

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

RESOLUCIÓN NÚM. 017-2021

QUE DECIDE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN INTERPUESTOS POR MERCANTIL FARMACÉUTICA, S. A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN NÚM. 010-2021, QUE DECIDE SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚM. 003-2019, CON MOTIVO DE LA OBSERVACIÓN DE INDICIOS RAZONABLES DE PRÁCTICAS 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 la 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 |
|------------------------|

| | | |
|-----|---|----|
| I. | Antecedentes de hecho | 2 |
| | A. Fase de inicio del procedimiento de investigación | 2 |
| | B. Fase de instrucción | 3 |
| | C. Procedimiento ante este Consejo Directivo | 3 |
| II. | Consideraciones de Derecho | 7 |
| | A. Objeto del recurso de reconsideración y de la solicitud de suspensión | 7 |
| | B. Evaluación de la competencia del Consejo Directivo para conocer y decidir las acciones presentadas | 8 |
| | C. Evaluación de la admisibilidad de las acciones presentadas | 10 |
| | D. Aspectos de fondo del recurso | 11 |
| | i) Sobre el recurso de reconsideración | 11 |

| | |
|---|----|
| a. Sobre el alegato de que las comunicaciones utilizadas como pruebas no constituían un acuerdo anticompetitivo en los términos de la Ley núm. 42-08, ya que las mismas se emitieron en una fecha anterior a la entrada en vigor de la citada ley | 12 |
| b. Sobre el alegato de que MEFASA se apartó de las conductas anticompetitivas antes del año 2017 alegadas en su recurso | 19 |
| c. Sobre las alegadas violaciones a principios fundamentales del proceso administrativo establecidos tanto en la Constitución Dominicana como en la Ley núm. 107-13 alegadas en su recurso | 24 |
| d. Sobre el alegado análisis incorrecto al momento de imponer la sanción contra MEFASA, toda vez que la multa incluyó un análisis de supuestos daños ocasionados en los años 2015 y 2016 alegadas en su recurso | 28 |
| ii) Sobre la solicitud de suspensión | 38 |
| III. Parte dispositiva | 39 |

I. Antecedentes de hecho

SUMARIO:

A continuación se presentan los antecedentes fácticos a través de los cuales haremos una breve descripción de las diferentes actuaciones relevantes de cara al presente recurso de reconsideración.

1. El procedimiento administrativo sancionador establecido en la Ley General de Defensa de la Competencia 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, procederemos a continuación a enunciar las cuestiones de hecho atinentes al recurso de reconsideración que nos ocupa.

A. Fase de inicio del procedimiento de investigación

2. En fecha 9 de febrero de 2018, mediante resolución núm. DE- 003-2018, la Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA (en lo adelante “Dirección Ejecutiva”), ordenó 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 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.



B. Fase de instrucción

3. A partir de este dictamen, inició la etapa de instrucción del proceso, en la cual 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.

4. 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 Competencia, núm. 42-08, como prácticas restrictivas de la competencia”*.

C. Procedimiento ante este Consejo Directivo

5. Con ocasión al informe de instrucción remitido por la Dirección Ejecutiva en fecha 15 de enero de 2019, una vez ponderados los planteamientos y elementos probatorios presentados por dicho órgano instructor en el referido documento y por considerarlos suficientes y procedentes, este Consejo Directivo emitió en fecha 22 de febrero de 2019, 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”*.

6. 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 y a la fase decisoria, teniendo como resultado el dictamen de la Resolución núm. 010-2021 de fecha 14 de junio de 2021¹, cuyo dispositivo se transcribe a continuación:

RESUELVE:

(...)

En cuanto a los incidentes planteados por MERCANTIL FARMACÉUTICA:

¹ Resolución núm. 010-2021 de fecha 14 de junio de 2021, p. 159-161.



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 sancionador y de la irretroactividad en la aplicación de la ley 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:

(...)

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;

(...)

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;

SEXO: 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, transgrede 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.

7. En tal sentido, el Consejo Directivo procedió a notificar el referido acto administrativo a todas las partes involucradas en el proceso, comunicándole de forma particular a MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., (en lo adelante “MERCANTIL FARMACÉUTICA”, “MEFASA” o por su nombre completo) en fecha 21 de junio de 2021.²

²Vid. Comunicación identificada con el código CD-IN-2021-0422 de fecha 21 de junio de 2021. Posterior a esto, MERCANTIL FARMACEÚTICA presentó una solicitud de aclaración del plazo para la interposición de un recurso de reconsideración, mediante ccomunicación identificada con el código de recepción C-0428-2021 de fecha 24 de junio de 2021. Esto fue respondido por el Consejo Directivo, mediante comunicación identificada con el código CD-IN-2021-0447 de fecha 29 de junio de 2021.



8. No conforme con dicha decisión, en fecha 30 de julio de 2021, dicho agente económico interpuso el recurso de reconsideración que nos ocupa y concluye solicitando lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR bueno y válido en cuanto a la forma el presente Recurso de Reconsideración por haber sido incoado de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley No. 42-08 de Defensa de la Competencia y el artículo 53 de la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

En cuanto al fondo de manera principal,

SEGUNDO: ACOGER en cuanto al fondo, por los motivos expuestos, el presente Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución No. 010-2021 y, en consecuencia, REVOCAR en todas sus partes, en cuanto a MERCANTIL FARMACEÚTICA, S.A., la Resolución No. 010-2021, emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en fecha 14 de junio de 2021.

En cuanto al fondo de manera subsidiaria, y solo para el caso de que la conclusión principal anterior no fuese acogida por este Distinguido Consejo Directivo,

TERCERO: ACOGER en cuanto al fondo, por los motivos expuestos, el presente Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución No. 010-2021 y, en consecuencia, REVISAR y AJUSTAR la Resolución No. 010-2021 emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en atención al pedimento de la Dirección Ejecutiva en su Informe de Instrucción, especialmente en lo que respecta a la multa impuesta a MERCANTIL FARMACEÚTICA, S.A., en tanto que en los años 2015 y 2016 la Ley 42-08 no se encontraba vigor, además de que fue comprobado el distanciamiento de la Recurrente de las prácticas bajo escrutinio”.³

9. Por otro lado, y en esa misma fecha, la recurrente depositó una solicitud de suspensión de la Resolución núm. 010-2021, en el cual concluye solicitando lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR buena y válida en cuanto a la forma la presente Solicitud de Suspensión por haber sido incoada de conformidad con lo establecido en el artículo 49, párrafo II, de la Ley No. 42-08 de Defensa de la Competencia y el artículo 50 de la Ley No. 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo.

SEGUNDO: ACOGER en cuanto al fondo, por los motivos expuestos, la presente Solicitud de Suspensión, y en consecuencia, SUSPENDER los efectos de la Resolución No. 010-2021 emitida por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en fecha 14 de junio de 2021.”⁴

³Comunicación identificada con el número de recepción C-0534-2021 de fecha 30 de julio de 2021, contentiva de Recurso de Reconsideración, pp. 41 y 42. (en lo adelante, “Recurso de reconsideración”)

⁴Comunicación identificada con el número de recepción C-0535-2021 de fecha 30 de julio de 2021, contentiva de la solicitud de suspensión de la Resolución núm. 010-2021 (en lo adelante “Solicitud de



10. En tal virtud, este Consejo Directivo procedió a notificar el referido recurso a la Dirección Ejecutiva⁵, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para la producción de escrito de contestación, en respeto de las garantías del debido proceso y tutela administrativa efectiva.

