera existencia es razón suficiente para ser sancionadas. No es necesario que tengan efectos reales o potenciales sobre la competencia. Por otro lado, la expresión “produzcan o puedan producir el efecto” [de imponer injustificadamente barreras en el mercado] se refiere a aquellas actuaciones que, no teniendo finalidad de alterar la competencia, acaban afectando a esta por el contexto en que se desarrollan y las diversas circunstancias que concurren.

302. De ahí que se considere que “las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer poder de mercado que de otro modo, no tendrían, limitando artificialmente la competencia y aumentando los precios, lo que reduce el bienestar”. En consecuencia, están prohibidas por cualquier ley de competencia, y una gran parte de los esfuerzos de las autoridades en la materia se dedican a la lucha contra este tipo de prácticas.”²⁷⁹

303. La casuística ha permitido concluir que existen diferentes tipos de conductas a través de las cuales pueden implementarse las prácticas colusorias: (i) acuerdos, consistentes en pactos que son acreditados mediante pruebas directas, es decir, evidencia material reflejada en documentos tangibles o físicos que recogen el pacto en cuestión; (ii) decisiones, consistentes en

²⁷⁹Vid. Mota, Massimo, Política de competencia. Teoría y práctica, México, Primera Edición en español, 2018, p. 177.

directivas de carácter vinculante emitidas al interior de una asociación, gremio o entidad similar que agrupe a agentes económicos competidores; (iii) recomendaciones, consistentes en directivas de carácter orientativo emitidas al interior de una asociación, gremio o entidad similar que agrupe a agentes económicos competidores; o, (iv) prácticas concertadas, consistentes en pactos que son acreditados mediante pruebas indirectas, es decir, que se infieren a partir de indicios o presunciones.

304. Cuando las prácticas colusorias se realizan entre agentes económicos que operan de forma independiente en el mismo nivel de la cadena de suministro, estamos ante lo que se conoce como “cártel”. Este acuerdo entre competidores para restringir la libre competencia en el mercado, supone un claro perjuicio para los consumidores al no tener capacidad de decisión autónoma. También estas prácticas colusorias pueden obstaculizar la permanencia de competidores o el ingreso de potenciales competidores entrantes en el mercado, como ocurre, por ejemplo, en el caso del boicot o la discriminación. Como vemos, por sus características, las prácticas concertadas son similares a las de un mercado monopólico, aunque existe una importante diferencia: en el cártel, los beneficios se dividen entre todos los participantes de éste, mientras que en el monopolio, todo el beneficio va a parar a una única empresa, que es, por razones obvias, la única existente en ese mercado.

305. Para nuestro homólogo peruano, las prácticas colusorias horizontales, como las alegadas en el caso en la especie, son aquellas realizadas

“(…) entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de precios o una reducción de la producción de manera artificial, al margen de los mecanismos del mercado.”²⁸⁰

306. Evidentemente, a diferencia de los casos de abuso de posición de dominio que es una conducta de carácter unilateral de uno o varios agentes económicos, cuando estamos frente a prácticas colusorias se requiere necesariamente una conducta concertada o un acuerdo entre dos o más agentes económicos.

307. Los acuerdos pueden ser horizontales o verticales, dependiendo del segmento de mercado o eslabón de la cadena productiva donde los agentes involucrados desarrollan sus actividades económicas. En este sentido, los verticales consisten en aquellos acuerdos adoptados entre agentes económicos que desarrollan sus actividades económicas en diferentes segmentos de mercado o en distintos eslabones aunque de una misma cadena productiva. La

²⁸⁰Vid. Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, resolución 000005-2016/CLC-INDECOPI, de fecha 31 de diciembre de 2018.

naturaleza de las conductas imputadas en el presente proceso, por tanto, descartan los acuerdos verticales.

308. Por otro lado, los acuerdos horizontales son adoptados entre agentes económicos que desarrollan sus actividades económicas en el mismo segmento de mercado o eslabón de la cadena productiva, esto es, entre competidores directos, situación que es la imputada en el presente expediente administrativo.

309. Ahora bien, es importante recordar que la Ley núm. 42-08 recoge tanto la figura de prácticas concertadas como también la de abuso de posición dominante. Sobre esta última, este Consejo Directivo dictó su decisión de precedente en la Resolución núm. 018-2018.

310. Debemos resaltar que en el Derecho de la competencia, la autoridad de competencia suele aplicar dos reglas o metodologías de análisis diferentes, dependiendo del supuesto bajo investigación, a efectos de evaluar y sancionar los presuntos actos anticompetitivos comprendidos en los géneros de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias, a saber: la *regla per se* o la *regla de la razón*. Durante este proceso que nos ocupa, este es un tema que generó debates y las partes presentaron sus posturas sobre la forma de analizar y constatar los acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas, ya sea bajo la regla *per se*, conocidas como prohibiciones absolutas o la regla de la razón, que refieren a prohibiciones relativas. Este Consejo Directivo reconoce que es enriquecedor este debate porque en la República Dominicana estamos construyendo el Derecho de la competencia y este caso que hoy se conoce, es el primero en materia de prácticas concertadas en el país en aplicación a la Ley núm. 42-08.

311. En ese mismo sentido, para MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA, lo aplicable es la regla de la razón, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

312. Sobre el particular, J. GASSÓ GASSÓ, considera que debe aplicarse la regla de la razón, debido a que “el artículo 43, numeral 1, de la Ley, el cual manda, no sugiere o solicita sino que manda a que el informe de instrucción que acompaña la remisión de recomendación de apertura de un procedimiento sancionador señale de manera expresa “los efectos producidos en el mercado”. Y ello sencillamente no ha ocurrido en el presente caso.”²⁸¹

313. PROFARMA INTERNACIONAL, expuso que “tanto la tipificación como la prueba de la infracción anticompetitiva imputada se regula, no sólo por lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, sino también, al mismo tiempo, por lo recogido en el artículo 7 de la indicada norma, en toda su extensión, y por lo ordenado a su vez, en el artículo 43, en conjunto con los principios y mandatos previstos, principalmente en los artículos 36, 42 y 43 de la Ley 107-13, resultando que como condición necesaria de la calificación de la conducta anticompetitiva, la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia debe cumplir con las obligaciones, que a su cargo, establecen las disposiciones legales precitadas, entre las cuales se

²⁸¹Vid. Escrito justificativo de conclusiones, p. núm. C-0187-2021, p. 26.

destaca la necesidad de que: i) exista y se pruebe el efecto anticompetitivo de la conducta imputada; ii) exista y se pruebe la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado.”²⁸²

314. Por otro lado, SUED & FARGESA indicó que existe obligación de evaluar la conducta presuntamente anticompetitiva en base a los efectos producidos en el mercado, ya que “se infiere que el sistema de evaluación que consagra la Ley núm. 42-08 para determinar el carácter ilícito de las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos tipificados en el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 es imperativo, además de manera consustancial, que la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, demuestre: (i) los efectos producidos en el mercado por dicha conducta, y (ii) que los efectos de la conducta impongan, injustamente barreras en el mercado.”²⁸³

315. En este sentido, “(...) a la luz de las disposiciones de los artículos 7 párrafo I y 43 numeral 1 de la Ley núm. 42-08, la necesidad de probar los efectos de las conductas tipificadas en el artículo 5 es imperativa, sin importar que se trate de un acuerdo que pueda resultar anticompetitivo por su efecto o por su objeto. Consecuentemente, el requisito de probar los efectos de la conducta debe ser satisfecho por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, en todos los casos en que pretenda sustentar.”²⁸⁴

316. Por último, MERCANTIL FARMACÉUTICA, explicó que “es necesario determinar, correctamente, el mercado relevante en cuestión. La autoridad competente debe implementar una serie de estudios económicos para correctamente determinar los efectos en el mercado de la práctica colusoria. Para reducir lo más posible la posibilidad que figuren falsos positivos en los estudios económicos del mercado, es necesario, para estos casos, una clara determinación del mercado relevante.”²⁸⁵ Finalmente agrega que la no determinación del mercado relevante, más allá de lo que permite validar el alcance de la conducta investigada, “solo es válido para los casos en los que existe una colusión explícita, como es el caso de la primera colusión que nos acusa[n] (...)”²⁸⁶

317. En síntesis, los planteamientos de los agentes económicos, se circunscriben a enunciar una necesaria determinación del mercado relevante y de los efectos que las alegadas prácticas anticompetitivas generen en el mismo, *so pena*, de que se violente el principio de legalidad al incumplir con lo dispuesto en los artículos 5, 7 y 43 de la Ley núm. 42-08.

318. Sobre esto, recordemos que el artículo 7 de la Ley núm. 42-08 establece que la calificación de una conducta empresarial, estará supuesta a las condiciones siguientes:

“1. Las conductas enumeradas en el Artículo 5 de esta ley serán prohibidas, siempre que sean ejecutadas o planificadas entre competidores que actúan concertadamente, salvo que

²⁸²Vid. Escrito justificativo de conclusiones, p. núm. C-0197-2021, p. 12.

²⁸³Vid. Escrito de contestación núm. C-198-19, pp. 12 y 13.

²⁸⁴Ibíd., pp. 13 y 14.

²⁸⁵Vid. Escrito de contestación, p. núm. C-201-19, p. 21.

²⁸⁶ Ibídem.

ellas sean accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación o la inversión productiva.

2. En la evaluación de las imputaciones de abuso de posición dominante, se examinará la contribución o reducción de dicha conducta a la eficiencia económica, mediante el análisis del efecto neto de dicha conducta; es decir, si sus efectos anticompetitivos superan los efectos pro-competitivos, o de incremento de la eficiencia económica o viceversa.

Párrafo I.- A tales fines, corresponde a quien persigue una sanción demostrar el efecto anticompetitivo de la conducta, mientras al agente económico investigado le corresponde demostrar posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia económica.

Párrafo II.- Asimismo, la parte actuante deberá presentar indicios que demuestren la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado.

Párrafo III.- A los efectos de establecer la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado, se deberá comprobar que aquéllos tienen una posición individual o colectiva dominante sobre el mercado relevante.

Párrafo IV.- La obtención de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí sola, no constituye una violación a la presente ley.²⁸⁷

319. Según lo que dispone el artículo 43 de la Ley núm. 42-08, la Dirección Ejecutiva deberá al finalizar la investigación instrumentar un informe de instrucción o una resolución de desestimación. El primero de estos, deberá cumplir con lo siguiente: "Informe de instrucción. Una vez instruido el expediente, la Dirección Ejecutiva lo remitirá al Consejo Directivo, acompañándolo de un informe que exprese las conductas observadas, las evidencias que la demuestran, sus antecedentes, sus autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merezcan los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores."

320. Por su parte, el artículo 62 de la Ley núm. 42-08 que establece los criterios para imposición de sanciones, dispone lo siguiente: "La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para determinar la gravedad de la infracción e imponer sanciones, utilizará los siguientes criterios: a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; d) La premeditación e intencionalidad; e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados; f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida; y, g) Reincidencia y antecedentes del infractor."

²⁸⁷ (Subrayado nuestro)

321. Cuando se analiza el numeral 1 del precitado artículo 7, se puede determinar que las prácticas concertadas siempre serán prohibidas, es decir que no existen supuestos más allá de la misma eficiencia económica que está indicada en el texto legal. Cuando la ley dice que “serán prohibidas” eso lleva consigo una prohibición absoluta.

322. Tal y como expone el órgano instructor “(...) si se mira la redacción del artículo que ha centrado la atención y el debate jurídico entre las partes en particular de los párrafos que son objeto de la disyuntiva, se podrá advertir que los mismos se refieren expresamente a la posición dominante individual o colectiva de los agentes económicos y a su capacidad individual o colectiva de imponer barreras injustificadas en el mercado, consideraciones estas previstas únicamente para los casos en que nos encontramos ante prácticas de abuso de posición dominante (...)”²⁸⁸

323. Dado lo anterior, este Consejo Directivo es de opinión que si el legislador hubiese considerado las prácticas concertadas fueran analizadas con el método de la regla de la razón, no hubiese establecido la máxima “siempre” sucedida de la excepción bajo la cual la misma es justificable. Vale resaltar que el legislador estableció como principio la regla *per se* y plantea, como excepción a la misma, la regla de la razón en aquellos casos donde taxativamente se compruebe que las mismas son accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación de la inversión productiva, conforme dispone el artículo 7 numeral “1” de la Ley núm. 42-08. Esta excepción debe ser alegada por los agentes económicos investigados al momento de presentar sus medios de defensa. Lo cual no ocurrió en la especie.

324. Más aún, tal y como expone el órgano instructor en el caso de marras: “(...) para integrar el tipo infractor resulta suficiente el efecto potencial de la conducta (...) no resulta necesario ni siquiera probar los efectos de la conducta, porque la restricción a la competencia ha de ser entendida en sentido económico, esto es, la disminución de la rivalidad de la concurrencia competitiva en el mercado.”²⁸⁹

325. Así las cosas, en el pasado, a nivel internacional, países en la construcción de su política de competencia, tuvieron diferencias en torno a ambos criterios. Sin embargo, desde hace muchos años este tema se ha claramente definido, sin mayores contratiempos. Nos corresponde, como Consejo Directivo, explicar el criterio que ha asumido nuestra Ley y aplicarlo al presente caso.

326. En el caso costarricense, vemos que el Tribunal Contencioso Administrativo se ha pronunciado, exponiendo que:

“Las prácticas monopolísticas absolutas o *naked restriction* son aquellos acuerdos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, que restringen la competencia. Es decir, son de carácter horizontal, en el tanto se dan en un mismo nivel del

²⁸⁸Vid. Escrito de conclusiones, p. núm. DE-IN-2021-1063, p. 13.

²⁸⁹Ibíd., p. 8.

mercado. Estas prácticas siempre son dañinas, su análisis se realiza de conformidad con lo que se conoce como la "regla per se", es decir, para determinar la ilegalidad no es necesario valorar el tamaño del agente económico involucrado, ni sus motivaciones o justificaciones, ni el mercado afectado, ni sus efectos. Este tipo de prácticas constituye una amenaza para la competencia toda vez que, si las empresas acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a los consumidores, limitando la oferta de bienes y servicios y ganando utilidades como si fueran un monopolio. Estas prácticas también son conocidas como acuerdos colusorios o cárteles económicos, son convenios entre agentes económicos competidores entre sí -es decir, que participan en el mismo mercado-, a fin de manipular precios o cantidades, repartirse segmentos de mercado o coordinar posturas en licitaciones. Ellas generan graves repercusiones sobre el bienestar de los consumidores. Por un lado, provocan precios mayores a los que prevalecerían en una situación de competencia y similares a los de un monopolio y, por otro, disminuyen la cantidad de bienes o servicios producidos, afectando el crecimiento de la economía. Además, cuando existen colusiones en los mercados, se limita la competencia entre competidores, así como los incentivos que éstos tienen para innovar en sus productos y servicios, con lo que los consumidores tendrán menor calidad en su consumo. Es decir, impiden que la sociedad obtenga los beneficios de la competencia económica: mejores precios y mayor calidad en los bienes y servicios. ²⁹⁰

327. Como vemos, no queda duda de que "(...) existen dos categorías complementarias de análisis antimonopolio. En la primera categoría se encuentran los acuerdos cuya naturaleza y efecto necesario son tan claramente anticompetitivos que no se necesita un estudio detallado de la industria para establecer su ilegalidad; son "ilegales *per se*". En la segunda categoría están los acuerdos cuyo efecto competitivo solo puede ser evaluado analizando los hechos propios del negocio, el historial de la restricción y las razones por las que se impuso."²⁹¹

328. Se debe precisar que ambas reglas, *per se* y de la razón, persiguen la protección de un bien jurídico común: la competencia. Por ello, ambos mecanismos de evaluación pueden ser aplicados en un mismo sistema normativo, como lo es la Ley núm. 42-08. Lógicamente la coexistencia de ambas reglas en un mismo régimen de competencia, se materializa a través de la regulación de supuestos distintos.

329. Sobre el particular, la doctrina ha señalado que "*[a]mbas reglas pueden ser aplicadas dentro de un mismo sistema. (...) Estos dos tipos de reglas deben aplicarse a supuestos distintos. La regla per se debe aplicarse cuando no aparece ningún efecto positivo de la conducta y, sin embargo, sí aparecen posibles perjuicios a la competencia que justifican la intervención. Al no haber ventajas aparentes, los perjuicios ocasionados por un error desaparecen y se simplifica el control por la autoridad. Por el contrario, cuando exista la posibilidad de daños al mercado que*

²⁹⁰Vid. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Costa Rica, Sesión VI, resolución núm. 00070-2015 de fecha 13 de julio de 2015.

²⁹¹435 U.S. 679 (1978), 76-1767, National Society of Professional Engineers v. United States. Cfr. Estados Unidos, Tribunal Supremo, expediente 76-1767, Sociedad Nacional de Ingenieros Profesionales v. Estados Unidos, 25 de abril de 1978.

puedan destruir eficiencia de producirse un error, es mejor aplicar la regla de la razón, de manera que nos permita analizar la conveniencia o no de prohibir o sancionar una práctica. ”²⁹²

330. Según la *regla per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla *per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia.

331. Es así que se ha considerado que cuando: “Se trata de los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados o la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos negativos en los mercados. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar que están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.”²⁹³

332. Como puede apreciarse, la regla *per se* posee una naturaleza simplificadora de la labor de la autoridad de competencia, pues la libera de ingresar al campo del entendimiento de las motivaciones de las empresas involucradas en el acuerdo, toda vez que parte de una premisa que establece, prima facie, que la concertación de precios es ilegal y perjudicial por donde se la mire.

333. En contraste, la regla de la razón se opone en esencia a la regla *per se*, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas. En otras palabras, bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado. En este sentido,

“Hoy, el término se utiliza de manera general en Derecho de la Competencia para expresar la disposición en que se coloca una autoridad o un juez competentes en materia de competencia cuando, para pronunciarse sobre la prohibición de una práctica en principio restrictiva, antes examina y hace un balance de los aspectos favorables y desfavorables que genera la práctica, desde el punto de vista de la competencia y también de la eficiencia. La rule of reason se opone, así, al principio de ilegalidad absoluta y

²⁹² BULLARD, Alfredo, “Las políticas de competencia: ¿por qué y para qué?”. En: “Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra Editor, 2003, p. 656.

²⁹³ Recurso de casación núm. 2736/2018, Tribunal Supremo-Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 6 de noviembre de 2013, España.

*automática de ciertas prácticas, y se justifica en el hecho de que ciertas prácticas, a primera vista restrictivas, pueden ser juzgadas, después de un amplio examen, beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia y de la competencia”.*²⁹⁴

334. Sobre este aspecto, la jurisprudencia comparada ha indicado que *“5.3 De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción, deben sancionarse de acuerdo a la regla “per se”. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados”.*²⁹⁵

335. Así las cosas, frente a ilícitos *per se* “(...) basta con probar la existencia de una convención colusoria y algunos elementos constitutivos de la conducta reprochada para que se concluya necesariamente (...) su efecto vulnerador del bien jurídico de la libre competencia”²⁹⁶ En efecto, se trata de la generalización de ciertos comportamientos como especialmente anticompetitivos, cuando amenazan o pueden amenazar el sistema nervioso central de la economía, no dando cabida a justificaciones económicas procompetitivas.

336. En ese mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal de Contencioso Administrativo de Costa Rica, al estatuir que:

“VIII.- Si se analiza el articulado de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en especial los artículos 10 a 15, se observa que las “prácticas monopolísticas absolutas” son sancionadas con la nulidad de pleno derecho, pero además, deben analizarse –a diferencia de las relativas-, siguiendo lo que se conoce como la “regla *per se*”, por lo que son prohibidas bajo cualquier circunstancia y se consideran ilícitas por sí mismas. En otras palabras, la práctica se predetermina por la ley como anticompetitiva y debe tenerse automáticamente como ilegal, sin que sea necesario el análisis de si el efecto lo es, o si la participación en el mercado es lo suficientemente grande para afectarlo, ni las motivaciones o justificaciones del infractor; basta en consecuencia, que se configure el

²⁹⁴ PASCUAL Y VICENTE, Julio, “Prohibición del Abuso de Posición Dominante”. En: Tratado de Derecho de la Competencia. (Director: BENEYTO, José María / Coordinador: MAILLO, Jerónimo). Tomo I. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2005, pp. 359-360.

²⁹⁵ Vid. Resolución N° 276-97-TDC, emitida por la Sala de Competencia con fecha 19 de noviembre de 1997 y publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 27 de noviembre de 1997, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI vs. Asociación Peruana de Avicultura y otras (Exp. N° 029-1996-CLC), art. 5.3

²⁹⁶ VALDÉS, Domingo “Tipicidad y Regla Per Se”, en Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia, vol. 4: pp. 81-123, 2008, p. 109.

comportamiento contemplado en la ley para que los agentes que participen sean culpables por el simple hecho de probarse que se ha incurrido en él. La antijuricidad se comprueba con la sola constatación de que la conducta típica no está permitida, y en cuanto a su idoneidad para producir daño, cabe aclarar que constituyen un ilícito de peligro, no de resultado, por lo que no requiere que se haya causado perjuicio.”²⁹⁷

337. En este punto, es preciso tomar en consideración que las prácticas concertadas, pueden darse de manera tácita o explícita, lo cual tiene un impacto directo en el nivel y naturaleza de la prueba que se ha de considerar válida para verificar las actuaciones alegadas. Es por ello que cuando hacemos referencia a los acuerdos tácitos, las pruebas siempre serán circunstanciales y deberán analizarse las condiciones del mercado y el comportamiento que estos denotan en el mismo, lo cual en conjunto podrá dilucidar si estamos o no ante una práctica concertada.

338. Por otro lado, la práctica puede ser explícita, cuando existen pruebas directas, catalogadas dentro de la llamada comunicación escrita, textos, correos, comunicaciones, minutas de reunión, contratos, entre otros documentos y que permiten de su verificación actuaciones anticompetitivas entre competidores.

339. De ahí que al analizar los elementos probatorios aportados en el expediente, sea necesario que se efectúe una valoración conjunta de los mismos para determinar la comisión de la infracción. En palabras de nuestro organismo homólogo en el Perú, el INDECOPI, se afirma:

“66. (...) únicamente una valoración conjunta de todos los medios probatorios con los que cuenta la autoridad permitirá obtener una visión integral de los hechos constitutivos de una infracción y de la fiabilidad de los diversos medios probatorios, su congruencia y suficiencia probatoria para acreditar o descartar la hipótesis anticompetitiva investigada.”²⁹⁸

340. En tal sentido, se ha establecido que todos los casos de abuso de posición de dominio serán analizados bajo la regla de la razón y todos los casos de prácticas concertadas serán analizados bajo la regla *per se*, lo cual ha sido incluso reconocido por parte de la doctrina nacional.²⁹⁹

²⁹⁷(Subrayado nuestro) Vid. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Costa Rica, Sesión II, sentencia núm. 275-2005 de fecha 17 de junio de 2005.

²⁹⁸Vid. Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, resolución 000005-2016/CLC-INDECOPI, de fecha 31 de diciembre de 2018.

²⁹⁹Vid. Gaceta Judicial, Angélica Noboa, Libre competencia-Ley General de Defensa de la Competencia, donde expone que: “El artículo 7 establece las reglas para su calificación, entre las que se destaca la inclusión de la regla *per se* y sus excepciones para los acuerdos prohibidos, y la regla de la razón, para las conductas de abuso de posición dominante, en los numerales 1 y 2, respectivamente.” Disponible en: <https://www.gacetajudicial.com.do/ley-defensa-de-la-competencia.html>

Acento, Merielin Almonte, Evaluación de las prácticas y acuerdos anticompetitivos en la Ley núm. 42-08, texto en el que indica que: “La adopción de esta metodología se considera particularmente adecuada para

341. Por otro lado, este Consejo Directivo considera que se trata de un acuerdo anticompetitivo por el objeto, lo que se evidencia a partir de las pruebas directas (intercambio de correos) que acreditó la Dirección Ejecutiva. Así las cosas, ante un escenario en que se demuestra el objeto anticompetitivo de la conducta mediante prueba directa, carece de sentido evaluar los efectos del cartel en el mercado pues se presuponen siempre negativos.