11. Atendiendo a la comunicación antes citada, la Dirección Ejecutiva⁶ remitió sus consideraciones respecto al Recurso de Reconsideración.

12. Como es de notar, este Consejo Directivo se encuentra entonces apoderado de un Recurso de Reconsideración y una Solicitud de Suspensión, interpuestos por MEFASA, con ocasión a la Resolución núm. 010-2021. En virtud de esto, se enfatiza que, en cumplimiento al principio de separación de funciones, el miembro de este Consejo Directivo, Iván Ernesto Gatón, funge como secretario *ad hoc* del presente proceso; y que en consecuencia la Directora Ejecutiva, Jhorlenny Rodríguez Rosario no participó en la deliberación de la presente decisión ni en su redacción, por considerarse parte interesada en este proceso.

13. En tal sentido, verificados los hechos que anteceden la presente resolución y siendo ponderados los argumentos presentados por la parte recurrente, 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 ejercicio de las atribuciones conferidas en el párrafo I del artículo 49 de la Ley núm. 42-08, le corresponde al Consejo Directivo conocer el presente recurso de reconsideración y la solicitud de suspensión, para decidir si acoge o no los mismos.

14. La Constitución dominicana establece en su artículo 69, la tutela judicial efectiva y el debido proceso como derechos fundamentales, aplicables en todo procedimiento, sea en sede administrativa o judicial.

15. En ese orden de ideas, en aras de preservar los derechos y garantías del agente económico recurrente, procederá a analizar y ponderar los argumentos presentados para fundamentar su Recurso de Reconsideración y su Solicitud de Suspensión.

A. Objeto del recurso de reconsideración y de la solicitud de suspensión

suspensión”).

⁵Comunicación dirigida a la Dirección Ejecutiva, identificada con el número de oficio CD-IN-2021-1332, de fecha 31 de agosto de 2021.

⁶Vid. Memorándum interno identificado con el número DE-IN-2021-1340, recibido en fecha 7 de septiembre de 2021.



16. MERCANTIL FARMACEÚTICA interpuso su recurso de reconsideración con el fin de que sea revocada en todas sus partes la Resolución núm. 010-2021, o en su defecto, se ajuste dicho acto en lo que respecta a la multa.

17. Así las cosas, la hoy recurrente expone que “(...) el Recurso de Reconsideración tiene por objeto principal que el Consejo Directivo revise la Resolución No. 010-2021 y, en consecuencia, proceda a revocar la misma en todas sus partes exclusivamente en los aspectos relacionados con MEFASA.”⁷

18. Por otro lado, solicita la suspensión de la Resolución núm. 010-2021 hasta tanto sea decidido el recurso de reconsideración, lo cual por economía procesal este Consejo Directivo ha estimado pertinente decidir por medio del presente acto.

19. De esta forma, ante el depósito de un recurso de reconsideración y una solicitud de suspensión, este Consejo Directivo ha entendido adecuado y procesalmente más eficiente, conocer ambas acciones y decidir en una misma resolución. En este sentido, en lo adelante abordamos lo atinente al recurso y la solicitud de suspensión de manera conjunta en los aspectos preliminares, mientras que, en cuanto al fondo se conocerán mediante apartados distintos.

B. Evaluación de la competencia del Consejo Directivo para conocer y decidir las acciones presentadas

20. 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, y, dentro de ellos, sobre los recursos que se presenten en sede administrativa.

21. En esa tesitura, fue dispuesto en la Ley núm. 42-08 que el Consejo Directivo conociera los recursos de reconsideración interpuestos en contra de las decisiones en materia de pruebas⁸ y las resoluciones en general⁹, siendo esta última la naturaleza del acto administrativo atacado en la especie, ya que se está recurriendo un acto administrativo que decide sobre un procedimiento administrativo sancionador. Por supuesto, también tiene competencia para conocer de las solicitudes de suspensión de la ejecución de sus decisiones, en virtud de lo dispuesto en el párrafo II del artículo 49¹⁰.

⁷Vid. Recurso de reconsideración, p. 4.

⁸Vid. Ley núm. 42-08, art. 47.3. 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.

⁹Ibid, art. 49 párrafos I.- Las resoluciones del Consejo Directivo tienen carácter ejecutorio, no obstante cualquier recurso y son susceptibles del recurso de reconsideración, a opción de la parte interesada, en los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución. Dicho recurso de reconsideración deberá ser decidido por el Consejo Directivo en los treinta (30) días hábiles siguientes de haberlo recibido. El vencimiento del plazo para recurrir en reconsideración o el conocimiento o decisión del recurso, pone fin a la vía administrativa.

¹⁰Artículo 49 párrafo II.- El Consejo Directivo podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido, en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado,



22. En este sentido, el recurso de reconsideración ha sido concebido como aquel "(...) que se presenta ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio."¹¹

23. Asimismo, de lo consagrado en los artículos 52¹² y 53¹³ de la Ley núm. 107-13, se colige la atribución que le es conferida a este órgano para conocer sobre los recursos de reconsideración.

24. De igual forma, de la lectura de los artículos 25¹⁴, 44¹⁵ y 50¹⁶ de la referida Ley núm. 107-13, se extrae la facultad investida a este órgano para adoptar y decidir sobre las medidas provisionales, como lo es la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido.

25. Una solicitud que tenga como objeto suspender la ejecución del acto administrativo, "(...) es una medida excepcional, temporal y de naturaleza cautelar que permite, en determinados casos y cuando concurren determinadas circunstancias, dejar sin efecto la ejecutividad del acto administrativo."¹⁷ Por lo tanto, este Consejo Directivo tiene la posibilidad de suspender la ejecución de un acto cuando se conjugan los requisitos para ello.

o si la impugnación se fundamenta en la nulidad absoluta del acto.

¹¹GORDILLO, Agustín 1ª ed. Del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2016. Pág. IX-2. Versión PDF: http://gordillo.com/pdf_tomo4/tomo4.pdf

¹²Artículo 52. Poderes del órgano revisor. El órgano competente para decidir un recurso administrativo podrá confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios de procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la Administración para convalidar los actos anulables. En ningún caso la Administración podrá, al resolver el recurso administrativo, agravar la condición jurídica del interesado que interpuso el recurso.

¹³Artículo 53. Recurso de reconsideración. Plazo para su interposición. Los actos administrativos podrán ser recurridos ante los órganos que los dictaron en el mismo plazo de que disponen las personas para recurrirlos a la vía contencioso-administrativa. Párrafo. El órgano competente para resolver el recurso administrativo dispondrá de un plazo de treinta (30) días para dictar su decisión. Si el recurso de reconsideración no fuera resuelto dentro del plazo fijado, el interesado podrá reputarlo denegando tácitamente, pudiendo interponer a su opción el recurso jerárquico, si procede, o el contencioso administrativo, sin plazo preclusivo.