342. En esencia, en este caso, no ha lugar a probar los efectos en el mercado porque el objeto de la conducta, anticompetitivo en sí mismo, está acreditado con las pruebas directas encontradas por la Dirección Ejecutiva. De allí la importancia de poder distinguir entre la necesidad de probar la conducta a través de sus efectos (que no es lo que ocurre en el caso de la especie) y la necesidad de identificar cómo incide esa conducta en el mercado. A efectos de esto último, la Dirección Ejecutiva señaló el sobreprecio de al menos 2% en el mercado de los productos objeto del cartel, entre otros efectos destacados en sus escritos de conclusiones y de réplica.

343. Por último, probada la existencia de un acuerdo, deben los agentes económicos acreditar que el acuerdo no tiene por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos.³⁰⁰ En efecto, la Ley núm. 42-08 exime de dicha prohibición a aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyos efectos potencialmente restrictivos de la competencia se vean compensados por las "eficiencias económicas" generadas. Se considerará que generan tales eficiencias los acuerdos que (i) contribuyan a mejorar la producción, comercialización y/o distribución de bienes y servicios, o promuevan el progreso técnico o económico, (ii) permitan a los consumidores participar de forma equitativa de sus ventajas siempre y cuando (iii) no incluyan restricciones no indispensables para obtener tales beneficios y (iv) no permitan a las partes eliminar completamente la competencia. Son los propios agentes económicos quienes deberán realizar un ejercicio de autoevaluación para determinar si sus acuerdos/prácticas concertadas quedan encuadradas o no en la prohibición tipificada en el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 y, en su caso, si estarían eximidas de dicha prohibición por concurrir en ellos los referidos requisitos de exención. En el caso que nos ocupa, ninguno de los agentes económicos demostró eficiencias económicas en su práctica.

344. Atendiendo lo anterior, este órgano decisor va a tomar en consideración la regla per se, para analizar las supuestas prácticas concertadas imputadas a los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA.

autoridades de competencia que se estrenan en su labor de prevenir, investigar y sancionar prácticas anticompetitivas, ya que la regla per se simplifica su labor al requerir simplemente probar la existencia de la práctica anticompetitiva y la configuración de los elementos formales que tipifican la conducta, sin necesidad de tener que acudir a los complejos procedimientos que conlleva probar sus efectos en el mercado." Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/evaluacion-la-ley-general-defensa-la-competencia-no-42-08-8394123.html>

³⁰⁰ Vid. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 8, 1979; *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398, 2004.

iii) Sobre la necesidad de definición o no del mercado relevante para el caso de prácticas concertadas

345. Por otro lado, en lo referente a los argumentos de los agentes económicos que versan sobre la violación al principio de legalidad por la no determinación del mercado relevante y la prueba de los efectos en el mercado, por lo que nos referiremos a algunos planteamientos de los agentes económicos sobre el mercado relevante y al alcance de su delimitación en el caso de marras.

346. En este sentido, MERCANTIL FARMACÉUTICA, considera que “[a]ntes de todo es necesario determinar, correctamente el mercado relevante en cuestión. La autoridad de competente debe implementar una serie de estudios económicos para correctamente determinar los efectos en el mercado de la práctica colusoria para reducir lo más posible la posibilidad de que figuren falsos positivos en los estudios económicos de mercado, es necesario, para estos casos, una clara determinación del mercado relevante.”³⁰¹

347. De igual forma agrega que “el mercado relevante correcto sería la comercialización, venta y/o distribución de Winasorb en República Dominicana”³⁰² y que “a los fines de determinar el mercado relevante, debemos asumir la metodología establecida por el artículo 8 de la Ley núm. 42-08 considerando los siguientes elementos.”³⁰³ Y en atención a esto, realiza un detallado análisis del mercado relevante, en atención al precitado artículo.

348. Por otro lado, SUED & FARGESA plantea que “Debe realizarse una definición de mercado relevante afectado por la conducta investigada en el presente caso, atendiendo a los criterios que prescribe el artículo 4 literal f) de la Ley 42-08”³⁰⁴ y que “reconociendo la necesidad de efectuar la definición del mercado relevante en el presente caso, -lo cual es necesario para poder identificar las barreras injustificadas que genere la conducta investigada y demostrar sus efectos en el mercado, tal y como exigen los artículos 5, 7 párrafo I y el artículo 43 numeral I de la Ley 42-08.”³⁰⁵

349. Luego de esto, plantea en atención al “Análisis económico sobre la comercialización, distribución y/o venta de analgésicos y antigripales producidos por GlaxoSmithKline (GSK)” elaborado por el Dr. Enmanuel Cedeño Brea, ciertas inexactitudes que a su consideración contiene la definición del mercado relevante dada por el órgano instructor.

350. En ese sentido, expone que: “Por consiguiente para determinar si la conducta investigada en el presente caso tiene el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado-tal y como exigen los artículos 5, 7 párrafo I y el artículo 43 numeral 1 de la Ley 42-08, es necesario

³⁰¹Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, p. 21, párr. 49.

³⁰²Ibíd., párr. 55.

³⁰³Ibíd., párr. 56.

³⁰⁴Vid. Escrito de contestación núm. C-198-19, p. 22, párr. 2.27.

³⁰⁵Ibíd., p. 25, párr. 2.32.

que la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia haya logrado establecer en su Informe de Instrucción que el presunto cartel de fijación de precios atribuido a Sued & Fargesa y los demás agentes económicos investigados ha producido el efecto de restringir u obstaculizar la competencia en el mercado relevante.”³⁰⁶

351. Continúa agregando que “la Dirección Ejecutiva estaba en el deber ineludible de llevar a cabo un estudio de mercado relevante (...)”³⁰⁷ y que “i) La Ley aplicable al caso impone a la Dirección Ejecutiva, de manera indubitable, la obligación de probar los efectos anticompetitivos de la conducta imputada; ii) que por tanto, su posición no solo carece de fundamento en el derecho aplicable al caso, sino que contraviene directamente la legalidad y iii) que seguir a la Dirección Ejecutiva en su razonamiento estaríamos avanzando a la violación manifiesta de un amplio catálogo de disposiciones tanto de la Constitución Dominicana como la Ley 107-13.”³⁰⁸

352. De su lado, PROFARMA INTERNACIONAL, expone que “otro de los elementos que resta consistencia a la documentación presentada como indicio por la Dirección Ejecutiva lo es la relativa al manejo del concepto de mercado relevante en este procedimiento, ya que el mercado relevante delimitado para el análisis de la conducta en cuestión varía dependiendo del documento que se examine.”³⁰⁹

353. A seguidas entonces, el referido agente plantea los puntos en los que considera existe una inconsistencia sobre los datos presentados para delimitar el mercado relevante, tal como los productos sustitutos³¹⁰ tomados en cuenta para analizar el mercado, la desproporcionada dispersión de los consumidores³¹¹, entre otros.

354. Finalmente, expone que según la Dirección Ejecutiva “no es requerido determinar el mercado relevante ni probar los efectos que en dicho mercado ha ocasionado la conducta anticompetitiva, limitando el alcance de las disposiciones del artículo 7 de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08.”³¹²

355. Finalmente, J. GASSÓ GASSÓ, expone que “[a]unque podemos resaltar que la Dirección Ejecutiva delimitó desde un principio el mercado geográfico dentro del mercado relevante del estudio de la investigación-el territorio de la República Dominicana- y la dimensión temporal del mismo-desde el año 2015 hasta el año 2017-, falló en establecer de manera clara el mercado del producto³¹³” y continúa indicando que “en virtud de lo anterior, la exponente reitera su posición de que la Dirección Ejecutiva no enfocó categóricamente el producto a investigar en el mercado

³⁰⁶Ibíd., p. 31, párr. 2.44.

³⁰⁷Vid. Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0192-2021, p. 4.

³⁰⁸Ibíd., p. 6

³⁰⁹Vid. Escrito de contestación núm. C-192-19, pp. 55, párr. 116.

³¹⁰Ibíd., párr. 118.

³¹¹Ibíd., párr. 127.

³¹²Vid. Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0198-2021, p.13.

³¹³Vid. Escrito de contestación núm. C-197-19, p. 7.

concreto de analgésicos y antigripales, sino más bien los productos de la marca GSK en sentido general.”³¹⁴

356. De igual forma expone que “reiteramos nuestra posición en el sentido de que la investigación de referencia i) establece el mercado relevante objeto de observación sobre la base de estudios que adolecen de serias e importantes incongruencias, ii) sustenta un enfoque arbitrario de argumentos enfocado en un número ínfimo de agentes iii) se basa en una percepción errónea y limitante sobre la verdadera conformación, extensión y marco comercial de un mercado que es en efecto, mucho más amplio, iv) no se evidencia que se haya realizado estudio alguno de sustituibilidad, y por consiguiente los resultados presentados en la investigación son altamente cuestionables.”³¹⁵

357. Continúa indicando al respecto “Pero hay otra dimensión aún más importante en lo relativo al mercado relevante y es que la Ley 42-08 no solamente define el mercado relevante, sino que también establece un mandato irrefutable en el numeral 1 del artículo 43 antes citado-donde obliga a la Administración a demostrar los efectos producidos en el mercado, lo que solo puede cumplirse mediante la ejecución de un estudio de mercado que permita definir efectivamente el mercado relevante donde se produce la conducta investigada.”³¹⁶

358. Asimismo expone que “al tratarse la práctica investigada en la especie de un acuerdo sobre precios o de núcleo duro, no es preciso agotar una determinación rigurosa del mercado relevante, en particular el análisis de sustituibilidad de la oferta y demanda, sino que solo se requiere una caracterización o descripción del mercado concreto en el que se desarrolla la conducta, la cual para los casos específicos del cartel, se realiza a partir del mismo objeto del cartel, lo cual ha sido cabalmente cumplido por este órgano instructor.”³¹⁷

359. Sin embargo, pese a no ser necesario la determinación del mercado relevante para prácticas concertadas, este Consejo Directivo ha podido comprobar que la Dirección Ejecutiva sí lo hizo al establecer que es “el Mercado de comercialización, venta y/o distribución de los productos de la marca GlaxoSmithKline (GSK) en República Dominicana” y la “estructura de submercado de analgésicos y antigripales que es en definitiva el mercado donde presuntamente se materializan las prácticas anticompetitivas.”³¹⁸ En efecto, de la lectura del informe de instrucción se expone lo siguiente:

“En base a lo anterior, esta Dirección Ejecutiva, teniendo en cuenta las características particulares de los medicamentos OTC señalados con anterioridad, considera que el mercado relevante a efectos de valoración de la conducta objeto del presente procedimiento, deberá ser el mercado de comercialización, distribución y/o venta de analgésicos y antigripales producidos por GlaxoSmithKline (GSK) en la República Dominicana, ya que: i)

³¹⁴Ibid, p 8.

³¹⁵Ibid, p.10.

³¹⁶Ibid, p. 29.

³¹⁷Vid. Escrito de réplica núm. DE-IN-2021-1127, p. 4

³¹⁸Vid. Escrito de conclusiones núm. DE-IN-2021-1063, p. 4.

los agentes económicos investigados participan efectivamente con los productos de dicha marca dentro del ámbito geográfico en el cual desarrollan su actividad comercial, que es nacional; y ii) las presuntas prácticas restrictivas de la competencia que motivaron el inicio del procedimiento de investigación hacen referencia expresa al mercado de medicamentos de tipo analgésico y antigripal de dicha marca, clasificados como categoría OTC (*over the counter drug*)³¹⁹

360. Tal delimitación fue reafirmada en su escrito de conclusiones³²⁰ y escrito de réplica³²¹.

361. En esa tesitura, este Consejo Directivo debe establecer y reiterar que cuando se analiza bajo la regla *per se* o considerando que está ante una práctica absoluta que no encuentra razonabilidad más allá de los casos de excepciones que contempla el artículo 7.1 de la Ley núm. 42-08, no resulta necesario la delimitación estricta que dispone el artículo 8 de la Ley núm. 42-08 sobre el mercado relevante, que está reservado para la conducta calificada en el artículo 6 como abuso de posición dominante.

362. Como resultado de esto, se debe asumir que no es necesario realizar la definición del denominado “mercado relevante”. Así las cosas, más que de “mercado relevante”, para los casos de cárteles, como el que nos ocupa, se debe hablar de “mercado afectado”, el cual claramente ha sido delimitado en el presente caso.

³¹⁹Vid. Informe de instrucción, p. 93.

³²⁰La Dirección Ejecutiva “retuvo en su Informe de Instrucción que el mercado relevante en cuestión estaba determinado por el alcance de la conducta investigada, a saber la distribución de medicamentos de la línea de consumo del laboratorio GlaxoSmithKline (GSK), dentro de los cuales se encuentran los analgésicos y antigripales marca Winasorb. Es decir que es el propio cartel o acuerdo anticompetitivo el que determina el mercado o productos afectados o involucrados, lo que, en principio poco tiene que ver con el concepto técnico de mercado relevante” Vid. Escrito de conclusiones núm. DE-IN-2021-1063, p. 3. Asimismo, reiteró que “[d]e los escritos presentados por el órgano instructor, se expresa que “(...) las prácticas restrictivas de la competencia imputadas por este órgano instructor hacen referencia expresa a un acuerdo de fijación de precios para los productos clasificados en la categoría OTC (*over the counter drug*) o línea de Consumo del Laboratorio GlaxoSmithKline (GSK), dentro de los cuales se encuentran analgésicos y antigripales producidos por dicho laboratorio y que resultan ser los productos que todos los agentes económicos imputados coinciden en distribuir, lo cual, como se ha razonado y tal y como sostienen la mayoría de las autoridades de competencia, supone una predeterminación del mercado relevante.” Vid. Escrito de conclusiones núm. DE-IN-2021-1063, pp. 6 y 7.

³²¹ “El informe de instrucción presentado por esta Dirección Ejecutiva dedica todo un apartado a la identificación del mercado relevante en el que se materializa la conducta imputada, apartado este, que incluye desde la identificación de los aspectos generales del mercado en cuestión, hasta la identificación de las características principales que lo distinguen, para lo cual, no solo se analizó el mercado desde el punto de vista de los productos investigados, detallando su composición y usos; sino que además se analizó la composición de la cadena de comercialización y las condiciones de comercialización de los analgésicos y antigripales producidos por GSK; la participación de mercado de los distribuidores de dichos productos, lo que equivale a estudiar el mercado desde el punto de vista de la oferta; los niveles de concentración de dicho mercado, así como el índice de rivalidad existente entre los agentes económicos coludidos; todo lo cual sirvió de sustento para describir el contexto en el cual se realiza la conducta, y finalmente para que esta Dirección Ejecutiva pudiera concluir que, efectivamente, el mercado relevante afectado por el acuerdo anticompetitivo es el de la comercialización, distribución y/o venta en la República Dominicana, de los analgésicos y antigripales producidos por el laboratorio GlaxoSmithKline.” Vid. Escrito de réplica núm. DE-IN-2021-1127, p. 5

363. En esa misma línea se ha referido la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, al establecer que:

“Esta Superintendencia tiene como una práctica decisoria decantada, que en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar la definición del denominado “mercado relevante”. Lo anterior, toda vez que es el alcance de la conducta investigada el que determina el mercado presuntamente afectado. Es decir, es el cartel empresarial el que determina el mercado o productos afectados o involucrados, lo que en realidad poco o nada tiene que ver con el concepto técnico de “mercado relevante”. Por esta razón, tratándose de carteles empresariales, esta Superintendencia, más que de “mercado relevante” ha hablado es de mercado afectado. “Esta doctrina ha sido fijada por el Despacho en muchas ocasiones, entre otras en la Resolución 80847 de 2015, en la que se señaló lo siguiente: Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 de 9 de febrero de 2010. Versión Pública Hoja No. 7). Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva (Unión Europea, Caso T-111/2008, MasterCard Inc, MasterCard Europe SPRL v. Commission, 24 de mayo de 2012), lo que en definitiva significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo”.³²²

364. En este mismo sentido, se ha establecido sobre el mercado relevante en casos donde las prácticas anticompetitivas son prohibidas *per se*, lo siguiente:

“En último término, rechazamos que sea procedente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de la interpretación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la obligación de definir el mercado relevante antes de aplicar el artículo 81 CE, que prohíbe las prácticas colusorias anticompetitivas, o el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia nacional, pues no apreciamos que en el supuesto enjuiciado se susciten dudas sobre la interpretación de dichas disposiciones, en cuanto no se desprende de su contenido normativo que para sancionar un acuerdo entre empresas o una decisión de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pudieran afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia

³²² Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Res 81391-2017 de fecha 11 de diciembre de 2017.

dentro del mercado interior, sea exigible la concreción individualizadora del mercado de referencia mediante la realización de un análisis metodológico separado de la valoración de la conducta o del comportamiento colusorio anticompetitivo, que incluye la descripción de los productos y servicios ofrecidos, la identificación del ámbito geográfico en que opera la empresa investigada y la valoración de las circunstancias temporales en que se desarrolla la actuación examinada."³²³

365. Consecuencia de lo anterior, al momento de analizar las alegadas prácticas concertadas al tenor de lo que dispone el artículo 5, literal "a" de la ley núm. 42-08, este órgano decisor tomará en consideración la existencia o no de elementos que permitan constatar la conducta presumiblemente anticompetitiva. De allí que en este tipo no será necesaria la determinación del mercado relevante por parte de la Dirección Ejecutiva más allá de la que permita determinar el alcance de la conducta y tampoco se requiere que el citado órgano instructor establezca los efectos que han generado en el mercado dichos acuerdos.

366. En otro orden, en lo relativo a demostrar los efectos de la conducta, se debe resaltar que no es necesario demostrar efectos, porque no existe razonabilidad para que en el mercado se esté realizando una actuación cuyo objeto directo presupone un ataque en contra de la competencia efectiva en el mercado. Por ejemplo, en el caso de J. GASSÓ GASSÓ, si bien pudo haber perdido porcentaje de mercado, pero eso no le exime de la responsabilidad de haber sido parte del cártel.

367. Por la naturaleza de lo dispuesto en los artículos 5.1 y 7. 1 de la Ley núm. 42-08, los casos que versen sobre prácticas anticompetitivas por acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto u efecto, serán considerados como restricciones absolutas/por objeto y por lo tanto su sola constatación implicará una violación a la Ley núm. 42-08.

368. Esto se traduce en que la sola existencia de la conducta determina el efecto restrictivo a la competencia, salvo que sea demostrado por parte del cártel la eficiencia de su actuación. En estos casos, por tanto, lo que se toma en consideración es el contenido del acuerdo y su finalidad:

"Como señala la Comisión, en unos casos bastará con analizar el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue para poder concluir, con el grado de certeza que es exigible en Derecho, que se trata de una restricción por objeto. Tal será el caso de las generalmente consideradas como restricciones especialmente graves o *hard-core restrictions*, categoría en la que se pueden incluir con general aceptación las conductas concertadas de fijación horizontal de precios, limitación de la producción y

³²³(Subrayado nuestro) Vid. Tribunal Supremo Sala Tercera, de lo Contencioso –Administrativo de España, 6 de noviembre de 2013.

reparto de mercados y clientes, así como, probablemente, las demás conductas que se enumeran en los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC a modo de ejemplos de conductas restrictivas incluidas dentro de la cláusula general prohibitiva.”³²⁴

369. Resultado de ello es que la carga probatoria para demostrar la existencia del acuerdo recaerá sobre el órgano instructor y la carga probatoria de evidenciar que se está ante una de las excepciones del artículo 7.1 parte *in fine*, corresponderá a los presuntos agentes económicos infractores.

370. En ese sentido y verificados los argumentos de los agentes económicos que versan sobre la violación al principio de legalidad por la no determinación del mercado relevante y la prueba de los efectos en el mercado, los mismos deben ser rechazados en todas sus partes, debido a que el análisis y tratamiento dado por la Dirección Ejecutiva con respecto a la prácticas presumiblemente anticompetitivas en atención a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley núm. 42-08 fue el acertado y el dispuesto por el legislador dominicano en los supuestos planteados. Máxime cuando tampoco fueron presentadas evidencias de que los referidos acuerdos se procuraba la eficiencia de la actividad productiva o la promoción de la innovación o la inversión productiva, de conformidad con lo que dispone el numeral “1” del artículo 7 de la Ley núm. 42-08.

iv) Sobre las imputaciones presentadas por la Dirección Ejecutiva y los hechos acreditados

371. Este Consejo Directivo, está de acuerdo con que “los acuerdos horizontales es decir, los acuerdos entre competidores, restringen por lo general la competencia y por lo tanto reducen el bienestar, por lo que salvo casos muy específicos (como las excepciones que contempla el artículo 7) / (como por ejemplo, los acuerdos de cooperación en cuanto a investigación y desarrollo), deberían estar prohibidos.”³²⁵

372. Es por esto que los llamados carteles o prácticas colusorias, son considerados como fuentes de distorsión del proceso competitivo e inciden negativamente en la distribución de los recursos, de ahí que nuestros homólogos los consideren como una de las actuaciones anticompetitivas más perjudiciales para la competencia y que ameritan acciones efectivas para su control y el restablecimiento de condiciones óptimas del mercado.

373. Ciertamente, las prácticas concertadas pueden darse de manera implícita o tácita, debido a condiciones naturales del mercado, o por acuerdos explícitos y coordinados entre competidores.

³²⁴ Subrayado nuestro. Vid. Actas de Derecho industrial y derecho de autor, Tomo XXX, 2009-2010, Julio Costas Comesaña, Marcial Pons, pp. 167-182.

³²⁵ Vid. Mota, Massimo, Política de competencia. Teoría y práctica, p. 61.

374. Es por esto que “(...) autoridades y jueces de competencia deberían considerar ilegales solamente aquellas prácticas en las que las empresas coordinan explícitamente sus acciones para lograr un resultado colusorio (...)”³²⁶. En ese sentido, el elemento diferenciador de la colusión explícita o implícita, es que en la primera está presente la coordinación entre los supuestos agentes que coluden.

375. En el caso de marras, este Consejo Directivo tiene que evaluar y ponderar si en atención a los criterios precedentemente expuestos, existieron violaciones al artículo 5, literal “a” de la Ley núm. 42-08, por parte de los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA.

376. Sobre varios de estos aspectos se han pronunciado los agentes económicos, quienes consideran fundamentalmente que no existen los supuestos jurídicos que configuran prácticas anticompetitivas al tenor de lo que dispone el artículo 5, literal “a” de la Ley núm. 42-08 y lo fundamentan como veremos a continuación.

i) J. GASSÓ GASSÓ

377. En cuanto a la imputación de fijación de precios este agente económico afirma, entre otras cosas, que “[t]al y como fue indicado por los representantes de J. Gassó Gassó durante la reunión celebrada en fecha 15 de marzo de 2018, “los precios de venta final de los productos GSK básicamente los determina el laboratorio, que dice a qué precio debe distribuirse el producto en cada canal. Es una estrategia del laboratorio que nos da un precio sugerido y nosotros cumplimos.”³²⁷

378. Por otro lado, en cuanto a los precios sugeridos afirma, entre otras cosas, que: “Tal y como demuestra el reporte elaborado por el Licenciado Alemany y que sirve de apoyo a este escrito preliminar, no existe un comportamiento de precios que permita evidenciar una práctica concertada de fijación, en tanto el movimiento de estos se determina por la existencia de otros distribuidores en el mercado que tienen la capacidad de suplir la demanda de los productos a mejores precios o condiciones que la exponente.”³²⁸

379. Consecuencia de lo anterior, indica que “[p]or esta razón, entendemos que la Dirección Ejecutiva ha errado al exponer reiteradamente en su informe de instrucción que los precios sugeridos por GSK no son de cumplimiento obligatorio y que el hecho de que los agentes económicos decidan asumirlo “refleja un paralelismo tácito entre estos que se traduce en una práctica concertada de fijación directa de precios al tenor del artículo 5 literal “a” de la Ley núm. 42-08 por alegadamente asumir el incorrecto argumento de que los precios son impuestos por el productor.”³²⁹

³²⁶Ibid, p.178.

³²⁷Vid. Escrito de contestación núm. C-197-19, p. 20.

³²⁸Ibid, 19.

³²⁹Ibid, p. 21.

380. De igual forma considera que “Incluso vale mencionar que el término sugerido fue mal utilizado por los representantes de la exponente entrevistados, pues para J. Gassó Gassó no hay un precio sugerido, lo que hay es un precio indicado por el fabricante (GSK) que hay que cumplir”³³⁰ e indica que “este precio sugerido es remitido por GSK en un formato de lista de precios que

381. Por otro lado, en cuanto a los descuentos, ofertas y bonificaciones afirma, entre otras cosas, que: “J. Gassó Gassó no ofrece condiciones especiales en la comercialización de los productos OTC de GSK pues los márgenes operativos no son lo suficientemente holgados como para permitir su venta bajo estos esquemas. Las ofertas que son aplicadas a los productos GSK por parte de la exponente son exclusivamente las que autoriza el laboratorio.”³³²

382. Continúa agregando, que “[e]n consecuencia lo único que ha quedado evidenciado es el hecho de que en efecto: (i) la exponente aplica un uso estandarizado, general y no discriminatorio en lo que respecta al otorgamiento de ofertas y descuentos por pronto pago; (ii) que los ofrece a todos sus clientes-sin distinción alguna- y sin importar el producto adquirido; y (iii) que viene implementando dicha práctica desde mucho tiempo antes de haber iniciado la venta de los medicamentos investigados.”³³³

383. Por último, sobre su participación en las reuniones afirma que: “J. Gassó Gassó no ha negado su asistencia a las reuniones, sin embargo, su participación en estas tuvo una finalidad muy diferente a la que se pretende imputar al exponente, pues en ningún ha intercambiado información confidencial, ni realizado acuerdos con la competencia como se ha querido interpretar.”³³⁴

ii) PROFARMA INTERNACIONAL

384. Sobre los precios sugeridos afirma que “Profarma Internacional maneja un precio sugerido por el fabricante del producto (GlaxoSmithKline-GSK-), el cual sirve únicamente de parámetro.”³³⁵

385. En cuanto a la presunta existencia del cartel afirma, entre otras cosas, que: “Profarma Internacional no ha tomado parte activa en ningún cartel, si es que éste existió alguna vez (...) se ha distanciado de este, y es la única empresa que ha sido perjudicada con el paso de los años en los que presuntamente operó el supuesto cartel.”³³⁶

³³⁰Ibid, p.18.

³³¹Vid. Escrito justificativo de conclusiones, p. núm. C-0187-2021, p. 22.

³³²Vid. Escrito de contestación, p. núm. C-197-19, p. 22.

³³³Ibid., p. 25.

³³⁴Idem.

³³⁵Vid. Escrito de contestación, p. núm. C-192-19, p. 6.

³³⁶Ibid., p. 67.

386. Sobre la necesidad de probar el efecto antieconómico del presunto cartel afirma, entre otras cosas, que: “[l]o que la Dirección Ejecutiva debió demostrar, y no lo hizo, es que cada uno de los agentes económicos, incluyendo Profarma Internacional, S.R.L., comparte el elemento culposo de su involucramiento dentro del presunto cartel, para poder aplicar la correspondiente sanción administrativa.”³³⁷

iii) MERCANTIL FARMACÉUTICA

387. Sobre la presunta existencia del cartel es importante resaltar que en su escrito de fecha 9 de abril de 2019, este agente económico reconoció de forma expresa la existencia del cártel en los siguientes términos:

1) “El distanciamiento de MEFASA al cártel se produjo antes del 2017. Con anterioridad a la convocatoria de dicha reunión (diciembre 2017), uno de los competidores de MEFASA le solicito que se apegue a los precios y bonificaciones que envía GSK y de lo acordado en la reunión de fecha 24 de noviembre de 2015, esto antes de la entrada en vigor de la Ley 42-08. MEFASA se negó rotundamente, ya que, de haber aceptado, no estarían compitiendo efectivamente, y el objetivo de MEFASA es ganar mercado e incrementar sus utilidades”; 2) “El rompimiento del cartel hace sentido una vez analizamos el contexto marco de la situación. En fecha septiembre 2015 los competidores se reúnen y llegan a una serie de acuerdos para otorgar bonificaciones y descuentos financieros a sus clientes. Luego en fecha diciembre de ese mismo año, uno de los agentes económicos denuncia a los miembros que otro se encuentra incumpliendo dicho acuerdo. En fecha posterior, un agente económico con ánimo de coludir, se comunica con MEFASA para solicitarle que se acate a lo acordado, ya que está otorgando descuentos, bonificaciones y precios, fuera del margen establecido, pedimento que MEFASA rechaza; y 3) Llegada la fecha de la reunión a la hora indicada en la convocatoria, sorpresivamente, el señor ██████████ ██████████, de PROFARMA INTERNACIONAL, propuso que los distribuidores de GSK dejaran de otorgar bonificaciones y de acordar un precio para los descuentos, lo cual provocó que tanto el señor ██████████ como ██████████ ██████████ de GSK y MEFASA, respectivamente se negaran a tal solicitud y se retiraran de la reunión antes de que finalizara.”³³⁸

388. Sin embargo, posteriormente, dicho agente económico afirma, que “[n]o se puede condenar a Mefasa por la reunión de febrero de 2018, ya que, como ha quedado establecido, el mismo no participó en las deliberaciones del tema propuesto por el señor ██████████.

³³⁷Ibíd., p. 76.

³³⁸Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, pp. 9, 10 y 11.

Evidenciado una vez más, que el distanciamiento de MEFASA del presunto cartel se produjo con anterioridad a la fecha que la DE erróneamente indico en su informe de instrucción.”³³⁹

389. En cuanto a la **fijación directa de precios de comercialización** afirma que “[l]a única prueba que tiene la Dirección Ejecutiva de una supuesta colusión tácita para este fin es el simple hecho de que los agentes económicos venden los productos a sus clientes al mismo precio. Esto por sí solo no es prueba, ni indicación, posiblemente incluso lo único que demuestra es que existe una competencia sana en el mercado.”³⁴⁰ Finalmente indica, que la Dirección Ejecutiva, no pudo en el curso de su investigación evidenciar que concretamente hubo una colusión tácita para la fijación directa de precios³⁴¹ y Mefasa ha podido probar que existe una explicación lógica para este tipo de acción y la misma no es ilegal bajo el marco de la legislación dominicana.³⁴²

390. Por otro lado, expone que “Con respecto al primer elemento, la **fijación directa de precios**, lo único que sustenta la teoría de la Dirección Ejecutiva es un email que recoge una minuta con supuestos acuerdos contra los cuales se ha aportado sobradas pruebas de que MEFASA nunca los ejecutó. Tampoco existe la más mínima prueba de una conducta anticompetitiva ni de un principio de ejecución de los acuerdos colusorios.”³⁴³

391. Por último, sobre la **fijación indirecta de precios** afirma que: “[l]a ley dominicana no penaliza, ni establece sanción alguna contra la sugerencia de precios en un sentido vertical, puesto que dos entes que interactúan de manera vertical, entiéndase GSK-MEFASA, no compiten entre sí, por lo que no puede hablarse de violación a la competencia, propiamente dicha y segundo porque el comportamiento de mercado con respecto a las operaciones de Mefasa, ha demostrado que esta empresa no ha “asumido” ni “acordado acatar” con sus competidores los precios sugeridos por GSK, como se aduce sin pruebas, sino que, por el contrario, los precios, bonificaciones y descuentos otorgados por Mefasa a sus clientes responden a sus propios criterios y políticas, como bien declaran sus clientes en entrevistas llevadas a cabo por la Dirección Ejecutiva.”³⁴⁴

iv) SUED & FARGESA

392. Este agente económico, al referirse a la **política de precios, las bonificaciones y las ofertas** afirma que: “(...) en el mercado de la distribución y comercialización de productos farmacéuticos, cuando se hace referencia a la distribución no exclusiva de una marca o producto, tanto la política de precios, las bonificaciones y las ofertas vienen definidas por el laboratorio proveedor, por lo que el distribuidor solo tiene el margen porcentual definido a nivel contractual.”³⁴⁵

³³⁹Ibíd., p.12.

³⁴⁰Ibíd., p. 16.

³⁴¹Ibíd., p.18.

³⁴²Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, p. 20.

³⁴³Vid. Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0213-2021, pp. 16 y 17.

³⁴⁴Ibíd., p. 17.

³⁴⁵Vid. Escrito de contestación núm. C-198-19, p. 19.

393. Sobre la configuración de la conducta indica que "(...) hay que destacar que el artículo 5 literal a) de la Ley núm. 42-08 no tipifica explícitamente ninguna conducta que configure las características específicas del comportamiento atribuido a los agentes económicos investigados que, a decir de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, consistente en no otorgar condiciones de descuentos y otros tipos de bonificaciones e incentivos distintos a las ofertas de dichos laboratorios (GlaxoSmithKline) programa y autoriza (sic) y en establecer un margen idéntico de descuento por pronto pago."³⁴⁶

394. Por último, sobre la fijación directa de precios expone que "[e]n el escenario fáctico descrito precedentemente y a la luz de los planteamientos doctrinales esbozados, no configura un paralelismo tácito el hecho de que los distribuidores de GlaxoSmithKline aplicasen -si tal fuera el caso- la lista de precios de venta sugeridos proveída por GlaxoSmithKline, en su condición de fabricante de los productos distribuidos por ellos. Máxime, cuando no hay en el artículo 5 de la Ley 42-08 un literal específico que de manera precisa y específica tipifique como práctica concertada o acuerdo colusorio el que los distribuidores de un fabricante no otorguen condiciones de descuento y otros tipos de bonificaciones e incentivos distintos a las ofertas que sean programadas y autorizadas por el fabricante del producto que distribuyen en el mercado."³⁴⁷

v) Sobre las alegadas prácticas concertadas

395. Vemos entonces, que el órgano instructor presenta la comisión de supuestas prácticas concertadas en el "*Mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GlaxoSmithKline en la República Dominicana*", las cuales alegadamente fueron cometidas durante los años 2015 y hasta el 2018.

396. La marca GlaxoSmithKline produce analgésicos y antigripales que son comercializados bajo la marca comercial de Winasorb, los cuales sirven para tratar fundamentalmente, dolores e infecciones virales y están enmarcados en los medicamentos que se venden sin receta médica.

397. De los datos aportados por la Dirección Ejecutiva y por los agentes económicos investigados, hemos validado que este mercado funciona de la manera siguiente:

- i. Productor, que sería el laboratorio de GLAXOSMITHKLINE (GSK).
- ii. Distribuidores, que serían MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL, SUEDE & FARGESA Y KETLE SANCHEZ & CO, S.A.
- iii. Mayoristas.
- iv. Farmacias, tiendas y otros afines.
- v. Consumidores.

³⁴⁶Ibid, p. 21

³⁴⁷Ibid, pp. 21 y 22.

398. De lo anterior, conviene hacer varias precisiones, con respecto a algunos de los distribuidores del mercado, pues es en este lugar de la cadena de comercialización que se encuentran los agentes económicos que presuntamente realizaron las prácticas anticompetitivas:

399. La relación comercial entre el productor y los distribuidores se rige por un Contrato de Distribución No Exclusiva, según se describe a continuación:

- i. Con respecto a MERCANTIL FARMACÉUTICA: Su relación actual con GSK se rige por un contrato de fecha 2 de septiembre de 2016, modificado en fecha 8 de agosto de 2017.
- ii. Con respecto a J. GASSÓ GASSÓ: Su relación actual con GSK se rige por un contrato de fecha 1º de enero de 1971, modificado el 11 de septiembre de 2001.
- iii. Con respecto a PROFARMA INTERNACIONAL: Su relación actual con GSK se rige por un contrato de fecha 21 de mayo de 2014 modificado en fechas 1º de septiembre de 2016 y 28 de agosto de 2017.
- iv. Con respecto a SUED & FARGESA: Su relación actual con GSK se rige por un contrato de fecha 29 de mayo de 2015 modificado el 18 de noviembre de 2016 y el 23 de agosto de 2017

400. De la revisión de los Contratos de Distribución No Exclusiva, podemos concluir que: i) la cadena de comercialización, así como las condiciones de venta y/o estrategias son responsabilidad de los distribuidores, ii) GSK le da a los distribuidores una lista de precios, la cual no constituye una obligación para los distribuidores, ni está sujeta a sanciones por incumplimiento, iii) existen reuniones pautadas cada [REDACTED] únicamente entre las partes suscribientes del contrato, es decir el productor y el distribuidor.

401. Asimismo, los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA son competidores dentro del mercado y distribuyen los analgésicos y antigripales de la marca GlaxoSmithKline en todo el territorio nacional, los cuales se comercializan bajo la marca de Winasorb.

402. La participación de estos distribuidores en las ventas locales de los analgésicos y antigripales bajo la marca de Winasorb para los años 2011-2017, es según los valores porcentuales indicados a continuación: i. Profarma Internacional con 41.58% ii. Mercantil Farmacéutica con 25.71%, iii. Sued & Fargesa con 24.90% y iv. J. Gassó Gassó con 6.28%.

403. Conviene precisar, que en el proceso competitivo los agentes que participan en un determinado mercado tienen la posibilidad de establecer las condiciones en las cuales quieren relacionarse con las demás partes que concurren en la cadena de producción, de hecho es uno de los mayores alicientes para quienes desean contar con una participación considerable en el mercado y ganarse la fidelidad de sus clientes.

404. Cuando a diferencia de esto, los agentes económicos que compiten deciden pactar las condiciones por medio de las cuales ofrecerán sus servicios o productos en el mercado, se genera una distorsión y una supresión de las ventajas naturales que trae competir.

405. Es reconociendo esto que el legislador incluyó en la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 como prácticas contrarias a la libre competencia aquellas en que los agentes económicos competidores establezcan acuerdos sobre precios, descuentos, producción, mercado y clientes, porque estas son de hecho las variables que permitirán que los competidores se diferencien unos de otros y que la concurrencia en el mercado lleve a mejorar cada vez más las condiciones en las que se ofrecen los productos, bienes y servicios.

406. Como bien se expone en el informe de instrucción con respecto al alcance del artículo 5, literal “a” de la Ley núm. 42-08:

“La conducta descrita en el literal “a” del artículo 5 de la Ley núm. 42-08, concibe los acuerdos precios de forma directa e indirecta, al hacer referencia tanto a aquella determinación del precio como valor final resultante (precios mínimos y/o precios máximos de venta de un producto o servicio); como la fijación indirecta, a través de la determinación consensuada de otras condiciones o circunstancias que afecten al precio, como son descuentos a ofrecer, y otras condiciones que influyen en las ventas o transacciones comerciales, por ejemplo, condiciones para el otorgamiento de créditos”³⁴⁸

407. En ese sentido, lo alegado es la existencia de un cartel que se presume ha funcionado desde el 2015 hasta el 2018 y se materializaba con reuniones entre los distribuidores de la marca GlaxoSmithKline (GSK), de lo cual según se expone en el informe de instrucción se dio a raíz de convocatorias remitidas por correos electrónicos.

408. Sobre este punto J. GASSÓ GASSÓ afirma que “[n]o ha negado su asistencia a las reuniones, sin embargo, su participación en estas tuvo una finalidad muy diferente a la que se pretende imputar a la exponente, pues en ningún momento ha intercambiado información confidencial ni realizado acuerdos con la competencia como se ha querido imputar.”³⁴⁹

409. De igual forma, dicho agente expresa que “[a]unque en el caso de la exponente, su Gerente de Ventas, el señor ██████████ respondió a dicha minuta expresando que “hasta el momento hemos honrado el acuerdo acordado por todos”, resulta evidente que no se ha cumplido con ningún tipo de convenio con la competencia.”³⁵⁰ Más adelante agrega, que la Dirección Ejecutiva debió validar el contenido de los correos electrónicos y “hacer un “*voir dire*” de los mismos con aquellas empresas o personas que supuestamente participaron en la componenda.”

³⁵¹

410. Por su parte, PROFARMA INTERNACIONAL indica que respecto al correo de 23 de enero de 2018 indicó que “[l]o anterior no constituye en modo alguno, como pretende alegar la Dirección

³⁴⁸Vid. Informe de instrucción, p. 115.

³⁴⁹Vid. Escrito de contestación núm. C-197-19, p. 25.

³⁵⁰Vid. Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0187-21, p. 39.

³⁵¹Vid. Escrito justificativo de conclusiones núm. C-0187-21, p. 40.

Ejecutiva, prueba fiable y consistente de un cartel, sino de que la agenda agotó su cometido, porque se cumplió la finalidad de la reunión.”³⁵²

411. MERCANTIL FARMACÉUTICA expone que “En fecha septiembre de 2015 los competidores se reúnen y llegan a una serie de acuerdos para otorgar bonificaciones y descuentos financieros a sus clientes. En fecha posterior, un agente económico, con ánimo de coludir, se comunica con MEFASA para solicitarle que se acate a lo acordado, ya que está otorgando descuentos, bonificaciones y precios fuera del margen establecido, pedimento que MEFASA rechaza. En fecha diciembre de 2017, se coordina la reunión, sin orden del día ni tema específico, la cual MEFASA no coordinó ni solicitó. En fecha 23 de enero de 2018, el representante de PROFARMA INTERNACIONAL, nuevamente solicitó una reunión con el tema a tratar de “La Dirección Comercial de la Línea GlaxoSmithKline; llegada la fecha de la reunión, a la hora indicada en la convocatoria, sorpresivamente el señor ██████████ de PROFARMA INTERNACIONAL, propuso que los distribuidores de GSK dejaran de otorgar bonificaciones y de acordar un precio para los descuentos, lo cual provocó que tanto ██████████ como ██████████ ██████████, de GSK y MEFASA respectivamente, se negaran a tal solicitud y se retiraron de la reunión antes de que finalizara.”³⁵³

412. En este sentido, MERCANTIL FARMACÉUTICA afirma que “El ánimo de coludir de los representantes de PROFARMA INTERNACIONAL fue tal, que incluso involucraron a GSK y MEFASA luego de rechazar en su ilícito”. Para enfatizar el tema, dicho agente económico indicó que “Aun cuando el ánimo y la voluntad de otros Agentes Económicos que participan en el mercado fue la de coludir MEFASA se mantuvo siempre al margen de dicha intención y no implemento en su modelo de negocios nada de lo supuestamente acordado”.³⁵⁴

413. Llegados a este punto y en atención a lo planteado por J. GASSÓ GASSÓ sobre la autenticación de los correos electrónicos constituidos como pruebas directas del presunto cartel, conviene resaltar lo expuesto por el órgano instructor sobre este tema:

“(…) Que dichos correos electrónicos fueron obtenidos a través de un allanamiento practicado por esta Dirección Ejecutiva con el auxilio del Ministerio Público y en observancia de todas las disposiciones y garantías fundamentales aplicables en la materia. En efecto, los referidos correos electrónicos fueron entregados por el agente económico allanado a requerimiento del Ministerio Público, y remitidos posteriormente por dicha entidad a esta Dirección Ejecutiva para su incorporación en el expediente de instrucción como parte de los hallazgos del referido allanamiento. Vale preguntarnos si ante estas circunstancias también ameritan ser validados

³⁵²Vid. Escrito de contestación núm. C-192-19, pp. 71 y 72.

³⁵³Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, pp. 10-13.

³⁵⁴Ibidem

por la fuente los referidos correos electrónicos, para poder ser incorporados al expediente como prueba del ilícito.”³⁵⁵

414. Este Consejo Directivo, considera que lo solicitado por J. GASSÓ GASSÓ es lo que ya se hizo en el curso de la instrucción y en la etapa decisoria del procedimiento administrativo sancionador, que es controvertir, debatir y presentar sus argumentos respecto de los medios de prueba que constan en el expediente, por lo que puede advertirse que una autenticación del documento no es un elemento necesario cuando los correos electrónicos fueron entregados por medio de un allanamiento y las partes nunca invocaron su inexistencia o presentaron elementos que implicaran la falta de veracidad de los mismos, pues lo controvertido en el curso del caso de marras ha sido la interpretación de su contenido.

415. En atención a lo anterior, carece de todo fundamento la pretensión de que debieron autenticarse los correos electrónicos, por lo que a seguidas procederá a este Consejo Directivo a analizar las conductas alegadas.

416. En el artículo 5, literal “a” de la Ley núm. 42-08, expone que serán anticompetitivos los acuerdos de precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información, que tenga el mismo objeto o efecto. Es decir que se contempla el precio directo que recibe el consumidor/cliente y los precios indirectos que afectan el valor final del producto.

417. Es en ese tenor que según lo alegado por el órgano instructor, el esquema de funcionamiento del cartel permaneció activo desde el 2015 hasta el 2018 y se materializaba por medio de reuniones entre los distribuidores de línea de consumo de GSK de las cuales se tiene constancia debido a los correos electrónicos que fueron obtenidos en la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador y que como mencionamos se entregaron al órgano instructor a raíz de un allanamiento en las oficinas de SUED & FARGESA. Sumado a lo anterior, tales cuestiones no han sido rebatidos ni controvertidos en cuanto a su contenido por los agentes económicos investigados, más allá de las alegaciones de J. GASSÓ GASSÓ sobre la incorporación de los mismos al expediente.

418. En ese sentido, las imputaciones de la Dirección Ejecutiva están orientadas en torno a dos ilícitos, por un lado, la fijación indirecta de precios generados por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización y la fijación directa de precios de comercialización por el acatamiento coordinado del precio sugerido por parte del agente productor.

³⁵⁵Vid. Escrito de réplica, núm. DE-IN-2021-1127, p. 9

a) Sobre la fijación indirecta del precio por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización

419. En el informe de instrucción la Dirección Ejecutiva expone que los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA incurrieron en violación al artículo 5 literal “a” de la Ley núm. 42-08, al fijar indirectamente los precios como resultado del establecimiento de porcentajes máximos de descuentos en la comercialización de los productos de la marca GlaxoSmithKline en la República Dominicana.

420. Siendo así las cosas, verificamos que en el expediente administrativo sancionador constan documentos que acreditan intercambios de información entre los agentes económicos, los cuales deben ser analizados a la luz de lo dispuesto en la Ley núm. 42-08.

421. En primer lugar, este Consejo Directivo ha podido verificar el correo electrónico con el asunto de “Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23/11/2015”, de fecha 23 de noviembre de 2015, cuyo texto integral plasmamos a continuación:

GRACIAS.



From: [REDACTED]
Sent: martes, 24 de noviembre de 2015 1:11 p. m.
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

Estimados Todos:

Quiero agradecer a todos los asistentes a la Reunión sostenida en el día de ayer en nuestras oficinas de Mercantil Farmacéutica y resaltar el ambiente cordial, relajado y de respeto mutuo en que se llevó a cabo este encuentro.

Acto seguido les describo en esta Minuta los acuerdos arribados por todas las partes representadas:

MINUTA ACUERDOS COMERCIALES PARA LA LINEA DE CONSUMO GLAXOSMITHKLINE

En la tarde de ayer Lunes 23 de Noviembre del año en curso, en el salón de Reuniones de la Empresa Mercantil Farmacéutica, SA (MEFASA), siendo aproximadamente las 3:45PM nos reunimos [REDACTED] representación de PROFARMA INTERNACIONAL, SRL, los señores [REDACTED] por parte de Laboratorios SUEDE & FARGESA, SRL, los señores [REDACTED] por parte de Empresa GASSO GASSO [REDACTED] por parte de MERCANTIL FARMACEUTICA, S.A, los señores [REDACTED]

A continuación los puntos acordados en total unanimidad por todos los presentes:

La Comercialización de la Línea de consumo de GSK para los siguientes clientes:

_CADENAS DE FARMACIAS [REDACTED]

SE ACUERDA OTORGAR SOLO UN 5% DE DESCUENTO POR CONCEPTO DE PRONTO PAGO A 30 DIAS. NO BONIFICACIONES Y NO DESCUENTOS DE PRODUCTOS O FINANCIEROS EN FACTURAS.