¹⁴Artículo 25. Tramitación y medidas provisionales. La iniciación del procedimiento, sea de oficio o a instancia de parte, obliga a la Administración a tramitar por su orden temporal el procedimiento y resolverlo en el plazo establecido y la facultad, en los casos establecidos por las leyes a adoptar, razonada y motivadamente, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime pertinentes para asegurar la eficacia de la resolución que, en el caso, ponga fin al procedimiento.

Párrafo I. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo pueden acordarse de forma simultánea o inmediatamente posterior al inicio del procedimiento. Podrán motivadamente adoptarse con anterioridad al inicio del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, cuando medie una situación de urgencia y sea necesaria la protección provisional de los intereses implicados. (...)

¹⁵Artículo 44. (...) Párrafo. La resolución de estos procedimientos sólo será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa, si bien en los casos de solicitud de medidas cautelares, dada la especial naturaleza de estos supuestos, la autoridad administrativa competente para su resolución habrá de valorar circunstanciadamente los intereses en conflicto y las posibilidades reales de que un ulterior recurso judicial pierda completamente su sentido por inútil. (Subrayado nuestro)

¹⁶Artículo 50. Posibilidad de suspensión administrativa de los efectos. El órgano administrativo ante el cual se recurra un acto administrativo podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad de pleno derecho del acto, pudiendo exigir la constitución previa de una garantía.

¹⁷Práctico Contencioso-Administrativo. Cuestiones generales de la suspensión de actos administrativos. Alberto Palomar y Francisco Javier Fuentes. (<https://app.vlex.com/#vid/427637918>)



26. Así las cosas, este órgano se encuentra apoderado de un recurso de reconsideración en contra de la Resolución núm. 010-2021 y una solicitud de suspensión del citado acto administrativo, por lo que, conforme con las disposiciones señaladas, es este Consejo Directivo el competente para conocer y decidir sobre tales acciones.

C. Evaluación de la admisibilidad de las acciones presentadas

27. Se recuerda que, el párrafo I del artículo 49 de la Ley núm. 42-08 establece que el plazo para la interposición del recurso de reconsideración contra las resoluciones del Consejo Directivo, es de diez (10) días hábiles posterior a la notificación. Con posterioridad a este texto legal, fue promulgada la Ley núm. 107-13, la cual dispone en el artículo 53 que “[...]os actos administrativos podrán ser recurridos ante los órganos que los dictaron en el mismo plazo de que disponen las personas para recurrirlos a la vía contencioso-administrativa”, el cual, conforme con el artículo 5 de la Ley núm. 13-07 sobre el Tribunal Superior Administrativo (en lo adelante, Ley núm. 13-07), es de “treinta (30) días a contar del día en que el recurrente reciba la notificación del acto recurrido”.

28. Sobre ello, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado *“que el art. 20, párrafo I de la Ley n°107-13, dispone que en los casos en que la ley especial no disponga otra cosa, se considerará que los plazos en el procedimiento administrativo serán hábiles, excluyéndose del cómputo, los sábados, domingos y feriados. En tal virtud, y como en la Ley 13-07 no dispone la naturaleza del plazo del recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Constitucional interpretará que dicho plazo es de naturaleza hábil.”*¹⁸

29. Consecuencia de lo anterior, este Consejo Directivo es de criterio que el plazo para la interposición del recurso de reconsideración sobre los actos administrativos dictados, es de treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación del acto atacado. En consonancia con ello, en la comunicación CD-IN-2021-0447 de fecha 29 de junio de 2021, se indicó “(...) que el plazo para ejercer el derecho al recurso es de 30 días hábiles contados a partir de la notificación del citado acto administrativo, (...)”¹⁹.

30. En tal sentido, al constatarse que la Resolución núm. 010-2021 fue notificada el 21 de junio de 2021 y que el recurso fue recibido ante este Consejo Directivo el 30 de julio de 2021, podemos concluir que el mismo fue interpuesto en el día veintinueve (29) del plazo conferido por la ley y, por tanto, dentro de los treinta (30) días hábiles a partir de su notificación.

31. Asimismo, hemos podido comprobar que el recurso cumple con las formalidades de presentación consagradas en el artículo 48 de la Ley núm. 107-13, ya que fue presentado *por escrito* y de él se puede *“deducir la actuación administrativa recurrida, la voluntad de impugnación y los motivos concretos de inconformidad.”*

32. Por otro lado, la solicitud de suspensión satisface los requisitos de presentación requeridos

¹⁸Sentencia TC/0344/18 de fecha 4 de septiembre de 2018, Tribunal Constitucional.

¹⁹Vid. Comunicación identificada con el código CD-IN-2021-0447 de fecha 29 de junio de 2021.



por el artículo 23²⁰ de la Ley núm. 107-13 los cuales, si bien es cierto no son formalidades expresamente establecidas para las medidas provisionales o cautelares, pueden ser aplicadas para el caso de la especie por ser requisitos mínimos comunes para la interposición de solicitudes ante la Administración pública.

33. En virtud de todo lo anterior, procede declarar regular y válido en cuanto a la forma el presente recurso de reconsideración, así como, la solicitud de suspensión de la Resolución núm. 010-2021, tal como figurará en el dispositivo de esta resolución.

D. Aspectos de fondo del recurso

SUMARIO:

Este Consejo Directivo evaluará los argumentos que sustentan el presente recurso de reconsideración y, en caso de existir los motivos necesarios, se procedería a revocar o modificar la decisión; por el contrario, de no retenerse elementos para acoger el citado recurso, este órgano procedería a confirmar su decisión.

34. Para el caso de marras, y en el ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 49 párrafo I de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo conoce y decide los recursos que son interpuestos en sede administrativa. En este sentido, procede que se ponderen las pretensiones de la parte recurrente, para pronunciarse sobre las mismas y determinar si procede o no admitir el recurso.

i) Sobre el recurso de reconsideración

35. Los argumentos en los que MERCANTIL FARMACEÚTICA fundamenta su recurso de reconsideración son los siguientes:

“a. no se analizó en su justa medida el hecho de que las comunicaciones entre MEFASA y los demás distribuidores de GSK que fueron utilizadas por la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo como punta de lanza se produjeron en una fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley No. 42-08 de Defensa de la Competencia (la “Ley 42-08”), por lo que, en ese momento estas comunicaciones no constituían un acuerdo anticompetitivo en los

²⁰Artículo 23 de la ley núm. 107-13. Contenido de solicitud de inicio de procedimiento. Las solicitudes que den origen al procedimiento administrativo deberán contener:

1. Nombre y apellidos del solicitante y, en su caso, la persona que lo represente, así como sus generales de ley.
2. El domicilio físico o informático a efecto de las notificaciones.
3. Los hechos, razones y petición en que se concrete la solicitud, así como los documentos que se juzguen convenientes para precisar o completar dicha petición.
4. Lugar y fecha.
5. Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio admitido por el Derecho.
6. Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. (...)