La Comercialización de la Línea de consumo de GSK para los siguientes clientes:

_MAYORISTAS SIN VENDEDORES (ALMACENES GURABO, SUPLIFARMACO, DIST. RAMA, Y & E PHARMA).

PUEDEN TENER TELEMARKETING PERO NO VENDEDORES.

_CHUCHEROS SIN VENDEDORES.

_GRUPOS DE FARMACIAS (GRUPO FARMACO ORIENTAL, ALMEDI24, FARMASURCOOP, UNION COMERCIAL CONSOLIDADA).

SE ACUERDA OTORGAR SOLO UN 10% DE DESCUENTO POR CONCEPTO DE PRONTO PAGO A 30 DIAS. NO BONIFICACIONES Y NO DESCUENTOS DE PRODUCTOS O FINANCIEROS EN FACTURAS.

La Comercialización de la Línea de consumo de GSK para los siguientes clientes:

_DISTRIBUIDORAS CON VENDEDORES Y GRUPOS DE FARMACIAS CON VENDEDORES (GRUPO 10, FARMACO DEL NORTE, O & G FARMA, ENTRE OTROS).

SE ACUERDA OTORGAR SOLO UN 5% DE DESCUENTO POR CONCEPTO DE PRONTO PAGO A 30 DIAS. NO BONIFICACIONES Y NO DESCUENTOS DE PRODUCTOS O FINANCIEROS EN FACTURAS.



ESTAS MEDIDAS SERAN APLICADAS DE MANERA INMEDIATA A PARTIR DEL DIA 24 DE NOVIEMBRE DEL 2015 SIN EXCEPCION DE CLIENTES NI DE ACUERDOS PREVIOS.

Luego de estos puntos, se procedió a cerrar la reunión.

Agradeciéndoles unavez más a todos por haber asistido a esta reunión, solo les pido con la mayor cortesía, el confirmar el recibo de este correo a la mayor brevedad posible.

Saludos,

[Redacted]
Gte. Gral. Comercial
Mercantil Farmacéutica, S.A.

422. De la revisión del precitado documento se puede constatar que: i) fue realizada una reunión en fecha 23 de noviembre de 2015 entre los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL, SUEDE & FARGESA Y KETTLE SANCHEZ & CO, S.A., y ii) los participantes acordaron otorgar descuentos topes a sus clientes por concepto de pronto pago a 30 días.

423. De igual forma, acuerdan y/o conciertan que atendiendo el tipo de clientes, se les darán descuentos dentro del rango de 5%-10%, sin bonificaciones y descuentos de productos financieros en facturas.

424. Tal y como fue indicado en el informe de instrucción: "(...), de la lectura de la minuta anteriormente descrita se verifica que el acuerdo adoptado por los agentes económicos involucrados en el cartel tiene como principal objetivo determinar el porcentaje de descuentos a ser otorgado en la venta de los productos de la línea de consumo de GLAXOSMITHKLINE (GSK), especialmente en el canal de comercialización principal, que son las farmacias, así como la abstención de otorgar otro tipo de descuentos, lo cual ciertamente tendría una incidencia en el precio final del producto."³⁵⁶

425. Del contenido de estos correos electrónicos se concluye que las indicaciones y el acuerdo realizado no responde a una actuación lícita entre las partes a la luz de lo que dispone la Ley núm. 42-08.

426. Que los descuentos son una de las estrategias con las que cuentan los distribuidores para atraer clientes, crear fidelidad en los mismos y diferenciarse de sus competidores, en otras palabras son una herramienta de competencia, la cual fue suprimida en el caso de marras por los agentes económicos, ya que homogenizar los porcentajes topes de descuento genera que sus

³⁵⁶Vid. Informe de instrucción, p. 121.

clientes no encuentren ningún aliciente entre optar por uno u otro distribuidor, lo cual también frena el dinamismo en el mercado y limita la posibilidad de otros porcentajes para descuentos que se generen y se reproduzcan en beneficio para los consumidores finales y para la población en general.

427. En palabras del órgano instructor, afirma que "(...) un acuerdo entre agentes competidores para restringir sus estrategias comerciales, a través de limitar el otorgamiento de descuentos y prohibir bonificaciones, así como descuentos financieros en factura, se constituye en una trasgresión a la citada Ley en al menos tres formas, a saber: (i) Implica un intercambio de información; (ii) Es una coordinación consciente de los elementos que le permitirían diferenciarse en el mercado, lo cual representa una infracción al artículo 5 de la Ley núm. 42-08; y, (iii) Implica una fijación de un descuento y facilidades específicas, partiendo de una condición de igualdad de precios, que tiene por efecto una fijación indirecta de precios."³⁵⁷

428. De lo que se trata entonces, es de un acuerdo por medio del cual se establecieron porcentajes topes para descuentos por pago a los clientes de los distribuidores, es decir los mayoristas y las farmacias. Este acuerdo se ejecutaba entre los distribuidores por medio de reuniones en oficinas de algunas de las partes, en las cuales participaban personal del nivel directivo y ejecutivo de MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA.

429. Esta actuación por parte de los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA, se constituye de manera directa como una actuación que vulnera lo establecido en el artículo 5, literal "a" de la Ley núm. 42-08, debido a que la misma evidencia la intención de los agentes económicos en fijar descuentos que estén previamente acordados por ellos, eliminando con esto la posibilidad de que en el mercado cada uno se distinga y se maneje de acuerdo a las condiciones propias de su empresa y a las estrategias que más respondan a su realidad comercial y financiera.

430. De igual forma, en el expediente administrativo reposan correos electrónicos con el asunto de "Re: Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23/11/2015", de fechas 9 y 10 de diciembre de 2015, cuyo texto integral plasmamos a continuación:

³⁵⁷ (Subrayado nuestro) Informe de instrucción, p. 122.



[Redacted]
From: [Redacted]
Sent: jueves, 10 de diciembre de 2015 08:13 p.m.
To: [Redacted]
Cc: [Redacted]
Subject: Re: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

Hola a todos
Recuerden que los coqueros haitianos sé pusieron de acuerdo para vender los cocos a \$35.00.

----- Mensaje original-----

Desde: [Redacted]
Fecha: jue, 10 dic 2015 04:49 PM
Para: [Redacted]

Asunto: RE: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

GRACIAS,
[Redacted]

From: [Redacted]
Sent: jueves, 10 de diciembre de 2015 3:23 p. m.
To: [Redacted]
Cc: [Redacted]
Subject: RE: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

Buenas Tardes a Todos:

Antes de responder, me aseguré de verificar físicamente las facturas de los clientes, para poder confirmarle que en los últimos pedidos facturados, no hay condiciones que no fueron las acordadas con todos ustedes.

Los precios están de acuerdo a la lista de precios que tenemos y el descuento que debe ser aplicado al momento del vencimiento es de un 10%, sin ofertas adicionales en producto.

[Redacted] como fuimos nosotros quienes facturamos a esos clientes, puedes tener la libertad de expresar por esta vía cualquier inquietud con relación a estas facturas, si consideras necesario, podemos visitar el cliente para que salgan de cualquier duda sobre este caso.

Según me informó nuestro Representante de Ventas, los clientes le han estado diciendo lo mismo (que los demás están dando ofertas y 90 días para el pago), sabemos que estos argumentos son utilizados para presionarnos a mejorar las condiciones.

Espero poder aclarar cualquier duda y/o inquietud de parte de todos.

Saludos Cordiales,
[Redacted]



From [REDACTED]

Sent: miércoles, 9 de diciembre de 2015 5:50 p. m.

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

GRACIASPOR LA PRONTA RESPUESTA DE USTED Y [REDACTED] NOS FALTARIA [REDACTED] POR CONFIRMAR.

From [REDACTED]

Sent: miércoles, 09 de diciembre de 2015 4:27 p. m.

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

Buenastardes [REDACTED]

Hasta el momento hemos honrado el acuerdo acordado por todos.

Saludos,

[REDACTED]

From [REDACTED]

Sent: Wednesday, December 09, 2015 3:37 PM

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: Minuta sobre los Acuerdos Comerciales para la Línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23 /11/2015

SALUDOSA TODOS.

LESEXPRESO, LES RECUERDO Y LES SOLICITO EN REPRESENTACION DE PROFARMA SRL, CONSOPORTE DE ESTE CORREO DE MINUTA COMERCIAL, PORFAVOR, HACER CUMPLIR EL MISMO.

EN LA MAÑANA DE HOY, NOS FUE DEVUELTO 2 ORDENES [REDACTED] EN VILLA CONSUELO, POR EL MOTIVO DE OBTENER UN 5% ADICIONAL Y 3 MESES DE CREDITO. LO CUAL NO ESTA ESTIPULADO EN EL ACUERDO ANEXO, EL SUPLENTE EN CUESTION, ASEGURA SEGUIR DANDO ESTA OFERTA HASTA TERMINAR EL AÑO..

TRATEMOS DE SEGUIR LO ACORDADO Y QUE EL MEJOR SERVICIO SEA NUESTRO ARGUMENTO DE VENTAS.

431. Estos correos electrónicos denotan que el acuerdo del 23 de noviembre del 2015, debía ser cumplido por todos los participantes y que al parecer no se estaba ejecutando en atención a lo se había estipulado, y resaltan que fueron devueltas ordenes debido a que un almacén en Villa Consuelo quería obtener un descuento de 5% adicional y 3 meses de crédito. Es decir, existió un seguimiento a lo pactado y se esperaba que las mismas condiciones continuaran siendo ejecutadas por los distribuidores, de aquí que podamos concluir que la práctica anticompetitiva se corresponde con una falta administrativa continua o continuada, pues no se circunscribió a una acción única y aislada.

432. Como expone el órgano instructor: “En efecto, atendiendo a la información recopilada, puede establecerse que dicho acuerdo se ha mantenido en el tiempo, pues se pudo verificar que los agentes económicos investigados, con posterioridad al año 2015, siguieron celebrando reuniones hasta el año 2018, inclusive, para dar seguimiento a lo acordado en noviembre de 2015. Así, de conformidad con los correos electrónicos que serán incluidos a continuación, se colige que MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L, SUED & FARGESA S.R.L., y J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., coordinaban como mínimo una reunión anual para tratar aspectos relacionados con la línea de consumo GLAXOSMITHKLINE (GSK).”

433. Evidentemente si no hubiese existido este acuerdo el comportamiento del mercado hubiese sido distinto y las relaciones contractuales entre los agentes económicos y sus clientes responderían a una estrategia comercial derivada de la propia naturaleza de las partes, no de un acuerdo entre competidores, o de un argumento de ventas, como se indica en el precitado correo, lo cual es notoriamente contrario a un ambiente de libre competencia. Es decir, que era posible ofrecer mejores condiciones por concepto de prontopago y otras ofertas como bonificaciones y descuentos, porque de hecho un agente económico estaba ofertando un 5% adicional y más meses de crédito, lo cual si bien no estaba estipulado en el acuerdo, no queda dudas que era posible implementar en el mercado y generar un entorno de sana competencia.

434. De igual manera, como tercer documento relevante para este proceso, este órgano decisor ha visto el correo electrónico con el asunto de “Reunión Línea Glaxo Consumo” de fecha 13 de diciembre de 2017, cuyo texto integral plasmamos a continuación:

[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: miércoles, 13 de diciembre de 2017 08:46 a.m.
To: [REDACTED]
Subject: REUNION LINEA GLAXO CONSUMO.



SALUDOS A TODOS.

CONFIRMADO HOY REUNION EN SUED.

3.30PM

435. De igual forma, hemos podido ver el correo electrónico con el asunto de "Reunión Línea Glaxo Consumo.2018" de fecha 8 de febrero 2018, cuyo texto integral plasmamos a continuación:

Cel.: [REDACTED]

Fax.: [REDACTED]

Email:
[REDACTED]



De: [REDACTED]
Enviado el: martes, 23 de enero de 2018 9:16 a. m.
Para: [REDACTED]
CC: [REDACTED]
Asunto: REUNION LINEA GLAXO CONSUMO.2018

SALUDOS A TODOS.

POR ESTE MEDIO, SOLICITAMOS LA PRESENCIA DE TODOS LOS REPRESENTANTES DE CADA EMPRESA, PARA HACER LA PRIMERA REUNION DE ESTE AÑO 2018, RESPECTO A DIRECCION COMERCIAL DE LA LINEA GLAXOSMITHKLINE.

FECHA Y LUGAR.

JUEVES 08/ FEBRERO /20184 PM
EN LAS OFICINAS DE LA EMPRESA SUED / FARGESA.

NOTA:

- PARA ESTA REUNION, LUEGO DE SER INVITADO, TENEMOS LA PRESENCIA CONFIRMADA DE [REDACTED] REPRESENTANTE DE GLAXO-.

GRACIAS.

436. Asimismo, es posible notar que MERCANTIL FARMACEÚTICA en su escrito de fecha 19 de abril de 2019 afirmó lo siguiente:

"En fecha 23 de enero de 2018, el representante de PROFARMA INTERNACIONAL, nuevamente solicitó una reunión con el tema a tratar de "La Dirección de la Línea Comercial GLAXOSMITHKLINE. A dicha reunión invité, por primera vez, al Sr. [REDACTED], representante de GSK en el país. Es importante señalar la invitación y participación del representante máximo de GSK en el país en dicha reunión.

Llegada la fecha de la reunión, a la hora indicada en la convocatoria, sorpresivamente, el señor [REDACTED], de PROFARMA INTERNACIONAL, propuso que los distribuidores de GSK dejaran de otorgar bonificaciones y de acordar precios para los descuentos, lo cual provocó que tanto [REDACTED] como [REDACTED] de GSK y MEFASA, respectivamente, se negaran a tal solicitud y se retiraron de la reunión antes que finalizara.

Lo anterior concuerda con lo expresado por [REDACTED] a la DE, el cual indicó que: "estaban ahí para hablar sobre las condiciones comerciales en la venta de los productos OTC, en especial sobre un aparente situación con la venta de los productos GlaxoSmithKline a mayoristas. Ante esta indicación (...) detuvo la reunión, pidió la palabra y procedió a leer en voz alta a todos los presentes el párrafo del manual de conducta en los negocios de GlaxoSmithKline sobre la política de GSK de libre competencia y de no injerencia de precios (...)"³⁵⁸

437. Por igual, J GASSÓ GASSÓ afirmó lo siguiente:

"En ese sentido, resulta crucial hacer una aclaración en lo que respecta a la cadena de correos intercambiados en fechas 23 de noviembre de 2015, 13 de diciembre de 2017 y 2 de diciembre de 2018; así como las reuniones que fueron convocadas por ese medio. Como oportunamente estableció la Dirección Ejecutiva J. Gassó Gassó no ha negado su asistencia a las reuniones, sin embargo su participación en estas tuvo una finalidad muy diferente a la que se pretende imputar al exponente (...)"³⁵⁹

438. Luego de revisar estos correos electrónicos y contrastándolos con las informaciones aportadas por algunos de los agentes económicos y por el representante de GlaxoSmithKline,³⁶⁰

³⁵⁸Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, p.11.

³⁵⁹Vid. Escrito de contestación núm. C-197-19, p. 25.

³⁶⁰Cabe destacar, que según declaraciones dadas por el Gerente de Ventas de GSK, en la audiencia de pruebas de fecha 8 de enero de 2020, esta reunión: "el día 8 de febrero, fuimos convocados a asistir a la reunión en SUED & FARGESA, S.R.L., con nuestros asociados comerciales. Cuando llegamos, luego de

se puede concluir que los agentes económicos persistían en su interés de mantener las condiciones en el otorgamiento de los descuentos para la comercialización de GSK.

439. Como fue expuesto por el órgano instructor, "(...) si se revisan los términos de los correos por medio de los cuales está Dirección Ejecutiva logró probar la existencia del acuerdo, la respuesta vendrá en el sentido de que el objeto del acuerdo, su finalidad objetiva, no era otra que suprimir la rivalidad entre los agentes económicos que conforman el mercado de distribución de la línea de consumo de GlaxoSmithKline con el objetivo de controlar y mantener sus márgenes de rentabilidad y, por vía de consecuencia, restringir la competencia y eliminar la posibilidad de que en dicho mercado existiesen condiciones que pudieran favorecer el establecimiento de precios más competitivos por los agentes coludidos para sus clientes mayoristas, y en definitiva para el consumidor."³⁶¹

440. En base a lo anterior, tenemos a bien constatar que según las pruebas que obran en el expediente administrativo sancionador, el inicio del cartel se da a partir del 24 de noviembre de 2015, luego de lo cual se le dio seguimiento al acuerdo por medio de correos electrónicos de fechas 9 y 10 de diciembre de 2015, 13 de diciembre de 2017 y 8 de febrero de 2018.

441. Ciertamente, como bien expone el órgano instructor: "En la especie se puede apreciar de manera inequívoca la existencia de un acuerdo anticompetitivo explícito, considerado por la doctrina económica como claramente prohibido que inició en noviembre de 2015 y se ha mantenido en el tiempo, en la modalidad de acuerdo expreso, en torno al establecimiento de descuentos máximos por concepto de pronto pago, va sea de 5% o 10% dependiendo del canal de comercialización, así como la prohibición de otorgar bonificaciones y otro tipo de descuentos de carácter financiero, por parte de las empresas PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L, SUED & FARGESA S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., los cuales inciden indirectamente en el precio de los analgésicos y antigripales, marca Winasorb, producidos por GLAXOSMITHKLINE (GSK), y distribuidos localmente por dichas empresas."³⁶²

442. Asimismo, expone de manera acertada que: "(...) las estrategias de descuentos suelen tener especial relevancia en el mercado de distribución de medicamentos donde, dada la naturaleza de los productos, muchos agentes que participan en la cadena de distribución utilizan dichos descuentos como un instrumento estratégico para obtener ventajas competitivas, y por ello, el nivel y alcance de los descuentos se mantienen confidenciales."³⁶³

los saludos cordiales, conversamos de temas de la vida cotidiana, nos saludamos y empezamos a conversar sobre el desempeño de nuestras marcas que representamos. Sin embargo, en un momento me dispuse a aclararles a los asociados parte de la política de la empresa en la cual somos muy consecuentes de respetar la libre competencia y demás, y esa reunión finalizó para nosotros, nos paramos y nos fuimos. Vid. Acta de audiencia de pruebas del 8 de enero de 2020, p. 5.

³⁶¹Vid. Escrito de conclusiones, p. núm. DE-IN-2021-1063, p. 12.

³⁶²Vid. Informe de instrucción, pp. 128 y 129.

³⁶³Vid. Informe de instrucción, p. 103.

443. En consecuencia, este Consejo Directivo considera que al evaluar las pruebas presentadas, se comprueba que los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L, SUED & FARGESA S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., incurrieron en una violación al artículo 5 literal “a” consistente en la fijación indirecta del precio por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización de la línea de consumo de la marca GSK:

b) Fijación directa de precios de comercialización por el acatamiento del precio sugerido por parte del agente productor

444. Por otro lado, la Dirección Ejecutiva imputa a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL S.R.L, SUED & FARGESA S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., la fijación directa de precios por acatamiento tácito del precio sugerido por el productor, es decir GlaxoSmithKline. Así lo expone al indicar que: “(...) a partir de la evidencia recabada en el presente caso se puede apreciar que dentro de las condiciones que rigen el funcionamiento del mercado de distribución de los analgésicos y antigripales producidos por GLAXOSMITHKLINE (GSK), dicho agente productor sugiere unos precios de venta a los agentes económicos distribuidores que no están obligados a cumplir, pero que sin embargo, todos han asumido dicho precio sugerido como precio de comercialización de los productos, lo cual podría denotar un paralelismo tácito entre los competidores, susceptible de ser sancionado, bajo la figura de práctica concertada, al tenor del referido artículo 5 literal “a” de la Ley núm. 42-08.”³⁶⁴

445. Esto a partir de lo expuesto por SUED & FARGESA en el correo electrónico de fecha 10 de diciembre de 2015, en el cual de manera expresa indica que: “Los precios están de acuerdo a la lista de precios que tenemos y el descuento que debe ser aplicado al momento del vencimiento (...)”

446. El punto controvertido es fundamentalmente que los agentes económicos pueden según los Contratos de Distribución No Exclusiva que analizamos previamente, fijar los precios con los que van a comercializar sus productos, esto en atención a la naturaleza y estructura comercial de cada uno de ellos. Si bien algunos de los agentes económicos alegaron simetría de estructuras y condiciones de mercado que favorecen la uniformidad de los precios impuestos por los distribuidores, esto carece de toda lógica cuando vemos la estructura de cada una de las empresas, según las informaciones aportadas por ellos mismos.

447. Al respecto, el Gerente de Ventas de la División de Consumo de GSK en República Dominicana en la audiencia celebrada ante este Consejo Directivo en fecha 8 de enero de 2020 durante un informativo testimonial, manifestó lo siguiente:

“Hay de todo, hay personas que si creen en la estrategia que nosotros le presentamos, nuestros precios siempre son sugeridos y cada quien vende acorde a sus márgenes, por ejemplo: [REDACTED] es un supermercado Premium, entonces ellos venden de acuerdo a su

³⁶⁴Vid. Informe de instrucción, p. 129.

estrategia un poquito más caro que otros supermercados, así sucede en [REDACTED] y sucede también en las farmacias, hay farmacias como [REDACTED] que tiene por cuenta de ellos, un descuento permanente de [REDACTED] pero eso es del margen de la farmacia que se lo otorgan a sus consumidores, cada quien vende a como sus márgenes les dé.”³⁶⁵

“Fácilmente, dependiendo el grupo comercial que cada distribuidor atiende, cada distribuidor tiene su planes de descuentos a ese cliente, GSK no tiene ningún tipo de incidencia a como cada distribuidor negocia con cada cadena de farmacias o mayoristas.”³⁶⁶

448. Resulta conveniente establecer que el paralelismo, hace referencia a “situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en las cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos (...). En ese mismo sentido, esta autoridad de competencia ha declarado que “no se requiere una similitud o exactitud en los precios de los diferentes agentes, sino que basta que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo en lo que respecta a las cantidades y precios ofrecidos.”³⁶⁷

449. De ahí que se considere que “[a]nte esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estado, no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, y menos durante un lapso tan prolongado como es el de 3 años. De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación.”³⁶⁸

450. Que si analizamos estos supuestos, podemos concluir que los agentes económicos como parte de los acuerdos arribados en las reuniones de las cuales se tiene constancia, decidieron fijar sus precios de venta en atención a la lista sugerida por el productor GlaxoSmithKline, esto como forma de mantener las mismas condiciones que sus competidores y fijar concertadamente las condiciones que deberían ser resultado de la oferta y la demanda en un determinado mercado.

451. Por lo que, los alegatos de los agentes económicos en el presente supuesto, no tienen vocación a prosperar, toda vez que si bien el precio puede estar dado por el productor, eso no conduce a que el precio sugerido, deba ser el fijado por los distribuidores, más cuando se denota que cada uno de los agentes presentaban condiciones diferenciadas de rentabilidad y demanda.

³⁶⁵Vid. Acta de audiencia de pruebas celebrada en fecha 8 de enero de 2020, p. 11.

³⁶⁶Vid. Acta de audiencia de pruebas celebrada en fecha 8 de enero de 2020, p. 29.

³⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resoluciones números 51694 de 2008, 4649 de 2009.

³⁶⁸Consejo de Estado de Colombia, Sala Contenciosa Administrativa, Sección primera, Sentencia Sentencia núm. 25000-23-24-000-2007-00102-02 de fecha 16 de Febrero de 2017.