términos de la Ley 42-08, por no existir una norma en pleno vigor que así lo prohibiera;

b. no se analizó en su justa medida el hecho de que MEFASA se apartó de estas conductas con los demás distribuidores incluso antes del año 2017 (año de entrada en vigencia de la Ley 42-08), lo que indica y demuestra la actitud de MEFASA en cuanto al cumplimiento de la ley;

c. se presentaron violaciones a principios fundamentales del proceso administrativo establecidos tanto en la Constitución Dominicana como en la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (la “Ley 107-13”);

d. se realizó un análisis incorrecto al momento de imponer la sanción contra MEFASA, toda vez que la multa incluyó un análisis de supuestos daños ocasionados en los años 2015 y 2016, período en el cual no se encontraba vigente la Ley 42-08, además de que no se tomó en consideración el hecho incontrovertido de que MEFASA se apartó de las actividades con los demás distribuidores incluso antes del año 2017, (...)”²¹

36. Como hemos indicado previamente el recurrente plantea cuatro (4) motivos en su recurso de reconsideración por los cuales considera que la Resolución núm. 010-2021 debe ser revocada, sobre los cuales este órgano decisor se referirá a continuación:

a. Sobre el alegato de que las comunicaciones utilizadas como pruebas no constituían un acuerdo anticompetitivo en los términos de la Ley núm. 42-08, ya que las mismas se emitieron en una fecha anterior a la entrada en vigor de la citada ley

37. Sobre el particular, MEFASA establece en su recurso lo siguiente:²²

36. Resulta un error interpretar que por tratarse de una supuesta “conducta continuada” el Consejo Directivo puede retrotraer los efectos de la Ley 42-08 previo a su entrada en vigor. De hecho el mismo Consejo reconoce de manera expresa que la ley ni había entrado en vigor. Lo único que puede hacer el Consejo Directivo al analizar una “conducta continuada” es rechazar cualquier pedimento relativo a la prescripción de dicha acción bajo la Ley 42-08, en el caso de que dicha conducta se extienda en el tiempo luego de la entrada en vigor de la norma. Sin embargo, cabe precisar que MEFASA no está solicitando que se declare la prescripción de la acción iniciada por Pro-Competencia, sino que se revoque la Resolución debido a que se ha violentado el principio de irretroactividad al investigar y sancionar conductas que no eran prohibidas previo a la entrada en vigor de la Ley 42-08.

37. En tal sentido, el concepto de “conducta continuada” le puede servir al Consejo Directivo única y exclusivamente para tener una referencia de que una acción se ha extendido en el tiempo y que es posible que haya “iniciado” previo a la entrada en vigor de la Ley 42-08. Sin embargo, todo aquello acontecido previo a la entrada en vigor de la norma solo puede servir como mera referencia para establecer la no prescripción de

²¹Vid. Recurso de reconsideración, pp. 4 y 5.

²²Ibíd. p.12.



la investigación iniciada por la Dirección Ejecutiva, pero no podría servir de base para proceder a investigar y sancionar conductas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 42-08, pues se vulneraría el principio de irretroactividad de la ley y otros principios fundamentales del procedimiento administrativo. En otras palabras, no obstante estemos en presencia de una “conducta continuada”, que entendemos no es el caso en lo que respecta a MEFASA, de todas formas los hechos objeto de investigación y sanción solo podrán ser aquellos posteriores al 6 de enero de 2017; período de entrada en vigencia de la ley 42-08.

38. En respuesta a ello, la Dirección Ejecutiva indicó que “[c]on relación a la supuesta aplicación retroactiva de la Ley núm. 42-08, conviene reiterar que se trata de una conducta continuada en el tiempo, cuyo carácter se deriva de un comportamiento desplegado en el tiempo con una unidad de propósito, y que según las evidencias recabadas y presentadas por este órgano instructor, inició en el 2015 y se mantuvo por lo menos hasta febrero de 2018, conforme consta en las evidencias que fueron presentadas por esta Dirección Ejecutiva.”²³

39. Además, continúa exponiendo la Dirección Ejecutiva que “(...) de las evidencias que obran en el expediente trasladado a ese Consejo Directivo y conocido por todos los agentes económicos se puede constatar que MEFASA seguía siendo convocada a reuniones incluso después del 2017 y que, de hecho, asistía; con lo cual tenía conocimiento de las condiciones anticompetitivas acordadas en el seno de dicho cartel.”²⁴

40. Sobre esto, se debe recordar que desde la promulgación de Ley núm. 42-08 en fecha 16 de enero de 2008, existen dos fases de aplicación del citado texto: a) **A partir del 25 de enero de 2008 y hasta el 6 de enero de 2017**, fecha de publicación e ingreso formal al ordenamiento jurídico: Donde nacen las obligaciones de los agentes económicos, pero la facultad instructora de los procesos sancionadores no se había habilitado porque se requería de un funcionario específico, en este caso la Dirección Ejecutiva que no había sido nombrada; b) **A partir del 6 de enero de 2017:** Es bien conocido por todos, que la plena vigencia de la Ley núm. 42-08, es a partir del 6 de enero de 2017, momento en el cual se nombra a la primera Directora Ejecutiva de la institución en atención a lo que dispone el artículo 67 de referida normativa. En este sentido, después de ese acontecimiento es que el incumplimiento de la ley podía ser investigado y sometido a procedimiento administrativo sancionador. Esto es un tema esencial comprender, puesto que no se puede confundir el origen y nacimiento de sus obligaciones con el alcance de la investigación.

41. En el caso en la especie, se puede comprobar que la instrucción e investigación fue realizada luego de que entrara en vigencia la Ley núm. 42-08, pero resulta que lo arrojado de la misma fue la comisión de una práctica que venía perfilándose desde el 2015 hasta el 2018. Como todo órgano instructor de un proceso, le corresponde a la Dirección Ejecutiva rastrear el origen de las prácticas que son violatorias a la Ley. Así, es posible determinar en los casos que investigue el tiempo

²³Vid. Memorandum interno identificado con el número DE-IN-2021-1340, recibido en fecha 7 de septiembre de 2021, p. 2.

²⁴Ibíd. p. 5.



envuelto, los participantes en la conducta y, por supuesto, los efectos producidos al momento en que la conducta es sancionada.

42. De tal forma, este Consejo Directivo ya se ha referido antes a prácticas que representan una violación a la Ley núm. 42-08 y que el agente económico se ha mantenido cometiéndola durante cierto tiempo. Nos referimos a la *falta continuada*, una figura que ha sido concebida como: “(...) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.”²⁵

43. Aquí, resaltamos, que esta continuidad versa sobre que la conducta estaba tipificada en la Ley núm. 42-08 desde el 25 de enero de 2008 y, por tanto, el conocimiento de su prohibición no puede ser negado ante la promulgación de una ley.

44. En ese tenor, haciendo referencia a la fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley núm. 42-08, este Consejo Directivo explicó e indicó que:

186. En atención a lo anterior, resaltamos que la Ley núm. 42-08, fue promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 16 del mes de enero de 2008 y publicada en la Gaceta Oficial núm. 10458 del 25 de enero de 2008, siendo esta la fecha en que la norma ingresó formalmente a ordenamiento jurídico, así como las obligaciones que emanan de ella. Por lo tanto, desde el 25 del mes de enero de 2008, una vez la Ley núm. 42-08 fue publicada en la Gaceta Oficial, se reputa conocida para todo el mundo y su cumplimiento es obligatorio.

187. Sin embargo, el agente económico confunde el origen y nacimiento de sus obligaciones con el alcance de la investigación; que, así las cosas, si bien las obligaciones nacieron para los agentes económicos desde el 25 de enero de 2008, no es hasta el 6 de enero de 2017 donde el incumplimiento de estas podía ser investigado (se requería a un funcionario específico, en este caso la Dirección Ejecutiva).

188. En suma, las conductas del [agente económico]] que pudiesen ser consideradas anticompetitivas, lo son desde la promulgación de la Ley núm. 42-08. La investigación de las conductas y la sanción que pudiera imponerse si se retienen los presupuestos necesarios, serán aquellas que se encontraban o encuentran en curso desde el 6 de enero de 2017. Sumado a lo anterior, se hace imprescindible enfatizar que, además de lo anterior, este Consejo Directivo es competente para conocer de conductas anticompetitivas que, aún originándose antes del 6 de enero de 2017, su ejecución se ha mantenido con posterioridad a esa fecha (falta continua o continuada).²⁶

45. En el caso de marras el Consejo Directivo sancionó a la hoy recurrente por determinar que había formado parte de un cartel y que cometió prácticas concertadas en contravención de lo

²⁵ Tribunal Supremo de Madrid, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Res. 2736/2010.

²⁶Resaltado nuestro. Resolución núm. 018-2018 de fecha 4 de diciembre de 2018, p. 56.



dispuesto en el artículo 5 literal “a” de la Ley núm. 42-08 consistentes en i) la fijación indirecta de precios generados por el establecimiento de porcentajes máximos de descuento en la comercialización (verificado mediante acuerdo explícito) y ii) la fijación directa de precios de comercialización por el acatamiento coordinado del precio sugerido por parte del agente productor (materializado por un acuerdo tácito-parallelismo), en el mercado de comercialización, venta y/o distribución de medicamentos de la marca GlaxoSmithKline en la República Dominicana.

46. Esto fue evidenciado por medio de correos electrónicos obtenidos por el órgano instructor en el curso del procedimiento de investigación, a saber:

a) Hechos acontecidos desde el 25 de enero de 2008 hasta el 6 de enero de 2017:

- i) Reunión sostenida en fecha 23 de noviembre de 2015,
- ii) 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 24 de noviembre de 2015.
- iii) Los 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.

b) Hechos acontecidos desde del 6 de enero de 2017:

- iv) Reunión sostenida en fecha 13 de diciembre de 2017.
- v) El correo electrónico con el asunto de “Reunión Línea Glaxo Consumo” de fecha 13 de diciembre de 2017.
- vi) El correo electrónico con el asunto de “Reunión Línea Glaxo Consumo.2018” de fecha 23 de enero de 2018.
- vii) Reunión sostenida en fecha 8 de febrero de 2018.

47. Como consecuencia de ello, el Consejo Directivo constató “(...) 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”²⁷. Siendo así, se calificó estas prácticas como conductas continuadas, pues confirmó que “[e]n 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”²⁸.

48. En esa tesitura, este Consejo Directivo consideró que los correos electrónicos constituyeron una **evidencia directa y dura** de los acuerdos anticompetitivos; asimismo se ha señalado sobre este tema lo siguiente:

²⁷ Vid. Resolución núm. 010-2021, párr. 440.

²⁸ Ibid, párr. 407.



“En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. Las probanzas del primer tipo corresponden a antecedentes materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran de manera prístina que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Es posible que una sola evidencia, si es grave y precisa, pueda ser suficiente para lograr convicción para el establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.”²⁹

49. En ese sentido, en el informe de instrucción y en el curso del procedimiento administrativo sancionador, se evidenció que la hoy recurrente, en el 2017 modificó sus descuentos e incentivos, pero no demostró su salida del cartel sino que, por el contrario, se pudo constatar que en el año 2017 y 2018 participaba todavía en el cartel, a través de actuaciones como la reunión de fecha 13 de diciembre de 2017 y la reunión celebrada en fecha 8 de febrero de 2018.

50. Sumado a esto, la hoy recurrente fue bastante directa y clara al reconocer la conducta en su escrito de defensa al afirmar lo siguiente:

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 [REDACTED] de PROFARMA INTERNACIONAL, propuso que los distribuidores de GSK dejaran de otorgar bonificaciones y de acorar un precio 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 de que finalizara.³⁰

51. Ante estas pruebas claras y voluntaria declaración del recurrente, no parece ser un tema controvertido la participación de MEFASA en las prácticas concertadas que fueron sancionadas.

52. Aunado a lo anterior, la recurrente violentó el artículo 5 de la Ley núm. 42-08 por incurrir en paralelismo por el acatamiento tácito del precio sugerido por el productor, debido a que entre las empresas existían condiciones diferenciadas de rentabilidad y demanda, sin embargo no fueron

²⁹ Derecho de la Libre Competencia, Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 24, Julio 2015, p. 233.

³⁰ Vid. Escrito de contestación núm. C-201-19, pp. 10-13.



presentados elementos que justificaran que entre todos los agentes económicos hoy sancionados, se estableciera el mismo precio de venta para sus clientes.

53. En relación al paralelismo por el acatamiento tácito, en la resolución de marras se estableció lo siguiente:

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.”

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.”

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.³¹

54. En vista de todo esto, lo que quedó demostrado fue que el hoy recurrente formó parte de un cartel de distribuidores, en el cual acordaron topes máximos de descuentos a sus clientes por pronto pago, que oscilaban de un 5% a un 10%, y la prohibición de otorgar bonificaciones u otro tipo de descuentos de carácter financiero.

55. Más importante es que en el curso de este recurso de reconsideración tampoco ha aportado elementos nuevos que contradigan esta postura o permita a este Consejo Directivo reconsiderar los hechos y la decisión dictada.

³¹ Vid. Resolución núm. 010-2021, p. 128.



56. Por el contrario, este Consejo Directivo evidenció que estábamos en presencia de una práctica continuada, que perduró hasta el 2018 inclusive, es decir, por casi dos (2) años a partir de la plena vigencia de las facultades instructoras dadas a la Dirección Ejecutiva en la Ley núm. 42-08.