452. Siendo así, para este Consejo Directivo ninguno de los argumentos y condiciones expuestas por los agentes económicos pueden explicar el notorio movimiento coordinado o simultáneo de precios, pues los hechos alegados de simetrías de mercado y homogeneidad de las empresas, entre otros aspectos, no permiten concluir que la causa sea otra que afirmar la existencia de un acuerdo de fijación directa de precios por acatamiento tácito del precio sugerido por el productor, es decir GlaxoSmithKline.

vi) Estimación del daño y cuantificación de la multa

a) Estimación del daño al mercado

453. Retenidas las conductas anticompetitivas establecidas en el literal “a” del artículo 5 de la Ley núm. 42-08, las cuales fueron evaluadas y verificadas por este Consejo Directivo, de conformidad con lo precedentemente expuesto y desarrollado en el cuerpo de la presente resolución, este Consejo deberá a seguidas, determinar las sanciones correspondientes para los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA.

454. Como ya se ha indicado, en atención a lo dispuesto en el literal “k” artículo 31 y el artículo 49 de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo, tiene dentro de sus facultades imponer sanciones como resultado de los procedimientos administrativos sancionadores que conozca y en los que constate la realización de prácticas violatorias a la Ley núm. 42-08.

455. Nuestra ley núm. 42-08 contempla las actuaciones por parte de los agentes económicos que serán consideradas como infracciones y consecuentemente determina la consecuencia legal atribuible para cada una de ellas, estructurándose así dentro del orden constitucional, legal y doctrinal del principio de tipicidad.

456. En ese orden de ideas, de conformidad con lo que dispone el artículo 61 de la Ley núm. 42-08 para las actuaciones tipificadas en el caso de marras, se dispone que: “) Por haber incurrido en las prácticas contempladas en el Artículo 5, Incisos a), c), d) y e), multas mínimas equivalentes a 30 veces el salario mínimo, y máximas equivalentes a 3000 veces el salario mínimo.”

457. Continúa estableciendo en los párrafos III, IV, V y VI del citado artículo que: “

“Párrafo III. El pago de la sanción no implica convalidación de la situación irregular, debiendo el infractor cesar de inmediato los actos que dieron lugar a la sanción.

Párrafo IV. El monto de estas sanciones podrá ser aumentado mensualmente, en un tres (3%) por ciento del monto original, cada vez, si en el plazo previsto para su pago no hubieren sido canceladas por el agente incumplidor.

Párrafo V. Los acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas sancionadas por esta ley no producirán efectos jurídicos y las obligaciones que emanen de los mismos serán nulas de pleno derecho.

Párrafo VI. Se entenderá como salario mínimo, el salario mínimo oficial aplicable al sector de actividad a que corresponda la empresa o persona sujeta a la violación de que se trate.”

458. Siendo así vemos que la Ley núm. 42-08 en el artículo 62 ha dispuesto los parámetros que el Consejo Directivo deberá tener en consideración para imponer sanciones a los agentes económicos que hayan llevado a cabo una de las prácticas violatorias a la referida normativa:

“Artículo 62.- Criterios para imposición de sanciones. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para determinar la gravedad de la infracción e imponer sanciones, utilizará los siguientes criterios: a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; d) La premeditación e intencionalidad; e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados; f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida; y, g) Reincidencia y antecedentes del infractor.”

459. Por su parte la Ley núm. 107-13 dispone en los párrafos I y II de su artículo 38, que:

“Párrafo I. Las sanciones pecuniarias aplicables a la comisión de las infracciones tipificadas no podrán ser más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Párrafo II. En la imposición de las sanciones a que haya lugar se deberá guardar la debida adecuación entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción efectivamente aplicada que, en todo caso, deberá determinarse, en cuanto a su graduación, atendiendo a la existencia de intencionalidad o reiteración, a la naturaleza de los perjuicios causados, y a la reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

460. En esa misma línea, el ejercicio de estimación del daño, siguiendo lineamientos nacionales e internacionales está sustentado en la identificación de ganancias no lícitas o asociadas a que imperen en determinado mercado condiciones de restricción de competencia, que permiten obtener ganancias por encima de las que se esperarían en caso de libre competencia, atendiendo las condiciones de mercado, la conducta estudiada y la disponibilidad de datos. En tal sentido, como resalta la Resolución núm. 021-2017, al suponer un escenario donde se establecen márgenes de beneficios razonables en un contexto donde no hubo

restricciones³⁶⁹. Por ende, es necesario estimar un contractual asociado a un escenario que hubiese sido observado en caso de no haber existido violaciones a las condiciones de competencia.³⁷⁰

461. Así las cosas, siguiendo los precitados criterios para la determinación del daño, se estima una “cuantificación del diferencial de ganancia, tomando en cuenta escenarios con la conducta y sin la conducta.”³⁷¹ En este marco, las ganancias estimadas para cada empresa (Π_i^e) se determinan utilizando la ecuación 1:

³⁶⁹Vid. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), Criterios técnicos para la determinación del daño en prácticas contraria a la libre competencia. 2017, p. 19.

³⁷⁰OCDE, Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley, 2017 y Unión Europea Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea . Bruselas, 2013, p. 12.

³⁷¹Vid. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), Criterios técnicos para la determinación del daño en prácticas contraria a la libre competencia. 2017, p. 14.

$$\Pi_i^e = \left[\sum_{e=1}^e vt_i \cdot \pi_i^e \cdot \alpha_i^e \right] \cdot (1 - ct_i) \quad 1$$

Donde:

- vt_i es las ventas totales de los productos investigados de la empresa. Estas ventas totales representan una estimación del volumen de venta de las empresas obtenida a partir de la cantidad de unidades vendidas a cada empresa y reportada por GSK + el precio unitario de lista reportado por estos agentes.³⁷²
- π_i^e es el porcentaje de las ventas de la empresa i , que se distribuye en el mercado bajo determinadas condiciones de competencia. Esto, porque se identifica en el expediente que las ofertas realizadas no eran generalizadas, sino que estaban dirigidas a determinado grupo de clientes o canales específicos.
- e esta referido al estado de competencia vigente, puede ser condiciones de competencia ($e = comp$) o bajo acuerdos explícitos ($e = cart$).
- α_i^e es el beneficio que resta a las empresas luego de transferir parte del diferencial de precio que ofrece el productor del medicamento. Este es 10% bajo el acuerdo establecido según las denuncias iniciales. Por lo tanto, se considera este valor en el contexto de violaciones de la competencia.
- ct_i es el cociente entre costos totales e ingresos totales de las empresas, la idea es no considerar que todo el ingreso de las empresas se destinada a ganancias, porque hay parte de esos ingresos que deben usarse para cubrir los gastos de las empresas. Por lo que, al multiplicar por $(1 - ct_i)$ estaríamos restando de las ganancias el porcentaje de costos que deben separarse de los ingresos totales.
- Finalmente, Π_i^e es la ganancia total estimada para una determinada empresa, según diferentes estados de competencia (e): Π_i^{comp} ganancia en condiciones de competencia y Π_i^{cart} ganancias bajo coordinación de las empresas o en el contexto del cartel.

³⁷²En este sentido, es importante resaltar que no se utilizan las ventas totales reportadas por las empresas dado que estas ya contienen aplicada los descuentos por ofertas y pronto pago, por lo que, las ventas totales reportadas tendrían esos descuentos aplicados. En consecuencia, solo ameritarían descontar los costos operativos para obtener las ganancias en un contexto de conducta violatoria a las leyes de competencia. No obstante, resultaría más difícil obtener el escenario contrafactual asociado a un contexto de competencia, porque no estaría claro cómo aplicar los porcentajes de descuentos adicionales por pronto pago o por compra de producto. En otras palabras, resulta más confuso el cómo aplicar los porcentajes adicionales de descuentos que prevalecerían en un contexto de competencia, porque ya de por sí, parte de estas ventas tienen aplicado estos descuentos.

462. Una vez identificadas las ganancias próximas de cada empresa, se utiliza la ecuación 2, que permite obtener una estimación de las ganancias no licitas (Π_i^*),³⁷³ obtenidas a partir de la fijación de acuerdos arribados, donde Π_i^{cart} representa las ganancias observadas y Π_i^{comp} representa el escenario contrafactual asociado a lo “que habría sucedido si los agentes económicos no hubieran realizado una conducta anticompetitiva.”³⁷⁴

$$\Pi_i^* = \Pi_i^{cart} - \Pi_i^{comp} \quad 2$$

463. Ahora es importante desagregar ambos escenarios de ganancias, dado que es necesario generar un escenario sin infracción donde se considera la misma estructura de ventas y costos en el mercado³⁷⁵. En primer lugar, las ganancias estimadas obtenidas bajo ambos escenarios, de cartel (Π_i^{cart}) y competencia (Π_i^{comp}), se estiman usando las ecuaciones 3 y 4:

$$\Pi_i^{cart} = [vt_i \cdot \pi_i^{cart} \cdot \alpha_i^{cart}] \cdot (1 - ct_i) \quad 3$$

$$\Pi_i^{comp} = [vt_i \cdot \pi_i^{comp} \cdot \alpha_i^{comp}] \cdot (1 - ct_i) \quad 4$$

464. Entonces, se puede verificar en la siguiente tabla, las diferencias entre ambos escenarios:

Tabla 1. Valores asumidos por los parámetros según escenarios

Parámetros	Cartel	Competencia
vt_i	Ventas totales ³⁷⁶	Ventas totales
π_i^e	100% (1)	60% (0.6) y 40% (0.4)
e	Cart	comp
α_i^e	10% (0.1)	10% (0.1) y 5% (0.05)

³⁷³Vid. OCDE, Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley, 2017, p. 5

³⁷⁴Vid. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), Criterios técnicos para la determinación del daño en prácticas contrarias a la libre competencia. 2017, p. 15 y Unión Europea Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea . Bruselas, 2013, p. 40.

³⁷⁵Vid. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), Criterios técnicos para la determinación del daño en prácticas contraria a la libre competencia. 2017, p.19

³⁷⁶Vid. Comunicación identificada con el código de recepción núm. C-643-18, recibida en fecha 28 de agosto de 2018.

ct_i	Cociente entre costo total e ingresos	Cociente entre costo total e ingresos
--------	---------------------------------------	---------------------------------------

465. La diferencia entre ambos escenarios radica en los parámetros π_i^e y α_i^e , observándose que en el escenario con cartel la totalidad de las ventas ($\pi_i^e=1$) se distribuyen transfiriendo un 10% de las ganancias ($\alpha_i^e=0.1\%$) a sus clientes, mientras que el porcentaje de costos se estima a partir de la información disponible en los expedientes, por tanto la ecuación 3 que describe las ganancias observadas, se escribe como:

$$\Pi_i^{cart} = [vt_i \cdot 1 \cdot 0.1] \cdot (1 - ct_i) \quad 3$$

466. Mientras que, en el escenario de competencia se considera que una proporción del ingreso de la empresa, igual al 60% ($\pi_i^e=0.6$), se distribuye transfiriendo una ganancia de 10% a sus clientes ($\alpha_i^e=0.1$), es decir, de la forma como se hace actualmente, mientras la proporción restante ($1 - \pi_i^e=0.4$) se distribuye pasando un 5% adicional de su margen de ganancia a sus consumidores ($\alpha_i^e=0.05$), por lo que, la ecuación 4, se escribe como:

$$\Pi_i^{comp} = [vt_i \cdot 0.6 \cdot 0.1 + vt_i \cdot (1 - 0.6) \cdot 0.05] \cdot (1 - ct_i) \quad 4$$

467. Dado que el escenario de contraste debe considerarse como representativo del posible escenario sin violación a las condiciones de competencia en el mercado de medicamentos de la marca GlaxoSmithKline, es importante establecer cuales alegatos se consideran para entender que una transferencia adicional del margen de ganancia, es viable en un contexto de competencia³⁷⁷:

- i. El 5% ofrecido adicionalmente a los clientes se toma de la "Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de GlaxoSmithKline" elaborada en la reunión del día 23/11/2015.³⁷⁸
- ii. Adicionalmente, es importante verificar que existe en el expediente referencia de que este tipo de ofertas ha sido conferido por algunos agentes del mercado.³⁷⁹

³⁷⁷Vid. Unión Europea, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea. Bruselas, 2013, p. 40

³⁷⁸Vid. Correo electrónico de fecha 24 de noviembre de 2015, asunto: Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de consumo GlaxoSmithKline.

³⁷⁹Vid. Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED], en fecha 7 de noviembre de 2018.

- iii. Algunos compradores enunciaron recibir descuentos adicionales por pronto pago³⁸⁰, lo que indica que es una alternativa que puede considerarse viable en un contexto de competencia, y que se puede realizar con el objetivo de atraer nuevos clientes.

468. Adicionalmente, se toman porcentajes de ventas porque los acuerdos se establecieron sobre canales específicos, por lo que, estos pueden conferirse en función del poder de compra de los compradores y no a todo el universo del mercado³⁸¹. Finalmente, el porcentaje de costos tiene por meta considerar el margen neto de beneficio de los agentes, para así descontar costos de ventas, administrativos, etc., para obtener una estimación de las posibles ganancias asociadas al establecimiento de condiciones de negociaciones fijas, este porcentaje se considera igual en ambos escenarios.

469. Con respecto a la determinación de la extensión de la conducta, en el documento se estima el daño producido hasta el 2018, considerando los siguientes elementos:

- i. La actuación coordinada estuvo vigente al menos desde el 23 de septiembre de 2015³⁸²;
- ii. La conducta estaría vigente al menos hasta febrero de 2018, dado que reposa en el expediente un registro sobre una convocatoria a reunión para conversar sobre los descuentos a otorgar durante el mes de marzo del referido año, dado el correo identificado en el servidor de uno de los agentes.³⁸³
- iii. Al 30 de octubre del 2018, un agente económico indicó que recibía “las mismas ofertas” por parte de los distribuidores,³⁸⁴ mientras que otro estableció que recibió la misma oferta durante tres años consecutivos³⁸⁵, cuestión claramente llamativa, dadas las diferencias en términos de estructura y eficiencia que pueden presentar las empresas.

³⁸⁰Vid. Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 20 de noviembre de 2018. Aunque es importante aclarar que se verifican en el mercado ofertas de descuentos de hasta un [REDACTED] por pronto pago (Cfr. Informe de Entrevista a [REDACTED] de fecha 22 de noviembre de 2018), o de un [REDACTED] en total de conformidad con los intercambios de correos entre los representantes de GSK y J. Gassó Gassó en fechas 31 de mayo de 2017 y 14 de julio de 2017 con asunto “plan de ofertas autorizadas del 01 al 31 de mayo 2018”.

³⁸¹Vid. Correos asociados acuerdos comerciales aplicados sobre canales específicos de fecha 31 de mayo de 2017 de representantes de GSK dirigido a J. Gassó Gassó, con el asunto “plan de ofertas autorizadas del 01 al 30 de junio de 2017.”

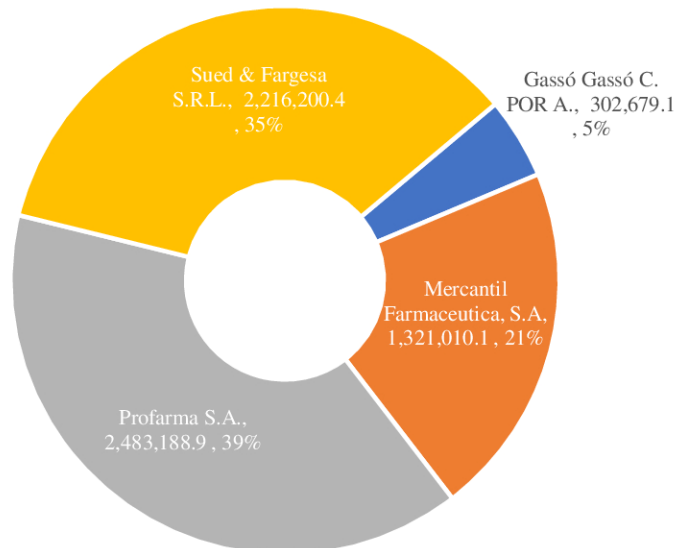
³⁸²Vid. Correo electrónico con el asunto de “Re: Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23/11/2015”, de fecha 10 de diciembre de 2015.

³⁸³Vid. Acta de visita inspección efectuada a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L., en fecha 4 de septiembre de 2018; Cfr. Correo electrónico con el asunto de “Reunión línea GLAXO CONSUMO. 2018” de fecha 23 de enero de 2018.

³⁸⁴Vid. Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED], en fecha 30 de octubre de 2018.

³⁸⁵Vid. Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] de fecha 7 de noviembre de 2018.

470. Siendo así, vemos que en los resultados de la estimación, se estima un daño total en el mercado hasta el 2018 ascendente a unos RD\$6,323,078.5; distribuido en términos nominales de la siguiente manera: J. GASSÓ GASSÓ unos 302,679.1 (4.8%); MERCANTIL FARMACÉUTICA registra unas ganancias adicionales de 1,321,010.1 (20.9%); PROFARMA INTERNACIONAL registran unas ganancias adicionales estimadas de 2,483,188.9 que representan un (39.3%) del daño total; y finalmente, SUED & FARGESA muestra unas ganancias adicionales de RD\$2,216,200.4, que representan un 35.0% del total de daño identificado.



Fuente: elaborado a partir de informaciones de costos y ventas ofrecidos por las empresas.

b) Individualización de la estimación del daño

471. En el caso de J. GASSÓ GASSÓ, de acuerdo a la información de ventas totales de los productos investigados de la empresa para los años 2015 a 2018, la misma totalizó un monto de [REDACTED] pesos dominicanos. Aplicando la ecuación 3 a estas ventas totales de los productos investigados de este agente económico se tiene que el escenario con cartel generó a esta empresa unos beneficios estimados de [REDACTED] para los 4 años. Estos beneficios son el resultado de multiplicar las ventas totales de los productos investigados ascendente a [REDACTED] por el porcentaje de ventas en el escenario con cartel (100%), multiplicado por el porcentaje de ganancias transferidas a los compradores del mercado (10%) y luego descontándole la proporción de los costos según la información proporcionada por los agentes, que para la referida empresa es del orden del [REDACTED]

472. Para obtener los resultados en términos de ganancias que se habría generado en un escenario de competencia para esta empresa en los años señalados, se utiliza la ecuación 4, la cual arroja un beneficio estimado de [REDACTED] Dichos beneficios se

generan al utilizar las mismas ventas totales de los productos investigados de la empresa de los 4 años bajo análisis, [REDACTED] multiplicadas por el 60% de las ventas y distribuyendo un 10% de beneficio a sus clientes, más estas mismas ventas totales de los productos investigados de este agente económico multiplicadas por la proporción restante de ingresos por ventas (el 40%) y distribuidos a sus consumidores con un 5% adicional de ganancias a sus clientes, todo esto descontando nueva vez la proporción de los costos de [REDACTED]

473. La diferencia entre el escenario con cartel (escenario observado) menos el escenario en competencia (escenario contrafactual) permite obtener una estimación de las ganancias no lícitas, dígase el daño causado por la práctica del cartel. Para el caso de J. GASSÓ GASSÓ, para los años de 2015 a 2018, la referida práctica generó un daño a la sociedad de RD\$ 302,679.1 pesos dominicanos, equivalente al 4.8% del total de daño ocasionado por todas las empresas involucradas en esta práctica

474. Para MERCANTIL FARMACÉUTICA, de acuerdo a la información de ventas totales de los productos investigados de la empresa para los años 2015 a 2018, la misma totalizó un monto de [REDACTED] pesos dominicanos. Tomando la ecuación 3, se tiene que el escenario con cartel generó a esta empresa unos beneficios estimados de [REDACTED], para los 4 años. Estos beneficios son el resultado de multiplicar las ventas totales de los productos investigados ascendente a [REDACTED] por el porcentaje de ventas en el escenario con cartel (100%), multiplicado por el porcentaje de ganancias transferidas a los compradores del mercado (10%) y luego descontándole la proporción de los costos descritos en apartados anteriores, que para la referida empresa es del orden del [REDACTED] según la información proporcionada por los agentes.

475. Para obtener los resultados en términos de ganancias que se habría generado en un escenario de competencia para esta empresa en los años señalados, se utiliza la ecuación 4, la cual arroja un beneficio estimado de [REDACTED]. Dichos beneficios se generan al utilizar las mismas ventas totales de los productos investigados de la empresa de los 4 años bajo análisis, [REDACTED] multiplicada por el 60% de las ventas y distribuyendo un 10% de beneficio a sus clientes, más estas mismas ventas totales de los productos investigados de este agente económico multiplicadas por la proporción restante de ingresos por ventas (el 40%) y distribuidos a sus consumidores con un 5% adicional de ganancias a sus clientes, todo esto descontando la proporción de los costos de [REDACTED], como en el escenario anterior.

476. La diferencia entre el escenario con cartel (escenario observado) menos el escenario en competencia (escenario contrafactual) permite obtener una estimación de las ganancias no lícitas estimadas, dígase el daño causado por la práctica del cartel. Para el caso de MERCANTIL FARMACÉUTICA, para los años de 2015 a 2018, la referida práctica generó un daño a la sociedad de RD\$ 1,321,010.08 pesos dominicanos, equivalente al 20.9% del daño ocasionado por todas las empresas involucradas en esta práctica.

477. De acuerdo a la información de ventas totales de los productos investigados de PROFARMA INTERNACIONAL para los años 2015 a 2018, la misma totalizó un monto de RD\$ [REDACTED] pesos dominicanos. Tomando la ecuación 3, se tiene que el escenario con cartel generó a este agente económico unos beneficios estimados de [REDACTED], para los 4 años. Estos beneficios son el resultado de multiplicar las ventas totales de los productos investigados ascendente a [REDACTED] por el porcentaje de ventas en el escenario con cartel (100%), multiplicado por el porcentaje de ganancias transferidas a los compradores del mercado (10%) y luego descontándole la proporción de los costos descritos en apartados anteriores, que para la referida empresa es del orden del [REDACTED], según la información proporcionada por los agentes.

478. Para obtener los resultados en términos de ganancias que se habría generado en un escenario de competencia para esta empresa en los años señalados, se utiliza la ecuación 4, la cual arroja un beneficio estimado de [REDACTED]. Dichos beneficios se generan al utilizar las mismas ventas totales de los productos investigados de este agente económico de los 4 años bajo análisis, [REDACTED] multiplicada por el 60% de las ventas y distribuyendo un 10% de beneficio a sus clientes de estas ventas, más estas mismas ventas totales de los productos investigados multiplicadas por la proporción restante de ingresos por ventas (el 40%) y distribuidos a sus consumidores con un 5% adicional de ganancias, todo esto descontando la proporción de los costos de [REDACTED] como en el escenario anterior.

479. La diferencia entre el escenario con cartel (escenario observado) menos el escenario en competencia (escenario contrafactual) permite obtener una estimación de las ganancias no lícitas, dígase el daño estimado causado por la práctica del cartel. Para el caso de PROFARMA INTERNACIONAL, para los años de 2015 a 2018, la referida práctica generó un daño a la sociedad de RD\$ 2,483,188.9 pesos dominicanos, equivalentes al 39.3% del daño ocasionado por todas las empresas involucradas en esta práctica.

480. En el caso de SUED & FARGESA, de acuerdo a la información de ventas totales de los productos investigados de dicho agente económico para los años 2015 a 2018, la misma totalizó un monto de [REDACTED] pesos dominicanos. Tomando la ecuación 3, se tiene que el escenario con cartel generó a esta empresa unos beneficios estimados de [REDACTED] para los 4 años. Estos beneficios son el resultado de multiplicar las ventas totales de los productos investigados ascendente a [REDACTED] por el porcentaje de ventas en el escenario con cartel (100%), multiplicado por el porcentaje de ganancias transferidas a los compradores del mercado (10%) y luego descontándole la proporción de los costos descritos en apartados anteriores, que para la referida empresa es del orden del [REDACTED] según la información proporcionada por los agentes.

481. Para obtener los resultados en términos de ganancias que se habría generado en un escenario de competencia para esta empresa en los años señalados, se utiliza la ecuación 4, la cual arroja un beneficio estimado de [REDACTED]. Dichos beneficios se generan al utilizar las mismas ventas totales de los productos investigados de dicho agente económico de los 4 años bajo análisis, [REDACTED] multiplicada por el 60% de las ventas

y distribuyendo un 10% de beneficio a sus clientes de estas ventas, más estas mismas ventas totales de los productos investigados de SUED & FARGESA multiplicadas por la proporción restante de ingresos por ventas (el 40%) y distribuidos a sus consumidores con un 5% adicional de ganancias, todo esto descontando la proporción de los costos de [REDACTED] como en el escenario anterior.