57. Aclarado este punto, debemos referirnos al alegato relativo al principio de irretroactividad de la ley, íntimamente vinculado a lo arriba expuesto. En este sentido, este principio se refiere "(...) la prohibición de aplicar disposiciones sancionatorias a hechos acaecidos con anterioridad de su entrada en vigor (...)"³². Nos preguntamos, ¿este Consejo Directivo ha aplicado disposiciones sancionatorias de manera retroactiva? ¿Este Consejo Directivo está sancionando hechos ocurridos antes del 6 de enero de 2017? La respuesta a ambas preguntas es NO y a continuación explicamos por qué/

58. Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que:

f. El principio de irretroactividad protege la seguridad jurídica, al impedir que una nueva ley pueda modificar situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su promulgación y amparadas en los principios y lineamientos contenidos en la legislación precedente. Las leyes han de aplicarse en forma inmediata y hacia el futuro, afectando tanto a los hechos acaecidos durante su vigencia como a aquellos que, iniciados bajo el imperio de la ley anterior, se consuman efectivamente con posterioridad a su derogatoria.

g. La entrada en vigencia de una nueva ley tiene una indiscutible relación con el tiempo, que en algunas ocasiones debe ser graduada por el legislador para establecer concretamente a qué se le dará efecto retroactivo y hasta dónde se produce el alcance de dicha retroacción, cuyos efectos y formas de aplicación dan origen a lo que la doctrina ha denominado "conflictos de leyes en el tiempo". El principio de irretroactividad de la ley tiene una función determinante dentro de un sistema jurídico. Por ello está plasmado dentro de las garantías constitucionales que soportan la seguridad jurídica indispensable para la supervivencia de la sociedad.³³

59. En el caso de la especie, el Consejo Directivo conoció sobre conductas que se estaban dando en el mercado desde el 2015, pero que se prolongaron hasta el 2018, por lo que mal podría entenderse que el principio de irretroactividad, el cual tal y como hemos detallado se ciñe para evitar aplicar una ley que no estuviese vigente al momento de una conducta, siempre y cuando no resulte más favorable para el infractor. No se consolida como un eximente para que las faltas continuadas cuyo inicio sea previo al 6 de enero de 2017, pero con pervivencia luego de esta fecha, no sean conocidas por el Consejo Directivo.

60. Ante el Consejo Directivo, se pueden presentar investigaciones que expongan hechos previos al 6 de enero del 2017, siempre y cuando se trate de conductas tipificadas como faltas

³² Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Iñigo, Derecho Administrativo Sancionador, Aranzadi, 4ta Ed., España 2017, p. 182.

³³ Sentencia TC/0609/15 de fecha 18 de diciembre de 2015, dictada por el Tribunal Constitucional dominicano.



continuadas, así como el órgano decisor puede sancionar estas conductas cuando en el expediente administrativo sancionador se presenten elementos probatorios que permitan evidenciar las mismas, tal y como sucedió en el caso de MEFASA.

61. Por ende, la actuación de los órganos durante el curso del procedimiento administrativo sancionador, se ciñeron a lo que expone este principio y el tratamiento dado a los hechos constatados fue de acuerdo a lo que la Ley núm. 42-08 dispone. Consecuencia de lo anterior, este argumento de aplicación retroactiva de la ley, debe ser rechazado y, por tanto, confirmada la resolución dictada en lo que a esto se refiere.

b. Sobre el alegato de que MEFASA se apartó de las conductas anticompetitivas antes del año 2017 alegadas en su recurso

50. La recurrente indica en su recurso de reconsideración que en el expediente existían evidencias de su distanciamiento del cartel, y que, por lo tanto, no podía ser sancionado por una conducta que no se probó que fue cometida por ella después de la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08. Sobre esto, lo primero que hay que puntualizar es que no puede confundirse el origen y nacimiento de sus obligaciones, como agente económico conforme a la Ley núm. 42-08, con el alcance de la investigación. De esta forma y como ya expusimos más arriba, las obligaciones de MEFASA y todos los agentes económicos en el país de respetar el Derecho de la competencia nacieron el 25 de enero de 2008 con la promulgación de la Ley núm. 42-08. Por demás, vale resaltar, estas obligaciones son de orden público.

51. Cuestión distinta es el alcance de la conducta investigada y de la sanción impuesta, puesto que es a partir del 6 de enero de 2017 donde el incumplimiento de las obligaciones ya vigentes desde el 25 de enero de 2008, podía ser investigado puesto que se requería a un funcionario específico, en este caso la Dirección Ejecutiva, que no había sido nombrado hasta ese momento. En este mismo sentido, “[s]umado a lo anterior, se hace imprescindible enfatizar que, además de lo anterior, este Consejo Directivo es competente para conocer de conductas anticompetitivas que, aún originándose antes del 6 de enero de 2017, su ejecución se ha mantenido con posterioridad a esa fecha (falta continua o continuada).”³⁴

52. Aclarado nuevamente lo anterior, retomamos otro de los argumentos expuestos por el agente económico, quien destaca que lo que se evidenció al inicio del cartel fueron las convocatorias a reuniones por medio de correos electrónicos que perduraron hasta el 2018, en los cuales reconoce continuaban copiando a su representante pero que “i) existía una actitud definida por parte de MEFASA de no formar parte de ningún acuerdo en cuanto a fijación directa o indirecta de precios con los demás distribuidores de GSK; ii) existía un acuerdo del que MEFASA no forma parte al momento de la denuncia; y iii) MEFASA se comportaba como un competidor en el mercado, no así como agente económico involucrado en acuerdos anticompetitivos.”³⁵

³⁴Resaltado nuestro. Resolución núm. 018-2018 de fecha 4 de diciembre de 2018, p. 56.

³⁵Recurso de reconsideración, p. 15.



53. De igual forma, expone que “la propia Dirección Ejecutiva reconoció en su informe de instrucción la actitud de MEFASA frente a la práctica investigada. A saber: ‘Asimismo este órgano instructor recomienda al Consejo Directivo que, al momento de imponer la sanción a imponer sin apartarse del rango establecido en el literal “a” del artículo 61 de la Ley núm. 42-08, tome en cuenta los alegatos presentados por los agentes económicos J. GASSÓ GASSÓ, S.A.S., y MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.A., en el sentido de haber experimentado por un lado, un [REDACTED] 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 eximen de responsabilidad, evidencian un cierto distanciamiento a la práctica del cartel en cuestión.’”³⁶

54. En respuesta a estos argumentos, la Dirección Ejecutiva indicó lo siguiente:

En efecto, la evidencia recabada demuestra que el rol de Mercantil Farmacéutica, S.A. en el cartel es más que evidente, puesto que aparte de ser la empresa que a través de uno de sus representantes circuló la minuta de la reunión sostenida en fecha 23 de noviembre de 2015, la cual recoge los acuerdos anticompetitivos arribados por los agentes económicos sancionados; también ha asistido, contrario a lo alegado de que luego de la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08 no era miembro del cartel, a todas las reuniones de las cuales este órgano instructor tiene constancia, incluyendo la celebrada el 8 febrero de 2018, en la sede de uno de sus competidores directos.

Lo anterior no ha podido ser contradicho por la recurrente en ninguna de las fases del procedimiento sancionador, ni siquiera en el marco del recurso que la atención de ese órgano decisor, puesto que no ha aportado ninguna prueba que evidencia que previo ni posterior a la entrada en vigor de la Ley núm. 42-08 haya manifestado su intención pública de separarse del acuerdo anticompetitivo frente a los demás miembros.

Una prueba más que fehaciente de que dicha empresa continuaba siendo miembro del cartel posterior a la entrada en vigencia de la ley, lo constituyen los correos electrónicos de convocatoria a las reuniones de fechas 13 de diciembre de 2017 y 8 de febrero de 2018, y la asistencia por parte de esta empresa a esta última reunión de la que se tiene evidencia de fecha 8 de febrero de 2018. ¿Cómo justifica Mercantil Farmacéutica, S.A. la recepción de dichos correos de convocatoria a reunión del cartel? Y más aún, ¿Qué hacía asistiendo a la reunión efectuada en fecha 8 de febrero de 2018, cuya convocatoria indicaba claramente que la “primera reunión de ese año” se efectuaría “respecto a dirección comercial de la línea GLAXOSMITHLINE”? Hasta la fecha dicho agente económico no ha podido justificar estos hechos. Por el contrario, no ha negado su asistencia a las reuniones, lo cual deja constancia indiscutible de su participación y despeja cualquier duda que pudiera existir en torno al particular.³⁷

55. Sobre ello, se debe recordar que este Consejo Directivo indicó en el acto administrativo hoy

³⁶Ibidem.

³⁷Vid. Memorándum interno identificado con el número DE-IN-2021-1340, recibido en fecha 7 de septiembre de 2021, p. 3.



recurrido que su decisión se basó en las pruebas aportadas por las partes. De esta forma, este órgano comprobó que los hechos se originaron antes del 6 de enero de 2017, pero que continuaron al menos hasta el 8 de febrero de 2018, es decir, 2 años al menos donde la Dirección Ejecutiva había sido nombrada y la facultad de investigación e instrucción del proceso sancionador estaba vigente. En este sentido conviene resaltar lo expuesto en el acto administrativo que hoy se ha recurrido:

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 42-08.³⁸

56. En efecto, se evidenció que el agente económico, por medio de su personal de alto mando, es decir personal directivo, con capacidad de decisión, participó y asistió a las reuniones celebradas en las fechas indicadas a partir del 6 de enero de 2017; que también figuraba como destinatario en todos los correos sin que en momento alguno expresara rechazo o negación de recibirlos. Todo esto, como vemos, muestra el claro conocimiento del acuerdo colusorio en un mercado tan fundamental como el de medicamentos en el país.

57. En esa misma línea y en un caso similar, se pronunció la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España, entidad homóloga a PRO-COMPETENCIA, analizando y ponderando elementos que permitieran dilucidar la fecha de salida de un competidor de un cartel:

Ahora bien, de no considerar este correo como la fecha final de su participación en el cártel y dado que está fehacientemente acreditado que formó parte de su creación y **que no hay información que acredite su alejamiento del mismo**, a no ser el hecho de que no asistiera a la segunda reunión de acuerdo, debería prolongarse el periodo de la infracción hasta dicha fecha, 13 de febrero de 2006. Porque en efecto, frente a lo argumentado por COLOMER, a juicio de este Consejo tanto HENKEL como SARA LEE le consideran parte del cártel, al menos hasta 8 de febrero de 2006, fecha en la que ambas participantes en el cártel se intercambian la lista prevista de asistentes a la

³⁸Vid. Resolución núm. 010-2021, párr. 251-253.



reunión de 13 de febrero de 2006, incluyendo en la misma a COLOMER.³⁹

Y no puede menos el Consejo que reiterar en este punto el párrafo (§ 81) de la Sentencia Aalborg antes citada y a la que se remite la Resolución de 21 de enero de 2010, (énfasis añadido), “Según una jurisprudencia reiterada, basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suya.⁴⁰

58. Aplicando un similar razonamiento, este órgano decisor asumió el siguiente criterio en su Resolución núm. 010-2021:

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, 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.”

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.

³⁹ Subrayado nuestro.

⁴⁰ Resolución de fecha 10 de octubre de 2011, Expediente S/0224/10, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España.



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, ya 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.”⁴¹

59. Con respecto a lo que afirma el recurrente sobre que la Dirección Ejecutiva indicó que se tomaran en cuenta los alegatos de los agentes que evidenciaron cierto distanciamiento de la práctica del cártel, es importante recordar que cualquier propuesta realizada por la Dirección Ejecutiva es una recomendación que no puede ser asumida como válida sin previa comprobación de este Consejo Directivo. Se le recuerda a MEFASA que la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo tienen competencias distintas en el proceso sancionador y, por tanto, lo que le corresponde al Consejo Directivo es valorar los medios de pruebas recabados en el proceso de instrucción y la fase probatoria, así como, las pretensiones de las partes, para dictaminar conforme proceda en plena sujeción a lo consagrado por el ordenamiento jurídico que se le impone.

60. Este Consejo Directivo no quiere dejar de resaltar nuevamente lo indicado en su resolución sobre la importancia del mercado de medicamentos y la grave afectación que presenta la colusión de las empresas en la industria de la salud en un país como el nuestro para la clase económica más desfavorecida. En efecto:

534. (...) el precio de los medicamentos es un problema que afecta mayoritariamente a los sectores de menos recursos y más vulnerables.

535. 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.

536. Las prácticas concertadas en el mercado de medicamentos impactan directamente en los bolsillos del consumidor y, se debe recordar, los medicamentos son útiles

⁴¹Vid. Resolución núm. 010-2021, párrs. 438-441.



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.⁴²

61. En resumen, MEFASA no presentó durante la fase de conocimiento del caso ante este Consejo pruebas que demostraran su alejamiento de la conducta sancionada, tampoco ha aportado pruebas ni hechos en este recurso que comprueben su distanciamiento de una práctica que, como ya dijimos, tiene importantes implicaciones en la población más desfavorecida del país. Así las cosas, se impone el rechazo de las pretensiones del recurrente y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada en lo que a esto respecta.

c. Sobre las alegadas violaciones a principios fundamentales del proceso administrativo establecidos tanto en la Constitución Dominicana como en la Ley núm. 107-13 alegadas en su recurso

62. MERCANTIL FARMACEÚTICA plantea en su recurso de reconsideración que el Consejo Directivo violentó los principios de juridicidad, seguridad jurídica, previsibilidad, certeza normativa, coherencia, confianza legítima y debido proceso, consagrados en el artículo 3 numerales 1, 8, 13, 15 y 22, respectivamente, de la Ley núm. 107-13, además, del principio de retroactividad de actos favorables, reserva de ley y tipicidad, contenidos en los artículos 13, 35 y 36 de la referida ley, así como, los principios generales del procedimiento administrativo sancionador.

63. Fundamentalmente, el recurrente alega que fueron violados los principios generales del procedimiento administrativo sancionador "(...) debido a que la Resolución aplicó para investigar y sancionar a MEFASA una ley que no se encontraba vigente bajo la premisa incorrecta de que supuestamente tenía potestades para ello por unas alegadas conductas continuas, violentó el principio de juridicidad y, en consecuencia, no hubo un sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario."⁴³

64. Continúa exponiendo que "[l]a prueba de la vulneración de este principio de confianza legítima se encuentra en una decisión anterior de este propio Consejo Directivo cuando estableció el momento preciso en el cual se pueden investigar y sancionar las conductas prohibidas por la Ley 42-08, a saber: 'La investigación de las conductas y la sanción que pudiera imponerse si se retienen los presupuestos necesarios, serán aquellas que se encontraban en curso desde el 6 de enero de 2017'. En ese sentido, es evidente que el Consejo Directivo, al dictar la Resolución, se apartó de este precedente administrativo, toda vez que no solo procedió a investigar a MEFASA en un período anterior a la entrada en vigor de la Ley 42-08, sino también a sancionar a la

⁴² Vid. Resolución núm. 010-2021, párr. 534-536.