482. La diferencia entre el escenario con cartel (escenario observado) menos el escenario en competencia (escenario contrafactual) permite obtener una estimación de las ganancias no lícitas, dígase el daño causado por la práctica del cartel. Para el caso de SUED & FARGESA, para los años de 2015 a 2018, la referida práctica generó un daño a la sociedad de RD\$ 2, 216,200.4 pesos dominicanos, equivalentes al 35.0% del daño ocasionado por todos los agentes económicos involucradas en la práctica concertada objeto de este proceso.

c) Cuantificación de la multa

483. Evidenciado el daño generado en el mercado por los agentes económicos, debe entonces este Consejo Directivo estimar las multas que corresponderían a cada agente económico, pues según la Ley núm. 42-08, en su artículo 50 literal “f”, establece que las resoluciones del Consejo Directivo deberán contener el monto y el criterio de fijación de las multas aplicadas a los agentes económicos sancionados, si fuere el caso, de conformidad con los Artículos 61 y 62 de la referida Ley. En esta sección se muestran, de forma preliminar, algunas de las consideraciones identificadas en el expediente, que constituyen agravantes para la determinación de multas, siguiendo las disposiciones del artículo 62.

484. Así las cosas, en el artículo 62 se han establecido parámetros que este Consejo Directivo deberá tomar en cuenta para la imposición de las sanciones a los agentes económicos que incurran en una de las prácticas contempladas como violatorias a la libre y leal competencia: “artículo 62.- Criterios para imposición de sanciones. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para determinar la gravedad de la infracción e imponer sanciones, utilizará los siguientes criterios: a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; d) La premeditación e intencionalidad; e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados; f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida; y, g) Reincidencia y antecedentes del infractor.”

485. En ese orden de ideas, a seguidas evaluaremos las conductas realizadas atendiendo los aspectos señalados, a saber:

Criterios Ley núm. 42-08	Aplicación literal “a” artículo 5 de la Ley núm. 42-08
---------------------------------	---

<p>a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia</p>	<p>La modalidad imputada está contenida en el literal “a” artículo 5 de la Ley Núm. 42-08 sobre prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos, por fijación indirecta del precio por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización y fijación directa de precios de comercialización por el acatamiento coordinado del precio sugerido por parte del agente productor.</p> <p>Referido al alcance de la conducta, es importante distinguir que según las entrevistas realizadas a los agentes, las condiciones de servicios y el tiempo de entrega, son las estrategias³⁸⁶ usadas para ganar clientes en el mercado. Por lo que, restringir o coordinar los descuentos ofrecidos es una cuestión que vulnera sensiblemente el nivel de competencia en el mercado³⁸⁷. Lo anterior, constituye una importante restricción a uno de los pocos elementos de competencia con que cuenta el referido mercado.</p> <p>Adicionalmente, que no se discrimina entre distribuidores al momento de establecer el listado de precios³⁸⁸, siendo el precio igual entre los distribuidores, según algunos agentes</p>
--	---

³⁸⁶ Además, tener pendiente que los descuentos son ofrecidos equitativamente a cada distribuidor (Vid. Requisito núm. 10 de **GSK** titulado “Descuentos y/o beneficios ofrecidos por GSK a los distribuidores), por lo que, el margen adicional que puedan brindar estas empresas a sus clientes, por encima de estas ofertas constituye una herramienta de competencia fundamental en el mercado. Además, tener pendiente que los descuentos son ofrecidos equitativamente a cada distribuidor (Vid. Comunicación de la Dirección Ejecutiva a Sued & Fargesa identificada con el núm. DE-IN-2018-0400 de fecha 23 de abril de 2018) por lo que, el margen adicional que puedan brindar estas empresas a sus clientes, por encima de estas ofertas constituye una herramienta de competencia fundamental en el mercado.

³⁸⁷ Vid. Acta de visita de inspección de fecha 4 de septiembre de 2018, en la cual se declaró que los días de gracia respecto al pago sumado a los descuentos, son los factores claves en términos. Un agente declaró que los días de gracias respecto al pago sumado a los descuentos, son los factores claves en términos de la competencia. Además (Vid. Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 22 de noviembre de 2018) no se establece el precio como factor determinante para seleccionar un determinado distribuidor. (Vid. Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 17 de mayo de 2018; Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 17 de mayo de 2018; Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 15 de mayo de 2018; e Informe de Entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 9 de mayo de 2018)

³⁸⁸ Vid. Lista de precios sugeridos por GSK a sus distribuidores para el periodo 2011 hasta febrero de 2018.

	<p>consultados, lo que aporta mayor fuerza a la idea de que al coordinar las ofertas en el mercado, vulnera un elemento clave de competencia en el mismo.</p> <p>Los mismos distribuidores indican que los precios y estrategias son impuestos por GSK. Al tener el mismo precio, este no figura como instrumento de competencia a ser mencionado por los compradores, como elemento para elegir uno de los distribuidores relegando el servicio o posibles descuentos adicionales, como únicas herramientas de competencia en el mercado.</p>
b) La dimensión del mercado afectado	<p>El Mercado de comercialización, venta y/o distribución de analgésicos y antigripales de la marca GlaxoSmithKline (GSK) en República Dominicana y la estructura de submercado de analgésicos y antigripales.</p>
c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios	<p>Existe una concentración de las ventas en las empresas investigadas, se une la condición de consumidores dispersos con bajo poder de mercado.</p> <p>Adicionalmente, se verifica cierta fidelidad hacia la marca por parte de los consumidores finales. Si bien existe una diversidad de laboratorios produciendo antigripales, al ser un medicamento OTC, la decisión de los consumidores de consumir sus productos está asociado al posicionamiento del mismo, por lo que, la mera existencia de un producto competidor, no indica que el mismo representa una posibilidad real de sustitución del consumo.³⁸⁹</p>
d) La premeditación e intencionalidad	<p>A partir de la Minuta³⁹⁰ sobre los acuerdos comerciales para la línea de GlaxoSmithKline, en reunión del día 23/11/2015, se verifica la intención de establecer acuerdos comerciales en medio de un "ambiente cordial, relajado y de</p>

³⁸⁹Vid. Informe de entrevista realizada por la Dirección Ejecutiva a [REDACTED] en fecha 29 de mayo de 2018.

³⁹⁰Vid. Correo electrónico con el asunto de "Re: Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de consumo de GlaxoSmithKline en reunión del día 23/11/2015", de fecha 10 de diciembre de 2015

	<p>respeto mutuo”³⁹¹. Lo que directamente demuestra la premeditación de los agentes de realizar dichos acuerdos. Adicionalmente, la información anterior es respaldada en acta de reunión del 30 de noviembre de 2017. También, los correos disponibles muestran la intencionalidad del hecho.</p> <p>El correo recibido el 08 de noviembre de 2017 es un claro indicio de premeditación en la actividad coordinada, referido al margen de descuentos y ofertas en la distribución del producto con empresas “amigas”. Lo que según el literal “a” del artículo 4 de la Ley núm. 42-08, puede considerarse como acuerdo entre empresas: “Todo intercambio de voluntad expresado a través de un contrato o convenio, sea expreso o tácito, escrito u oral, susceptible de alinear el comportamiento competitivo de agentes económicos competidores”.</p>
<p>e) La participación del agente económico en el mercado y capacidad económica, así como el tamaño de los mercados afectados</p>	<p>El mercado económico donde se desarrolla la conducta es en la distribución de analgésicos y antigripales producidos por GlaxoSmithKline, relacionada con la marca de Winasorb, es decir asociado a productos farmacéuticos. Por lo que, restringir la posibilidad de extender descuentos a sus clientes a partir de un acuerdo entre empresas³⁹², restringe aspectos relacionados con el derecho a la salud.</p> <p>Por lo que, restringir la posibilidad de extender descuentos a sus clientes a partir de un acuerdo entre empresas³⁹³, restringe aspectos relacionados con el derecho a la salud.</p> <p>La participación en el mercado de los agentes económicos es como se describe a continuación:</p> <p>a) MERCANTIL FARMACEUTICA: 25.71%</p>

³⁹¹Vid. Correo electrónico de fecha 24 de noviembre de 2015, asunto: Minuta sobre los acuerdos comerciales para la línea de consumo GlaxoSmithKline.

³⁹² Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva en fecha 8 de noviembre 2017.

³⁹³ Vid. Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva en fecha 8 de noviembre 2017.

	<p>b) PROFARMA INTERNACIONAL: 41.58% c) SUED & FARGESA: 24.90% d) .J, GASSÓ GASSÓ: 6.28%.</p> <p>En cuanto al tamaño del mercado afectado, se indica que el mismo viene determinado por el alcance de la conducta anticompetitiva.</p>
f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida	<p>En el caso de la determinación de la extensión de la conducta, la misma estaría vigente al menos hasta febrero de 2018, dado que reposa en el expediente un registro sobre una convocatoria a reunión para conversar sobre los descuentos a otorgar durante el mes de marzo del referido año, dado el correo identificado en el servidor de uno de los agentes.³⁹⁴ Se identifica un documento de donde se puede deducir que la actuación coordinada está vigente al menos desde el 23 de septiembre de 2015.³⁹⁵</p>
g) Reincidencia y antecedentes del infractor	<p>No hay reincidencia de los agentes económicos.</p>

486. Al analizar estas conductas, se ha podido comprobar que las mismas configuran una violación a lo dispuesto en la Ley núm. 42-08, en su literal “a” artículo 5, pues con las pruebas recolectadas por la Dirección Ejecutiva y aportadas por los agentes económicos ha quedado evidenciada la comisión de las mismas, lo que sin lugar a dudas perjudica el mercado de comercialización, venta y/o distribución de los productos de la marca GlaxoSmithKline (GSK) en República Dominicana y la estructura de submercado de analgésicos y antigripales.

d) Ejercicio de estimación de multa y responsabilidad individual

487. En nuestro ordenamiento jurídico, está reconocida la potestad sancionadora como una expresión del poder represivo del Estado, es decir del llamado *ius punendi*, sobre esto ha tenido la oportunidad de referirse nuestra Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia 184-2014:

“Considerando, que la sanción administrativa es una expresión del *ius puniendi* del Estado, que es una consecuencia lógica del ordenamiento jurídico, pues la norma sin sanción carecería de imperio, y que su objetivo es corregir una conducta, es decir, es un medio para educar al infractor, por lo que la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o indirecta impliquen privación de libertad, tal como lo expresa el artículo 40.17 de la Constitución, por todo lo cual el legislador al diseñar el régimen sancionador de la Administración Pública lo hace tomando en consideración los principios de legalidad,

³⁹⁴Vid. Acta de visita de inspección realizada en fecha 4 de septiembre de 2018

³⁹⁵Vid. Acta de entrega voluntaria de objetos de fecha 14 de diciembre de 2018.

razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad a que están sujetas las actuaciones de la Administración.”

488. En tal sentido, el legislador en el artículo 61 de la Ley núm. 42-08, dispuso un catálogo de multas para los casos en los cuales se constaten infracciones a la referida ley, así las cosas, vemos que el literal “a” artículo 5, está vinculado el literal “a” del artículo 61 que dispone de sanciones mínimas equivalentes a 30 veces el salario mínimo a 3000 veces el salario mínimo.

489. Como ha sido expuesto por este Consejo Directivo, en la resolución núm. 018-2018 el principio de culpabilidad tiene vastas implicaciones de cara al procedimiento administrativo que nos ocupa, y que conviene resaltar:

“Está pues hoy plenamente aceptada la vigencia del principio de culpabilidad en el ámbito punitivo de la Administración (...) el principio de culpabilidad en Derecho Administrativo Sancionador no permite exigir ni dolo ni voluntariedad del resultado (...). Como se ha expuesto, las peculiaridades del Derecho Administrativo Sancionador se traducen en el principio de culpabilidad en dos notas generales que diferencian su contenido del que le es propio en Derecho Penal: inexigibilidad de dolo y voluntariedad en la acción, no en el resultado (...) A diferencia de lo que acontece en el Derecho Penal, en el que “las infracciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley (...), en el ámbito administrativo es la exigencia de dolo la que precisa de una previsión expresa al efecto por la norma sancionadora. En otro caso, será siempre la culpa o negligencia el grado de culpabilidad exigible para que pueda afirmarse la responsabilidad del infractor. Es claro pues que, aunque se parta de la plena vigencia del principio de culpabilidad, la intención maliciosa, o dolo, no es exigible para responder de la comisión de una infracción administrativa (...) Las infracciones administrativas consisten, en su práctica totalidad, en el incumplimiento de una norma (inobservancia de una obligación o transgresión de una prohibición) que suele producirse por una mera conducta, sin exigir una transformación externa adicional (resultado), de modo que la existencia del principio de culpabilidad, aun haciendo estricta aplicación de la dogmática penal, se concreta en la voluntad de la acción.”³⁹⁶

490. Esto implica que no se pretende determinar la materia administrativa sancionadora, la intención o falta de la misma, al constatar la comisión de la infracción, pues esta viene dada con la misma verificación de la conducta.

491. Que para este Consejo Directivo, el principio de proporcionalidad resulta neurálgico al momento de analizar la sanción aplicable a los supuestos planteados, lo que conlleva que también se apliquen: “a) test de idoneidad, que sirve para verificar si la decisión administrativa es

³⁹⁶ Ibid, pp. 170-173

adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone; b) el test de necesidad, que sirve para verificar si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone y c) el test de proporcionalidad propiamente dicha, que verifica si la decisión administrativa no va a producir desventajas que no sean compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue.”³⁹⁷

492. Para el caso de marras, eso se traduce en que toda la evaluación realizada por este Consejo Directivo, buscara el mayor respeto a los derechos de las partes en base a criterios objetivos para la determinación de la sanción aplicable.

493. Pese al debate respecto a la relación entre cuantificación del daño y el nivel de sanciones, según la OCDE, en los casos donde la penalización y restitución sean objetivos de la multa la cuantía de beneficios ilícitos es un factor principal a tomar en cuenta para determinar la sanción³⁹⁸. Por tanto, se estima la multa partiendo de la estimación de beneficios obtenidos por los participantes del cartel³⁹⁹ considerando que la multa aplicada sea proporcional al daño estimado en el mercado, lo anterior siguiendo las recomendaciones de la OCDE de disuadir los incentivos para emprender actividades ilegales, lográndose una personalización de la multa en función de los beneficios afectados, considerando una relación adecuada con el impacto del comportamiento.⁴⁰⁰

494. La multa puede considerarse como el daño conferido en el mercado, aunque para la OCDE, la determinación de la multa pueden especificarse en montos por encima del efecto económico de la conducta⁴⁰¹ esto basado en un principio de disuasión⁴⁰².

495. Por tanto, la multa puede exceder el daño estimado, considerando la probabilidad de detección del cartel⁴⁰³, adicional a las condiciones agravantes vista en la sección anterior. Para la estimación de la multa disuasoria optima es necesario conocer la probabilidad de detección del

³⁹⁷ Machada Muñoz, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, 4ta edición, Madrid, 2015. p. 330.

³⁹⁸ OCDE, Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley, 2017, p. 8

³⁹⁹ OCDE, Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley, 2017, pp. 5 y 6.

⁴⁰⁰ OCDE, Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley, 2017, p. 14

⁴⁰¹ OCDE, Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley, 2017, p. 2.

⁴⁰² Ibid. En tal sentido es posible que las multas sean superiores al daño causado por el cartel. Adicionalmente, algunas jurisdicciones consideran el daño generado como un agravante, p. 10.

⁴⁰³ Dado que en el país no existen estimaciones anteriores, en este ejercicio se utiliza un promedio simple de las estimaciones internacionales obtenidas.

cartel⁴⁰⁴, $(\alpha)^{405}$, que según la CNMC está probabilidad de detección de un cartel a lo largo del periodo (α_n) donde ha estado vigente el cartel (n) se determina como⁴⁰⁶:

5)

$$\alpha_n = 1 - (1 - \alpha)^n$$

496. Ahora, el factor de disuasión parte entonces de una probabilidad de detección de $\alpha = 13.79\%$ ⁴⁰⁷ que resulta de promediar los valores de esta probabilidad identificados en la literatura especializada, que al sustituirlo en la ecuación, considerando $n = 4$ (2015-2018), arroja una probabilidad de detección de 44.8% durante el horizonte. Así, finalmente se utiliza el factor de disuasión $(1/\alpha_n=2.23)$ para determinar la multa de cada agente, como se muestra en la ecuación, multiplicando el diferencial de ganancia estimado en la sección anterior y el factor de disuasión:

6)

$$multa_i = \Pi_i^* \cdot 1/\alpha_n$$

497. Siendo así las cosas y tomando en consideración lo detallado previamente por este Consejo Directivo sobre el daño, procederemos a establecer la determinación del daño y de la multa por cada agente económico.

i) J. GASSÓ GASSÓ

498. Para calcular la multa que conllevaría el daño generado por J. GASSÓ GASSÓ, con un factor de probabilidad de detección del cartel durante el periodo de vigencia es de 13.79% (valor promediado a partir de las probabilidades identificadas en la literatura ya especificada), se utiliza la ecuación 5 para calcular la probabilidad de detección del cartel a lo largo de los 4 años, la cual resultó en 44.8%, con esta probabilidad se obtiene un factor de disuasión de 2.23, según la ecuación 6, la multa que debe pagar J. GASSÓ GASSÓ, es el resulta de multiplicar el daño causado por la empresa en los 4 años de RD\$ 302,679.1, por el factor de disuasión que resulta en una multa de RD\$676,117.9 pesos dominicanos, representando el 4.8% del total de la multa de todas las empresas involucradas en la práctica investigada, misma proporción que el daño calculado y presentado para la referida empresa en acápite anteriores.

⁴⁰⁴ CNMC. (2016). Valoración económica de las sanciones de competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Documento AE-01/16(0428), p. 10.

⁴⁰⁵ Estas probabilidades son en realidad límite superior de la probabilidad anual de detención. CNMC. (2016). Valoración económica de las sanciones de competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Documento AE-01/16(0428), p. 15.

⁴⁰⁶ CNMC. (2016). Valoración económica de las sanciones de competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Documento AE-01/16(0428), p. 13.

⁴⁰⁷ Como estas probabilidades son estimadas para países desarrollados, donde es posible suponer mayor probabilidad de detección de un cartel, se entiende que esta resultaría en una número sustancialmente menor para el caso dominicano, por lo que, esta representa un límite inferior en la estimación del factor de disuasión.

ii) MERCANTIL FARMACÉUTICA

499. Para calcular la multa que conllevaría el daño generado a la sociedad por la empresa MERCANTIL FARMACÉUTICA, con un factor de probabilidad de detección del cartel durante el periodo de vigencia es de 13.79% (valor promediado a partir de las probabilidades identificadas en la literatura ya especificada), se utiliza la ecuación 5 para calcular la probabilidad de detección del cartel a lo largo de los 4 años, la cual resultó en 44.8%, con esta probabilidad se obtiene un factor de disuasión de 2.23, según la ecuación 6, la multa que debe pagar MERCANTIL FARMACÉUTICA, es el resultado de multiplicar el daño causado por la empresa en los 4 años de RD\$ 1,321,010.1, por el factor de disuasión que resulta en una multa de RD\$ 2,950,843.1 pesos dominicanos, representando el 20.9% del total de la multa de todas las empresas involucradas en la práctica investigada, misma proporción que el daño calculado y presentado para la referida empresa en acápites anteriores.

iii) PROFARMA INTERNACIONAL

500. Para calcular la multa que conllevaría el daño generado a la sociedad por la empresa PROFARMA INTERNACIONAL, con un factor de probabilidad de detección del cartel durante el periodo de vigencia es de 13.79% (valor promediado a partir de las probabilidades identificadas en la literatura ya especificada), se utiliza la ecuación 5 para calcular la probabilidad de detección del cartel a lo largo de los 4 años, la cual resultó en 44.8%, con esta probabilidad se obtiene un factor de disuasión de 2.23, según la ecuación 6, la multa que debe pagar PROFARMA INTERNACIONAL, es el resulta de multiplicar el daño causado por la empresa en los 4 años de RD\$ 2,483,188.9, por el factor de disuasión que resulta en una multa de RD\$ 5,546,892.4 pesos dominicanos, representando el 39.3% del total de la multa de todas las empresas involucradas en la práctica investigada, misma proporción que el daño calculado y presentado para la referida empresa en acápites anteriores.

iv) SUED & FARGESA

501. Para calcular la multa que conllevaría el daño generado a la sociedad por la empresa SUED & FARGESA, con un factor de probabilidad de detección del cartel durante el periodo de vigencia es de 13.79% (valor promediado a partir de las probabilidades identificadas en la literatura ya especificada), se utiliza la ecuación 5 para calcular la probabilidad de detección del cartel a lo largo de los 4 años, la cual resultó en 44.8%, con esta probabilidad se obtiene un factor de disuasión de 2.23, según la ecuación 6, la multa que debe pagar SUED & FARGESA, es el resulta de multiplicar el daño causado por la empresa en los 4 años de RD\$ 2,216,200.4 por el factor de disuasión que resulta en una multa de RD\$ 4,950,499.5 pesos dominicanos, representando el 35.0% del total de la multa de todas las empresas involucradas en la práctica investigada, misma proporción que el daño calculado y presentado para la referida empresa en acápites anteriores.

502. Atendiendo a las estimaciones realizadas este Consejo Directivo tomó en consideración que el cálculo de las multas impuestas respondiera a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 61

de la Ley núm. 42-08 al establecer las mismas dentro del rango de salarios mínimos previstos por la comisión de las prácticas anticompetitivas al tenor de lo que dispone el I del literal "a" del artículo 5 de la referida normativa. Al momento del dictado de esta decisión, el salario mínimo no sectorizado aplicable para los agentes económicos investigados, es de DIECISIETE MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS DOMINICANOS CON 60/100 (RD\$17,610.60). Consecuencia de esto, a continuación, presentamos el cálculo correspondiente a cada uno de los agentes:

Salario mínimo no sectorizado⁴⁰⁸						
Agente	Daño	%	Multa en RD\$	%	Salario mínimo vigente para empresas grandes	Número de salarios
J. Gassó Gassó	302,679.13	4.8	669,202.80	4.7	17,610.6	38
Mercantil Farmacéutica	1,321,010.08	20.9	2,940,970.20	20.9	17,610.6	167
Profarma Internacional	2,483,188.89	39.3	5,547,339.00	39.3	17,610.6	315
Sued & Fargesa	2,216,200.42	35.0	4,948,578.60	35.1	17,610.6	281
Total	6,323, 078.51	100.0	14,106,090.6	100.0	17,610.6	801

503. Como resultado de lo anterior, este Consejo Directivo estima pertinente imponer las sanciones que se describirán a continuación, sobre la base de un salario mínimo no sectorizado ascendente a DIECISIETE MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS DOMINICANOS CON 60/100 (RD\$17,610.60), a saber:

- a. se SANCIONA a J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., al pago de una multa de treinta y ocho (38) salarios mínimos, equivalente a SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DOS PESOS DOMINICANOS CON 80/100 (RD\$669,202.80);
- b. se SANCIONA a MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A, al pago de una multa de ciento sesenta y siete (167) salarios mínimos, equivalente a DOS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS DOMINICANOS CON 20/100 (RD\$2,940,970.20);
- c. se SANCIONA a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, al pago de una multa de trescientos quince (315) salarios mínimos, equivalente a CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL

⁴⁰⁸ Vid. Resolución núm. 22/2019 del Comité Nacional de Salarios.

TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS DOMINICANOS CON 00/100
(RD\$5,547,339.00);

d. se SANCIONA a SUED & FARGESA, S.R.L, al pago de una multa de doscientos ochenta y uno punto uno (281) salarios mínimos, equivalente a CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS DOMINICANOS CON 60/100 (RD\$4,948,578.60)

504. Dichos pagos deberán ser realizados por los agentes económicos en un plazo no mayor de treinta (30) días a partir de la notificación de esta Resolución. Con la imposición de estas sanciones, procuramos corregir o restaurar la libre competencia, eliminando la distorsión que existe actualmente como resultado de las conductas sancionadas en el presente acto administrativo.

vii) **En caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta**

505. La Administración posee una autotutela *ejecutiva*, que se refiere a la *eficacia* del acto administrativo; que el artículo 138 de la Constitución indica que, entre los principios de la Administración pública, se encuentra, “[l]a Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de *eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.*”⁴⁰⁹ En este sentido, la autotutela ejecutiva aparece como un modo de aseguramiento –o eficacia- de la autotutela decisoria⁴¹⁰ y la eficacia del acto administrativo “*indica la aptitud del acto para producir sus efectos jurídicos (...)*”⁴¹¹.

506. En virtud del artículo 138 de la Constitución para la *eficacia* del acto administrativo, el mismo no puede ser demorado en su aplicación y, de serlo, debe arrastrar unos efectos que equilibren dicha dilación. Así las cosas, para la ejecución de derechos y obligaciones nacidas de un acto, no hace falta declaración administrativa posterior ni, tampoco, una intervención judicial, sino que esta *autotutela ejecutiva* faculta a la Administración para tomar las medidas necesarias que garanticen la eficacia del acto, sin necesidad de recabar el apoyo de coacción judicial.

507. Por esto se afirma que la autotutela ejecutiva “*(...) materialmente se justifica en una razón de expeditividad y eficacia en la gestión de los servicios y asuntos públicos que tiene confiada la Administración; y es ésta noción la que, a mi parecer, condensa el fundamento dogmático de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo en la medida en que remite a la posición institucional misma de la Administración y, en especial, a lo que de ésta se desprende en sus relaciones con los Tribunales.*”⁴¹²

⁴⁰⁹(Subrayado nuestro)

⁴¹⁰Barcelona Llop, Javier, Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995

⁴¹¹Ibíd., p. 43

⁴¹²Ibíd., p. 108

508. En ese sentido, el artículo 61 párrafo IV de la Ley núm. 42-08, amparado del referido principio de autotutela ejecutiva que asiste a la Administración, reconoce al Consejo Directivo la posibilidad de tomar medidas que garanticen la eficacia de los actos dictados. Basados en los razonamientos antes esbozados, el no cumplimiento del pago por la falta cometida, involucraría un desacato al acto administrativo.

509. En efecto, en vista de la gravedad que representaría el desacato de la obligación, la Ley núm. 42-08 establece en su artículo 61 párrafo IV un aumento del tres (3%) por ciento mensual del monto original en caso de retardo en la realización del pago de la sanción impuesta; que, con ello, se cumple con el propósito de asegurar el cumplimiento de las resoluciones dictadas por este Consejo Directivo.

510. Por tanto, este órgano decisor fija, además de la multa que ha sido impuesta anteriormente, a un pago de un tres (3%) por ciento mensual -o fracción de mes- calculado a partir de la sanción impuesta en caso de retardo en el cumplimiento y hasta tanto la multa sea íntegramente saldada.

511. En virtud de todo ello, que este Consejo Directivo no tome las medidas necesarias para evitar o hacer cesar la situación o situaciones como la que nos ocupa, así como sus efectos en el mercado, equivaldría a afirmar el falso precepto de que los agentes económicos pueden ejecutar discrecionalmente las decisiones emanadas de la autoridad de competencia, lo que fomentaría un ambiente de inseguridad jurídica, por lo que, controlar el cumplimiento de los mandatos dictados por el órgano decisor, resulta ser un asunto de interés general, enfocado a la tutela administrativa efectiva.

viii) Sobre el cese inmediato de la conducta

512. Junto a la reacción punitiva de las autoridades de defensa de la competencia -y tan importante como la sanción que se impone a la conducta anticompetitiva-, es el restablecimiento de la legalidad, eliminando los efectos negativos que se han generado en el mercado por la conducta.

513. Ante la comisión de tales infracciones, la finalidad de detenerlas y de restaurar las condiciones de competencia en el mercado, se hace posible con la imposición de remedios correctivos distintos de las multas; que, con la adopción de estas medidas, descritas en el artículo 61 de la Ley núm. 42-08, se procura prevenir la comisión de nuevas infracciones en el futuro, asegurando y conservando la libre competencia.

514. Para cumplir con dicho propósito, la norma ordena la paralización de manera inmediata de la distorsión de la competencia provocada por el comportamiento de los infractores, obligando además, a que la decisión final que sea dictada por este Consejo Directivo siempre venga acompañada del cese en las conductas anticompetitivas si estas todavía se encuentran en curso.

515. En efecto, el párrafo III del artículo 61 de la Ley núm. 42-08 claramente afirma que “[e]l pago de la sanción no implica la convalidación de la situación irregular, debiendo el infractor cesar de inmediato los actos que dieron lugar a la sanción.”⁴¹³ Por lo tanto, la reacción prevista por la Ley núm. 42-08 ante una conducta anticompetitiva es relativamente simple y consiste en el re-establecimiento de la legalidad mediante el cese de la conducta.

516. En este sentido, el cese inmediato de los actos también supone la prohibición de poner en práctica aquellos acuerdos que todavía no se han ejecutado, pero que constituyen la realización de una conducta anticompetitiva prohibida; que, por igual, la cesación comprende también la orden de terminación de los efectos que pudieran subsistir, a pesar de que la infracción hubiera cesado ya o los acuerdos pudieran haber formalmente concluidos.

517. Como afirma la doctrina, “[l]a declaración de infracción se acompañará siempre, cuando la conducta prohibida continuara realizándose, del mandamiento conminatorio para la cesación de la misma. Se trata, de una poderosa herramienta en manos de la autoridad de defensa de la competencia que, a través de una declaración negativa, impone al infractor la obligación inmediata de no continuar con una conducta prohibida que se ha acreditado que había realizado o que sigue realizando en la actualidad.”⁴¹⁴

518. En virtud de lo anterior, es innegable que el legislador ha considerado que este Consejo Directivo tiene la potestad y la obligación de hacer cesar las conductas anticompetitivas, violatorias a los mejores intereses del Estado, más aún luego de ser éstas sancionadas, pues es impensable el que se permita la perpetuación de una falta ya sancionada.

519. Con ocasión a lo anterior, este Consejo Directivo le ordena a los agentes económicos MERCANTIL FARMACÉUTICA, J. GASSÓ GASSÓ, PROFARMA INTERNACIONAL y SUED & FARGESA, el cese inmediato de los acuerdos anticompetitivos que estaban realizando al en violación a lo dispuesto en el artículo 5 literal “a” de la Ley núm. 42-08.

ix) **Sobre el plan de desmonte de las conductas sancionadas**

520. En el caso que nos ocupa, la fijación de precios puede venir enmascarada de diversas formas, entre ellas, otorgamiento de créditos u otras facilidades, tales como precios, descuentos y promociones. Por ello, en caso de que existan otras formas de coludir, es necesario el establecimiento de un Plan de Desmonte. El Plan de Desmonte motiva que el agente económico sancionado se comprometa a implementar las medidas que se desarrollan a continuación para el cese de la infracción y/o para corregir las distorsiones creadas en la República Dominicana.

521. En tal sentido, el Plan de Desmonte nace de un proceso de discusión y revisión entre el agente económico y la Subdirección de Promoción y Abogacía de PRO-COMPETENCIA, unidad

⁴¹³(Subrayado nuestro)

⁴¹⁴Vid. Marcos, Francisco, Remedios y Obligaciones Impuestas por las Autoridades De Defensa de la Competencia, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2018), Vol. 10, núm. 1: pp. 331-371, p. 342

encargada por el Consejo Directivo para la revisión y discusión del Plan de Desmote. Así las cosas, los resultados y observaciones de este proceso de discusión deben ser presentados a este Consejo Directivo para fines de valoración en los tiempos que sean razonablemente estipulados. En caso de estimarse que las medidas propuestas cumplen con lo ordenado en esta Resolución, el Consejo Directivo procedería a ordenar la aprobación correspondiente.

522. El incumplimiento de las condiciones aprobadas por el Consejo Directivo, generará en los agentes económicos las responsabilidades administrativas previstas en la Ley, incluyendo la posibilidad de que la Dirección Ejecutiva inicie un nuevo procedimiento de investigación por indicios de reincidencia, que amerite la imposición de una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda, conforme el párrafo II del artículo 61 de la Ley núm. 42-08.

523. Así las cosas, los agentes económicos deberán cesar de inmediata la conducta acreditada y, en caso de existir otras prácticas distintas, deberán presentar un plan de desmote de inmediato, en función de la realidad de su empresa y las ventajas competitivas y políticas financieras.

524. Por último, se recuerda que la Dirección Ejecutiva es la vigilante del cumplimiento íntegro de esta Resolución y podrá, si así constata que no se han respetado las obligaciones que emanan de este acto administrativo, someter un nuevo proceso de investigación de conductas restrictivas de la competencia al amparo de las previsiones de la Ley Núm. 42-08.

F) Sobre el impacto social de los medicamentos

525. La industria de medicamentos en la República Dominicana ha presentado importantes cambios en la estructura de la oferta, las características de la demanda y la normativa que regula el sector, todo lo cual ha generado transferencias del poder competitivo entre los diferentes agentes del sector.

526. Esta situación demuestra que los grandes factores determinantes de la salud no son materia exclusiva de la política sanitaria; es necesaria la implementación de medidas coordinadas en otros campos, tales como el social, el económico, el medioambiental, la protección de los consumidores o el Derecho de la competencia. Es imprescindible, por tanto, que las distintas políticas actúen conjuntamente para proteger la salud.

527. A la hora de realizar un análisis del mercado de medicamentos es necesario tomar en cuenta algunas características que son fundamentales para entender la dinámica y la diferencia respecto a otros mercados.

528. Además, que el gasto de bolsillo -o dependiente del presupuesto de los hogares- resulta la fuente de financiación menos adecuada para los medicamentos, no solo porque es muy regresiva sino también porque, en general, se relaciona con el uso irracional de los medicamentos y una menor eficiencia en las compras.

529. Asimismo, existe una multitud de agentes que, ocupando diferentes roles, participan en las distintas etapas del intercambio. El precio pagado por un medicamento será la retribución al bien en sí mismo, el cual incorpora a los costos emanados del proceso de producción a los beneficios de los agentes encargados del mismo, así como a los servicios vinculados a la distribución y dispensa.

530. Aun cuando es posible hablar de un mercado de medicamentos, este se encuentra compuesto por un conjunto de submercados con una dinámica de comportamiento bien diferenciada en función de los agentes que intervienen en cada uno de ellos y de sus características.

531. En el submercado de OTC (*over the counter*) o venta libre, que es en el caso que ocupa la atención de este Consejo Directivo, el consumidor adquiere el medicamento directamente en la farmacia, y para tomar la decisión de compra utiliza la información que recibe a través de la publicidad y propaganda, o bien por el asesoramiento del farmacéutico o de algunas personas conocidas. Así, encontramos una primera relación donde se verifican asimetrías de información a favor de la oferta dada la relevancia que tienen la publicidad y propaganda como medios difusores de este tipo de medicamentos.

532. El tema se hace particularmente importante para los pacientes que requieren medicaciones que deben ser compradas de manera permanente y que impactan en los ingresos personales. Recordemos que estamos hablando de analgésicos y antigripales de la marca Winasorb, y tales tipos de medicamentos se consideran “esenciales” por la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁴¹⁵

533. A pesar del moderado nivel de ingresos promedio que se registra en el país, la clase económica más desfavorecida presenta la mayor exposición frente a los efectos negativos que genera la colusión de las empresas en la industria de la salud. Así las cosas, el precio de los medicamentos es un problema que afecta mayoritariamente a los sectores de menos recursos y más vulnerables.

534. Sin dudas, los medicamentos son esenciales para la salud y para la sobrevivencia de las personas. Un medicamento no es un bien de consumo sino una herramienta fundamental en la preservación y recuperación de la salud. La gravedad de los carteles en el mercado de medicamentos es especialmente preocupante, puesto que los consumidores dominicanos pueden quedar desprotegidos ante una posible alza de precios. En ese sentido, conviene resaltar que en un sistema de libre mercado como el nuestro, el Estado no puede regular los precios de los medicamentos. Sin embargo, no parece ocioso pensar que los precios pueden ser más bajos en la República Dominicana, y que existen alternativas, para lograrlo.

⁴¹⁵ Organización Mundial de la Salud, Model List of Essential Medicines. Acceso: <https://list.essentialmeds.org>

535. Las prácticas concertadas en el mercado de medicamentos impactan directamente en los bolsillos del consumidor y, se debe recordar, los medicamentos son útiles únicamente si se encuentran al alcance de los que los necesitan. Conductas como las sancionadas en el particular limitan el acceso que tienen las personas a la salud. En un contexto en el que las principales necesidades de salud se concentran en la población de menores recursos, el acceso oportuno a los medicamentos básicos se convierte en una prioridad. El respeto a las políticas de competencia en el mercado de medicamentos y la Ley núm. 42-08 es promover el acceso a estos y el reconocimiento del valor de la salud humana.

G) La ética en los negocios y el Derecho de la competencia

536. No es un hecho controvertido que GSK estuvo en la reunión donde se concertaron decisiones que hoy son sancionadas. Tampoco es un hecho controvertido que la Dirección Ejecutiva no imputó ninguna conducta específica en contra de GSK. Este Consejo Directivo, tampoco pretende cambiar ninguna de estas situaciones. Asimismo, J. GASSÓ GASSÓ dejó de participar en el cártel, según ella mismo expresó.

537. Sin embargo, lo acontecido ha hecho reflexionar a este Consejo Directivo sobre la necesidad de afianzar el cumplimiento regulatorio en materia de competencia en los agentes económicos de los diferentes mercados a nivel nacional.

538. Sobre esto, debemos recordar que todo participante en el mercado actúa de manera racional con base en las predicciones o comprensiones que puede extraer del comportamiento de los demás agentes. Esta racionalidad de los agentes los lleva a ser conscientes del comportamiento de los otros. En efecto, como ya afirmó este Consejo Directivo en este acto administrativo, son los propios agentes económicos quienes deben realizar un ejercicio de autoevaluación para determinar si sus prácticas concertadas configuran o no una prohibición tipificadas en el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 y, finalmente, si estarían eximidas de dicha prohibición.

539. Así las cosas, en todo mercado surge la necesidad de implantar principios éticos que fomenten la competencia. La ética en los negocios se ve plasmada en todos aquellos actos que conllevan rectitud y un adecuado comportamiento, conforme a la legislación y elementos normativos que un país brinda como vinculantes para la sociedad.

540. De acuerdo a lo anterior, el término “ética empresarial” es interpretado en relación al comportamiento responsable de las empresas en todos los ámbitos con los que esta se relaciona; es decir, que todos los miembros de la comunidad empresarial deben transitar por compromisos mutuos, afectos, valores, lealtad, transparencia, sentido de pertenencia, cuidado y responsabilidad hacia los demás.

541. La ética empresarial se ocupa de la gestión empresarial, la organización de una corporación, las conductas en el mercado, las decisiones comerciales, entre otros puntos importantes; es decir, se ocupa del estudio de los aspectos de naturaleza moral que se plantean

en el mundo de los negocios”⁴¹⁶ Asimismo, “El objetivo principal que persigue la Responsabilidad Social Empresarial radica en el impacto positivo que estas prácticas generen en los distintos ámbitos con los que una empresa tiene relación, al mismo tiempo que contribuya a la competitividad y sostenibilidad de la empresa, las que tienen de por sí la responsabilidad de conocer el entorno en el que operan. Deben tener un claro conocimiento de todo lo que rodea su empresa, no solo en términos geográficos, sino en términos del conjunto de reglas, leyes que rigen su operación, y todas las actividades relacionadas directa e indirectamente con su contexto.”⁴¹⁷

542. En este sentido, las reglas éticas representan el desarrollo de un mecanismo de moralidad empresarial que no solo se limitan a no cometer actos, sino a actuar en provecho de la legalidad y la ética en los negocios. Esto implica que, por ejemplo, en caso de que una empresa tenga conocimiento de una conducta que violente el ordenamiento jurídico por parte de uno de sus empleados, debe denunciarlo; si un empleado tiene conocimiento de actuaciones de una empresa que riñen con las normas de su empresa, debe no aceptar participar y denunciar; o, si en el marco del Derecho de la competencia el representante de una empresa tiene conocimiento de conductas que infringen la Ley núm. 42-08 cometidas o relacionadas a través de sus productos o servicios, debe denunciarlo a Pro-Competencia.

543. Así las cosas, dentro de los márgenes más visibles de aplicación de la ética, en primer lugar, hay que advertir que no busca modificar la estructura de la empresa, intenta que esta mantenga su “misión y visión”, pero que también atienda al desarrollo social, pues, sin duda, eso mismo ha de contribuir al éxito empresarial, impulsado por una aceptación social, en la que son claves los valores de la empresa. La experiencia negativa con prácticas empresariales que no han respetado esos principios, es lo que justifica la coerción estatal o convencional sobre ellas, mediante la creación de normas regulatorias.

544. Con estos puntos se puede comprender que el mercado exige principios básicos para su correcto funcionamiento y, para ello, las empresas deben actuar razonablemente. Por ejemplo, ante el conocimiento de una conducta o potencial conducta de un tercero que atente en contra de la Ley núm. 42-08 ¿debía o no denunciar la conducta anticompetitiva? ¿El conocimiento de las acciones concertadas no lo hace, al menos, moralmente responsable de las actuaciones concertadas en perjuicio del mercado?

545. Existen una serie de reglas, principios y valores en el mercado o en el mundo empresarial que se deben respetar para competir ética y eficazmente, lo cual es cónsono con lo que hemos expuesto. De allí, que las empresas deben poseer un Código ético o de conducta que ate sus actuaciones no solo a lo estrictamente legal, sino también a lo razonablemente ético. Por tanto, este compromiso con las leyes y con la ética empresarial implicarían que ante una actuación o potencial actuación que transgredan las leyes del país, deben no solo negarse a participar o

⁴¹⁶D’Andreis Zapata, Alberto, “Competencia desleal: reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial”, *Advocatus*, Vol. 12, núm. 25: 195 - 207, 2015, p. 197

⁴¹⁷Ibíd., p. 200

retirarse de participar en la conducta anticompetitiva, sino también reportarlas a las autoridades correspondientes. No hacerlo, por el contrario, contradice los “elevados estándares éticos” y no su objetivo de “vivir nuestros valores y cumplir nuestra misión mediante acciones éticas.” Por tanto, la omisión en no reportar una actual o potencial violación a la Ley núm. 42-08 es igual de desdeñable que la conducta misma.

546. Hacerlo genera indicios de que sabía o al menos presumía que tales actuaciones no eran legales y, no reportarlo, amerita que dicha empresa evalúe la aplicación integral de su Código de Conducta y, además, confirme si tal situación había sido reportada por su representante. Si no lo hizo, su actuación colida con los principios éticos de la empresa, y si lo hizo y la empresa ni siquiera alertó a Pro-Competencia, entonces su conducta colide no solo con las leyes del país si no también con su reglamentación interna.

547. A este respecto, “es importante establecer una cultura ética institucional, pues de ese modo se sentarán las bases del respeto de las normas de la competencia por todos los integrantes de la empresa y se fijarán expectativas claras con respecto al papel que cada cual ha de desempeñar para garantizar la adhesión de la empresa a su código de conducta. Ello infundirá a cada empleado un sentido de lo que corresponde hacer en la empresa para encaminarla hacia una mayor observancia de las normas. Establecida esa cultura, será preciso transmitirla eficazmente a todo el personal e instaurar un sistema de medición e información sobre las actividades realizadas por la empresa para alcanzar los objetivos fijados, de modo que las prácticas anticompetitivas puedan ser objeto de medidas inmediatas.”⁴¹⁸

548. Por todo esto, este Consejo Directivo aconseja encarecidamente a los agentes económicos de los diversos mercados que velen por la eficacia de los controles internos, la ética, y los programas o las medidas para promover el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas, incluidas la Ley núm. 42-08. Así las cosas, “[m]uchas empresas fomentan el conocimiento del derecho de la competencia entre sus empleados elaborando políticas y procedimientos detallados sobre asuntos relativos a la competencia pertinentes para la empresa. Estos suelen figurar en programas que permiten que los empleados tengan una conducta conforme a las normas, de modo que el riesgo de incumplimiento se reduzca al mínimo en caso de que la empresa sea objeto de una inspección por infringir la legislación sobre competencia. Ahora bien, si se hace demasiado hincapié en las normas en vez de establecer una cultura de la competencia pueden surgir problemas, pues ello puede llevar a los empleados a intentar explotar los vacíos legales en vez de buscar formas de actuar conforme a la ética.”⁴¹⁹

549. En este sentido, “[l]as prácticas ilegales y contrarias a la ética por parte de la dirección de una empresa no sólo pueden violar los derechos de los actores interesados, sino también perjudicar a ésta y a sus accionistas por las consecuencias sobre la reputación y por el aumento

⁴¹⁸UNCTAD, párr. 48, p. 18. Acceso: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd39_es.pdf

⁴¹⁹Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Fomento de la capacidad del sector privado para respetar las normas en materia de competencia, Nota de la secretaria de la UNCTAD, párr. 45, p. 17. Acceso: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd39_es.pdf

del riesgo de futuras responsabilidades financieras. Por tanto, resulta beneficioso para la empresa y sus accionistas establecer procedimientos y puertos seguros para recoger las quejas relativas a comportamientos ilegales o contrarios a la ética presentadas por los empleados, ya sea personalmente o a través de sus órganos de representación, y por terceros.⁴²⁰ Sobre esto, es esencial que los agentes económicos de los diferentes mercados en la República Dominicana se alejen de prácticas arraigadas y que tradicionalmente se cometían con impunidad como resultado de carecer de una ley de defensa de la competencia. Sin embargo, como ha venido insistiendo este Consejo Directivo a lo largo de este apartado, el respeto a las normas no solo nace de un texto, sino principalmente de una "(...) conducta ética [que] trasciende el cumplimiento de la ley, el que, a su vez, debe ser siempre un requisito básico."⁴²¹ En efecto, "[e]l establecimiento de una sólida cultura ética contribuye en gran medida a facilitar y fomentar el respeto de las normas de competencia ya que unos principios éticos sólidos guían a los empleados en la adopción de decisiones y refuerzan la conducta correcta."⁴²²

550. En suma, las estrategias competitivas de los agentes económicos deben ser pensadas a través de comportamientos éticos, legalmente aceptables, pero jamás plantear estrategias para realizar conductas que vayan en desmedro de una libre y leal competencia en la República Dominicana.

VISTA: La Constitución de la República Dominicana, proclamada el veintiséis (26) de enero del año dos mil diez (2010) y su modificación;

VISTA: La Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, de fecha dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008);

VISTA: La Ley de Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, de fecha seis (6) de agosto de dos mil trece (2013);

VISTOS: Los demás textos legales aplicables;

VISTOS: Los documentos que integran el expediente administrativo sancionador.

III. Parte dispositiva

**EL CONSEJO DIRECTIVO
DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(PRO-COMPETENCIA),**

en ejercicio de sus facultades legales:

⁴²⁰ OCDE, Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris, 2016, p. 39. Acceso: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

⁴²¹ OCDE, Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris, 2016, p. 53

⁴²² UNCATD, párr. 48, p. 18. Acceso: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd39_es.pdf

RESUELVE:

En cuanto a los incidentes planteados por PROFARMA INTERNACIONAL:

PRIMERO: En cuanto a la FORMA, declara como buenos y válidos los incidentes planteados por PROFARMA INTERNACIONAL, por haber sido interpuestos acorde con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al FONDO, RECHAZAR los incidentes planteados por PROFARMA INTERNACIONAL, a saber: (i) el incidente planteado en fecha 4 de abril de 2019, mediante escrito de contestación, sobre la solicitud de declaratoria de nulidad del procedimiento de investigación y del procedimiento administrativo sancionador por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo; (ii) el incidente planteado en fecha 4 de abril de 2019, mediante escrito de contestación, sobre la declaratoria de prescripción de la acción imputada a los agentes económicos imputados por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo y la exclusión del procedimiento; y (iii) el incidente planteado en fecha 25 de marzo de 2021, mediante escrito ampliatorio de conclusiones, sobre la alegada configuración de una vía de hecho por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo;

En cuanto a los incidentes planteados por SUED & FARGESA:

PRIMERO: En cuanto a la FORMA, declara como bueno y válido el incidente planteado por SUED & FARGESA, al cual se adhirieron PROFARMA INTERNACIONAL, MERCANTIL FARMACÉUTICA y J. GASSÓ GASSÓ, por haber sido interpuesto acorde con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al FONDO, RECHAZAR el incidente planteado por SUED & FARGESA al cual se adhirieron PROFARMA INTERNACIONAL, MERCANTIL FARMACÉUTICA y J. GASSÓ GASSÓ, a saber: (i) el incidente planteado en fecha 20 de enero de 2021 en el curso de una audiencia mediante el cual solicitaba el archivo del expediente, por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo.

En cuanto a los incidentes planteados por MERCANTIL FARMACÉUTICA:

PRIMERO: En cuanto a la FORMA, declara como buenos y válidos los incidentes planteados por MERCANTIL FARMACÉUTICA, por haber sido interpuestos acorde con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al FONDO, RECHAZAR los incidentes planteados por MERCANTIL FARMACÉUTICA, a saber: (i) el incidente planteado en fecha 9 de abril de 2019, mediante escrito de contestación sobre la solicitud de exclusión del procedimiento administrativo sancionado y de la irretroactividad en la aplicación de la ley por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo.

En cuanto a los incidentes planteados por J. GASSÓ GASSÓ:

PRIMERO: En cuanto a la FORMA, declara como buenos y válidos los incidentes planteados por J. GASSÓ GASSÓ, por haber sido interpuestos acorde con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al FONDO, RECHAZAR los incidentes planteados por J. GASSÓ GASSÓ, a saber: (i) el incidente planteado en fecha 24 de marzo de 2021, mediante escrito de conclusiones mediante el cual solicitaba el cierre del procedimiento administrativo sancionador, por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo; y (ii) el incidente planteado en fecha 24 de marzo de 2021, mediante escrito de conclusiones, sobre la no individualización de la sanción por los motivos desarrollados en el cuerpo del presente acto administrativo.

En cuanto al fondo del presente procedimiento administrativo sancionador:

PRIMERO: En cuanto a la FORMA, declara como buena y válida la investigación de oficio iniciada por la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA en fecha 9 de febrero de 2018 mediante la Resolución núm. DE-003-2018 por la misma cumplir con los requisitos legales correspondientes;

SEGUNDO: En cuanto al FONDO, declara responsables a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., de violar las disposiciones contenidas en el literal "a" del artículo 5 de la Ley núm. 42-08, las cuales tipifican prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos por acordar precios y descuentos y, en consecuencia, se les condena como se describirá a continuación considerando los criterios establecidos en los artículos 61 y 62 de la Ley núm. 42-08:

- a. se SANCIONA a J. GASSÓ GASSÓ, al pago de una multa de treinta y ocho (38) salarios mínimos, equivalente a SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE

MIL DOSCIENTOS DOS PESOS DOMINICANOS CON 80/100 (RD\$669,202.80), que deberá ser pagado en un plazo no mayor de treinta (30) días a partir de la notificación de esta Resolución;

- b. se SANCIONA a MERCANTIL FARMACÉUTICA, al pago de una multa de ciento sesenta y siete (167) salarios mínimos, equivalente a DOS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS DOMINICANOS CON 20/100 (RD\$2,940,970.20), que deberá ser pagado en un plazo no mayor de treinta (30) días a partir de la notificación de esta Resolución;
- c. se SANCIONA a PROFARMA INTERNACIONAL, al pago de una multa de trescientos quince (315) salarios mínimos, equivalente a CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS DOMINICANOS CON 00/100 (RD\$5,547,339.00), que deberá ser pagado en un plazo no mayor de treinta (30) días a partir de la notificación de esta Resolución;
- d. se SANCIONA a SUED & FARGESA, al pago de una multa de doscientos ochenta y uno punto uno (281) salarios mínimos, equivalente a CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS DOMINICANOS CON 60/100 (RD\$4,948,578.60), que deberá ser pagado en un plazo no mayor de treinta (30) días a partir de la notificación de esta Resolución;

CUARTO: ESTABLECE que el monto de las sanciones fijadas a los agentes económicos PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., **será aumentado en un 3% de interés mensual en caso de retardo en la realización del pago de la multa impuesta, acorde con lo dispuesto en el artículo 61 párrafo IV de la Ley núm. 42-08;**

QUINTO: ORDENA el cese inmediato, de toda actuación que se haya generado en el marco de las conductas sancionadas en la presente Resolución, acorde con el literal III del artículo 61 de la Ley núm. 42-08; y **PRESENTAR** un plan detallado de desmonte de la práctica sancionadas, conforme con los tiempos y plazos que le sean comunicados posteriormente;

SEXTO: DECLARA nulos de pleno derecho los acuerdos que, dentro del marco de las conductas sancionadas, fueron realizados entre PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A.; y, en consecuencia, los mismos no tendrán efectos jurídicos alguno, acorde con el literal V del artículo 61 de la Ley núm. 42-08;

SÉPTIMO: ADVIERTE a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA,

S.A. que el pago de la sanción no implica la convalidación de las situaciones irregulares referidas en esta Resolución, debiendo evitar cualquier acción o actividad que vulnere la libre y leal competencia y, por tanto, transgreda las disposiciones de la Ley núm. 42-08;

OCTAVO: **ADVIERTE** a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., para que en el futuro se abstengan de realizar cualquier conducta prohibida en la Ley núm. 42-08 y se les **ADVIERTE** que, en caso de incumplimiento, se considerará reincidencia y se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda, de conformidad con lo que dispone el artículo 61, párrafo II de la Ley núm. 42-08;

NOVENO: **DECLARA** que la presente Resolución es ejecutoria no obstante cualquier recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley núm. 42-08;

DÉCIMO: **INSTRUYE** al Secretario ad-hoc de este Consejo Directivo, licenciado Iván Gatón, para que proceda a notificar una copia certificada de la presente Resolución a PROFARMA INTERNACIONAL, S.R.L, SUED & FARGESA, S.R.L., J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S. Y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A. y a la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE PRO-COMPETENCIA; y, se autoriza a publicar en la página web de esta institución una versión pública de este acto administrativo;

DÉCIMO PRIMERO: **INSTA** a la Dirección Ejecutiva de esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA) para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Así ha sido aprobada y firmada la presente Resolución a unanimidad de votos por el Consejo Directivo de la **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PRO-COMPETENCIA)** y con un voto razonado de la Presidenta del Consejo Directivo, Yolanda Martínez y uno del miembro del Consejo Directivo Víctor Eddy Mateo Vásquez, el cual figura incorporado al final del presente acto administrativo. En la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día catorce (14) de junio de dos mil veintiuno (2021).



Yolanda Martínez Z.
Presidenta del Consejo Directivo



Gianna Franjul
Miembro del Consejo Directivo





Iván Ernesto Gatón
Miembro del Consejo Directivo



Juan Rafael Reyes Guzmán
Miembro del Consejo Directivo



Víctor Eddy Mateo Vásquez
Miembro del Consejo Directivo

IV. Votos particulares

A) VOTO RAZONADO DE LA PRESIDENTA DEL CONSEJO DIRECTIVO, YOLANDA MARTÍNEZ Z.

El aspecto esencial que motivó el presente proceso fue acuerdo de competidores para fijación de precios. Para fundamentar su defensa, uno o varios de los agentes económicos hicieron mención a la figura de *precios sugeridos*, tema de importancia cardinal para un mercado y que me han motivado a presentar este voto razonado con el único interés de aportar al debate y proveer algunos elementos que puedan ser útiles para el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA. Soy consciente que es cuestión de tiempo para que esta autoridad de competencia se refiera y asuma una postura ante la posibilidad de que los productores de un bien o servicio puedan determinar los precios a los que sus distribuidores pueden vender al consumidor final merece una breve reflexión.

1. En este sentido, "(...) en una economía de mercado, el éxito en las ventas de los bienes y servicios depende en gran medida de su calidad, la atención al cliente, las estrategias de mercadeo, no obstante, ninguna de ellas puede pervivir y hacer del bien o servicio un producto exitoso, si no se tiene en cuenta el factor precio, pues este sin duda es uno de los criterios de decisión que el consumidor aplica para la adquisición o consumo de productos en un mercado competitivo."⁴²³

2. Así las cosas, parte del libre mercado en la República Dominicana es, precisamente, la libertad de establecerle un precio a un producto o servicio,⁴²⁴ para lo cual el agente económico tendrá en cuenta la estructura de costos y los márgenes de utilidad que pretende obtener.

3. Los agentes económicos que comercializan productos diferenciados suelen desarrollarse y competir sobre la base de marcas.⁴²⁵ Cada una de estas marcas puede ser la preferida de diferentes compradores dispuestos a pagar un precio más alto o a comprar un producto de una marca con más frecuencia que otro.

4. Otra cosa es la competencia intra-marca, que es la competencia entre minoristas o distribuidores de la misma marca, la cual puede realizarse en términos de precio u otros beneficios. De hecho, algunos fabricantes buscan mantener la uniformidad de los precios al detalle de sus productos y evitar la competencia intra-marca por precios. Por esto, no es extraño encontrar en el mercado dominicano productos con un precio marcado en los

⁴²³Lobo Mejía, Javier Andrés, "La fijación unilateral de precios bajo las reglas de la libre competencia en el contrato de franquicia en Colombia", *Rev. Derecho Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 12, núm. 12: 237-287, enero-diciembre 2016, p. 241.

⁴²⁴El precio se conoce como la cantidad de dinero o de bienes o servicios que se paga o se recibe, a cambio de otro bien o servicio.

⁴²⁵Estos son productos iguales con marcas distintas, como puede ser Nike vs. Reebok o Coca Cola vs. Pepsi Cola.

envases por el fabricante o la publicación de asociaciones o gremios estableciendo precios específicos de ciertos productos, especialmente de la canasta básica. ¿Acaso esto representa una limitación a la libertad que tiene el minorista de establecer el precio de venta de su producto o servicio? ¿Acaso esto es una práctica sana porque le da algún tipo de certeza al consumidor del precio del producto que comprará sin que hayan mayores especulaciones del minorista?

5. Sin dudas, se debe establecer un precio inicial cuando se desarrollan un nuevo producto para introducirlo en un nuevo canal de distribución o área geográfica. Sin embargo, el precio no es solamente una cifra establecida discrecionalmente a partir del pago de los costos fijos y variables incurridas en la fabricación, sino que el fabricante debe, lógicamente, obtener alguna utilidad para su negocio. En otras palabras, ese juego de equilibrio de la oferta y la demanda es el mecanismo que regula los precios.

6. Los precios sugeridos están permitidos en el marco de las relaciones verticales⁴²⁶ – pues si esto ocurre en relaciones horizontales⁴²⁷ estaríamos frente a un posible acuerdo anticompetitivo- y ello no implica que dicho precio deba ser acatado por los distribuidores, pues como su nombre bien lo indica, se trata de una sugerencia y no de una imposición, pues de ser una imposición u obligación o de existir medios para presionar a los distribuidores y/o comercializadores sí podría ser considerado como un comportamiento ilegal a la luz de las normas sobre libre competencia.

7. Esta permisividad de los precios sugeridos es fundamentada en que, en las relaciones verticales, los precios recomendados o sugerencias no le impiden a los distribuidores y/o comercializadores destinatarios, ni les restringen o eliminan su posibilidad de imponer otro precio, por lo que estos siguen utilizando esta variable para competir en el mercado con los demás agentes participantes del mismo.

8. En este sentido, en el caso de relaciones verticales, “[f]ijar esos márgenes mínimos de utilidad es precisamente una forma de incentivar a los distribuidores para que compitan por esos conceptos. Así, el distribuidor podrá elegir entre apropiarse del margen de utilidad que le da el precio fijado por su proveedor, o invertir parte de ese margen en brindar servicios a los consumidores y usuarios.”⁴²⁸ Sin embargo, cuando la situación se presenta en las relaciones horizontales, la “sugerencia de precios” puede convertirse en prácticas concertadas que por su existencia, causen perjuicio a los consumidores porque sus opciones en el mercado se le reducen, lo que suele conducirlos a pagar precios más altos.

⁴²⁶ Las relaciones verticales son las derivadas de acuerdos o recomendaciones entre dos empresas o personas que actúan en diferentes niveles de la cadena,

⁴²⁷ Las relaciones horizontales son las derivadas de acuerdos celebrados entre agentes competidores que producen o comercializan productos similares o sustitutos.

⁴²⁸ Falla Jara, Alejandro y Bullard, Alfredo, “Prohibido prohibir!: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el derecho de la competencia”, *Revista THEMIS*, Vol. 45: 215-227, 2002, p. 217.

9. Es por ello, que las restricciones a la competencia introducidas en los acuerdos horizontales están sujetas a la llamada regla *per se* porque la sola existencia de dicha conducta produce un efecto anticompetitivo.

10. Asimismo, las restricciones verticales pueden generar un impacto negativo para la competencia cuando, entre otras cosas, reducen la competencia intra-marca (es decir, dentro de una misma marca) y de ello se deriva una reducción del nivel general de competencia en el mercado. En síntesis, a mayor competencia inter-marca, menor será el riesgo de que las restricciones verticales ocasionen efectos anticompetitivos, por el contrario, a menor competencia inter-marca, mayor será el riesgo de que las restricciones verticales ocasionen un impacto negativo en la competencia.

11. En sentido contrario, los precios sugeridos serán ilegales si se convierten de forma directa o indirecta de obligatorio cumplimiento, como sucedería en caso donde se acuerden mecanismos de control o monitoreo. Cualquier beneficio, promoción o incentivos deben implementarse en función de la realidad de cada empresa y sus ventajas competitivas y las políticas financieras ya que, de actuar de forma distinta, podrían ser considerados medios para presionar a los distribuidores y/o comercializadores. Ante este escenario, estaríamos, como ya dijimos, ante comportamiento ilegal a la luz de las normas sobre libre competencia.

12. De igual forma, aun si se considera que los acuerdos verticales se encuentran comprendidos dentro de lo establecido en el artículo 5 de la Ley núm. 42-8, solo podrán ser evaluados bajo la regla "*per se*" y, por tanto, son *per se* ilegales, aquellos acuerdos que se refieran exactamente a los supuestos contenidos en la citada disposición legal. Fuera de tales supuestos, como regla general, puede entenderse que las restricciones verticales deberán ser evaluados por la regla de la razón, sujeto a que se produzca una afectación (real o potencial) a la competencia en el mercado.

13. Como hemos visto, los precios sugeridos en la República Dominicana están permitidos en el marco de las relaciones verticales, pues si esto ocurre en relaciones horizontales estaríamos frente a un posible acuerdo anticompetitivo. Consecuencia de lo anterior, el hecho de que exista una recomendación sobre el precio por parte del proveedor no implica que el distribuidor deba acatarlo, pues es solo una sugerencia y no una imposición.

14. No cabe duda que es un reto para Pro-Competencia, como autoridad de competencia en la República Dominicana generar consciencia en los agentes económicos, incluyendo en ocasiones al propio Estado, que la iniciativa privada y la libertad de negociación no puede entenderse como una autorización o permiso infranqueable de la fijación de precios y que el mercado, así como el bienestar del consumidor, deben ser protegidos ante estas acciones.

15. Al finalizar estas líneas no puedo evitar pensar en estos casi cinco años de mandato como Presidenta de este Consejo Directivo y los retos enfrentados para la plena entrada

en vigencia de esta ley 42-08. Agradezco con una sonrisa de satisfacción el recorrido transitado, y siento enorme esperanza por el futuro de Pro-Competencia. Guardo particular gratitud hacia los miembros del Consejo que me recibieron en septiembre del 2016, así como a mis actuales compañeros del Consejo Directivo por su apoyo, críticas, observaciones y confianza. Con ellos dejo para las futuras autoridades de esta institución el andamiaje normativo complementario para la implementación de nuestra ley, los manuales y procesos internos para la mejor gobernanza de esta agencia, la infraestructura que permite laborar en condiciones dignas, la plataforma tecnológica que apoya el trabajo del principal recurso con que contamos que es el personal de Pro-Competencia, y los primeros precedentes en materia de abuso de posición dominante (Resolución 018-18) y prácticas concertadas (Resolución 010-2020). Ha sido un gran honor liderar este equipo, y servir a mi país.

Yolanda Martínez Z.
Presidenta del Consejo Directivo

**B) VOTO RAZONADO POR EL MIEMBRO DEL CONSEJO DIRECTIVO
VÍCTOR EDDY MATEO VÁSQUEZ**

En el ejercicio de mis prerrogativas como miembro del Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, mi voto es a favor, en su totalidad, en el presente caso. Por ello, he de razonarlo, pues un tema tan trascendental como este no puede pasar desapercibido para quien suscribe, por lo que me permito señalar algunas consideraciones:

1. El presente proceso inició a partir de una investigación de oficio por parte de la Dirección Ejecutiva mediante resolución núm. DE-003-2018, de fecha 9 de febrero de 2018, la cual “ordena el inicio del 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 número 42-08, en el mercado de medicamentos en la República Dominicana”, a los fines de comprobar la existencia de posibles prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos tipificados en el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 que pudiesen estar afectando el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca *Glaxosmithkline* a nivel nacional, tal como se hace constar en este mismo documento.

2. Esto indica que fue un caso madurado, no llevado a la carrera. Se hizo respetando cada etapa, tomando en consideración las peticiones e incidentes como de manera natural se escenifican en todo proceso legal, actuando con respeto y garantizando el debido proceso contenido en el artículo 69 de nuestra Carta Magna.

3. Lo anterior se puede constatar, en lo prudente que se ha sido en el marco del caso, pues como bien indica esta resolución en sus primeros párrafos, “el procedimiento administrativo sancionador establecido en la Ley 42-08 y en la Ley 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo, está compuesto de varias fases, siendo cada una fundamentales para que el órgano decisor se edifique, valore y pondere en su justa medida los argumentos y los elementos probatorios que son planteados por el órgano de instrucción y por los agentes económicos presuntamente responsables.”

4. PARADA VASQUEZ, considera el procedimiento administrativo sancionador, como “aquella actividad administrativa con eficacia externa, que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público.” Soy testigo de que en todo momento PRO-COMPETENCIA se ha mostrado consecuente y diligente para que en todos los procesos, sin excepción alguna y, sobre todo este, sea respetado el principio de legalidad, el debido proceso y todas las garantías a favor de las personas interesadas en el caso de marras.

5. Como ya es sabido por la comunidad jurídica y la sociedad dominicana, a partir del año 2008 existe una norma que fue anhelada por un grupo de conocedores del tema, quienes lucharon arduamente para que exista una ley como la 42-08. Pese a ello, es a partir de

2017 que la misma entra en vigencia plena, pues, es cuando la parte fundamental de la misma empieza a operar, ya que la facultad de investigar queda habilitada a través de la Dirección Ejecutiva. Esto constituyó, sin lugar a dudas, un antes y un después en el ámbito de la Competencia a nivel local. En tal sentido, muy bien se sabe que las prácticas concertadas están tipificadas en la ley 42-08, por lo que no se puede obviar sus efectos, ni alegar ignorancia, mucho menos pretender evadir lo que resulta evidente.

6. Como ya es sabido, la industria farmacéutica es una de las más importantes y lucrativas a nivel mundial. Sus inversiones en investigaciones son cuantiosas, así como sus ganancias mucho más. Es por ello, que los Estados y organismos internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), han procurado la protección de sus creaciones y productos, pues con toda confianza, los consumidores los adquieren, ya que entienden que se trata de productos de empresas legalmente establecidas y con cierta reputación en los mercados.

7. Por lo tanto, resulta reprochable que se concerten prácticas que lastimen la lealtad que ha de tenerse con el ciudadano consumidor. Este Consejo no puede ser ajeno a un tema tan delicado como el de la especie, tampoco está llamado a comportarse de forma dudosa ante la confianza depositada por quienes fuimos seleccionados.

8. Al contrario, de lo que se trata es de actuar de forma consecuente con el país y su realidad socioeconómica, tomando en consideración buenas prácticas, aquellas que busquen hacer más justo el acceso de todo ciudadano dominicano a medicamentos como analgésicos y antigripales, y todos los demás de otras categorías, sobre todo para aquel que no cuenta con ingresos suficientes.

9. Es de conocimiento que, la conducta imputada es la contenida en el artículo 5, literal "a" de la Ley núm. 42-08, en la modalidad de un acuerdo de fijación indirecta y directa de precios, como queda evidenciado por las pruebas recabadas, las cuales demuestran claramente que hubo en todo momento contubernio para ejecutar tales prácticas. Más allá de las razones que pretendieron exponer los representantes, en todo ser humano reside la conciencia y muy bien se sabe que esta autoridad de competencia ha asumido de manera valiente atacar inconductas como las antes señaladas, siempre actuando de manera apegada a lo que indica la ley.

10. En un documento provisto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España, entidad homóloga a PRO-COMPETENCIA, titulado "Los beneficios de la competencia para los consumidores: preguntas y respuestas", se sostiene que la competencia es positiva para todos los consumidores, pero tiene efectos que son especialmente importantes para los consumidores más vulnerables:

- **Acceso a más productos:** cuando, gracias a la competencia, se abaratan los precios, los consumidores vulnerables pueden acceder a una cartera de productos más amplia.

- **Mayor inclusión económica:** cuando los productos se hacen más asequibles, más personas pueden acceder a ellos. Así, individuos cuya renta no les permitía acceder a ellos pueden hacerlo cuando su precio baja.
- **Mayor productividad y mejor funcionamiento de la economía:** la competencia estimula la productividad y la innovación, lo cual genera también mayores oportunidades de empleo y de emprendimiento.

11. Las malas prácticas empresariales conllevan grandes sacrificios en contra del consumidor, cuando debe apostarse por lo contrario, puesto que son precisamente los consumidores los principales beneficiarios de una mayor competencia y del buen funcionamiento de los mercados, porque como sostiene la CNMC, se benefician tanto directa como indirectamente. Y es que se ha ido entendiendo, que la competencia hace que las empresas procuren mejorar continuamente. Es por ello que existen empresas que al no ser lo suficientemente eficientes, o que adoptan malas decisiones, pueden tener que salir de los mercados. Cuestión esta que no debe suceder, para bien de la economía y para beneficio del país.

12. La naturaleza de una institución como PRO-COMPETENCIA que conlleva cambios de sus directivos cada cierto tiempo, según indica su misma ley, no ha sido óbice para continuar con el objeto plasmado en la Ley 42-08, el cual indica que con carácter de orden público, se procura promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional.

13. Es un criterio de nuestra institución, que la competencia es el escenario en donde las personas tienen libertad para escoger cómo vender y cómo comprar. En tal sentido, fijar precios en el mercado, licitar de manera colusoria, repartir segmentos de mercado, limitar la producción, distribución y comercialización, así como limitar el acceso al mercado de competidores, serán siempre conductas perseguidas por PRO-COMPETENCIA.

14. En fin, me siento conforme con la dictada resolución, pues la institucionalidad ha primado. A lo que debemos apostar como sociedad es a tener consumidores razonables, es decir, un consumidor informado, conocedor de sus derechos, que espera recibir a cambio de lo que paga por un bien o servicio con determinadas características, de acuerdo a la información o publicidad que recibe o de conformidad con lo establecido en los contratos que suscribe, tal como lo define la misma 42-08.

Víctor Eddy Mateo Vásquez
Miembro del Consejo Directivo