⁴³Ibídem, pp. 32, 33.



Exponente por sus actividades durante dicho periodo (años 2015 y 2016), lo que constituye una violación al principio de confianza legítima establecido en la Ley 107-13.”⁴⁴

65. Asimismo, el recurrente arguye que con la separación de este órgano de su propio precedente vulnera otros principios como lo son: el principio de irretroactividad de la ley, favorabilidad, debido proceso, seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa.

66. Todos estos planteamientos recaen sobre la consideración de que la falta retenida por este Consejo Directivo no es una falta continuada y, por tanto, no puede ser sancionada por la comisión de prácticas violatorias al artículo 5 literal (a) de la Ley núm. 42-08, pues con esto se estaría aplicando de manera retroactiva lo dispuesto en el citado texto.

67. Ciertamente, ya ha sido establecido por este Consejo que el tratamiento dado a los hechos, fue debido a que ante este órgano se presentaron elementos probatorios que permitieron comprobar la configuración de prácticas contrarias a lo dispuesto en el artículo 5 literal a de la Ley núm. 42-08, que se consideraban como faltas continuadas en lo que se refiere a que la Ley núm. 42-08 está vigente desde el **25 de enero de 2008**. Esto implica que, ante la promulgación de una ley conforme el ordenamiento jurídico dominicano, MEFASA y todos los agentes económicos sujetos a la Ley núm. 42-08 deben respetar sus disposiciones.

68. El respeto de las disposiciones de la Ley núm.42-08, que son de orden público, no se debían respetar solo si había una sanción o si habiendo una sanción esta podía o no aplicarse debido a falta de un órgano instructor de la ley. Las obligaciones que emanan de las leyes, más aquellas que son de orden público, tienen efectos una vez promulgadas.

69. Consecuencia de lo anterior, si la Ley núm. 42-08 fue promulgada en el año 2008, cuando MEFASA inició la conducta colusoria en el año 2015, tenía OCHO (8) años de conocimiento de las disposiciones jurídicas del Derecho de la competencia. Por tanto, sí es una falta continuada si desde el 2015 hasta el 2018 esta o cualquier otra práctica violatoria a la Ley se estaba cometiendo. Ahora bien, cuestión distinta es la persecución y sanción de la sanción, conforme la habilitación legal que, como indicamos, nace a partir de **del 6 de enero de 2017**. Como ya indicamos, es después del nombramiento de la Dirección Ejecutiva el incumplimiento de la ley podía ser investigado y sometido a procedimiento administrativo sancionador.

70. No se puede entonces alegar falta de potestad del Consejo Directivo, cuando este actuó en el marco de lo que la Ley núm. 42-08, o que este se alejó de su precedente, cuando lo que ha hecho es, justamente, confirmar el mismo a partir de la adecuada aplicación del texto legal y los principios que está llamado a salvaguardar. El órgano decisor puede reconocer la existencia de conductas desde el 25 de enero de 2008, porque desde ese día y año se presume conocida por todo el mundo con su publicación en la Gaceta Oficial núm. 10458. Lo que no puede hacer el Consejo Directivo, como tampoco lo puede hacer la Dirección Ejecutiva en su proceso instructor, es imputar conductas previo al 6 de enero de 2017, porque dicho funcionario no se encontraba nombrado.

⁴⁴Vid. Recurso de reconsideración, p. 33.



71. En este sentido, se debe recordar que el principio de juridicidad consagrado en el artículo 3.1 de la Ley núm. 107-13, se refiere al sometimiento pleno de toda actuación administrativa al ordenamiento jurídico del Estado. En cuanto al caso que nos ocupa, este Consejo Directivo lo ha respetado debido a que la Resolución núm. 010-2021 se ha dictado en fiel cumplimiento de la Constitución, la Ley núm. 42-08 y la Ley núm. 107-13. Precisamente lo que ha hecho este Consejo Directivo es respetar el citado principio al aplicar adecuadamente la Constitución, la Ley núm. 42-08 y la Ley núm. 107-13.

72. Asimismo, se debe recordar que el principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa consagrado en el artículo 3.8 de la Ley núm. 107-13, se refiere a la sujeción de la administración al derecho vigente, prohibiéndose el cambio arbitrario del criterio administrativo, por su parte el principio de coherencia consagrado en el artículo 3.13 de la Ley núm. 107-13, se refiere a la congruencia que debe existir entre la práctica y los antecedentes administrativos, de manera que la actuación administrativa solo varíe cuando amerite y con la debida motivación. Razón por la cual, el Consejo Directivo ha respetado los citados principios, aplicando un texto legal vigente conocido desde el año 2008 y sancionado la conducta solo desde el 2017 y 2018, como resultado del nombramiento de la Dirección Ejecutiva en enero de 2017. No hay, como vemos, un cambio de criterio, mucho menos arbitrario, por parte de este Consejo Directivo, sino que luce un interés de parte del recurrente en que la ley y los principios legales expuestos sean interpretados a su favor de forma ilegítima.

73. En relación al tema, en la Sentencia TC/0100/13, del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013), numeral 13.18, este Tribunal expresó:

La seguridad jurídica, es concebida como un principio jurídico general consustancial a todo Estado de Derecho, que se erige en garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos, delimitando sus facultades y deberes. Es la certeza que tienen los individuos que integran una sociedad acerca de cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, torpeza o la arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicios [...].⁴⁵

74. Aunado a ello, se debe recordar que los principios de coherencia y de confianza legítima consagrados en el artículo 3.13 y 3.15 respectivamente de la Ley núm. 107-13, se refieren a la congruencia que debe existir entre la práctica y los antecedentes administrativos, de manera que la actuación administrativa solo varíe cuando amerite y con la debida motivación y a la deferencia que deben tener los órganos de la administración pública sobre las expectativas generadas al administrado a causa de sus actuaciones. Sin embargo, este Consejo Directivo ha respetado este principio, pues el criterio aplicado en la resolución de marras es el mismo aplicado en resoluciones emanadas con anterioridad por este órgano.

75. De igual manera, se debe recordar que el principio de debido proceso consagrado en el artículo 3.22 de la Ley núm. 107-13, se refiere al cumplimiento por parte de la administración de

⁴⁵ Sentencia TC/0202/19 de fecha 20 de junio de 2013, dictada por el Tribunal Constitucional Dominicano, p. 25.



las formalidades procedimentales, y competencias consagradas en la Constitución y las leyes, garantizando en su totalidad derechos como el de representación, defensa y contradicción.

76. Así lo ha referido nuestro Tribunal Constitucional mediante sentencia TC/0201/13, reiterado mediante decisión TC/0007/19:

Las garantías mínimas que, de acuerdo con el artículo 69 de la Constitución dominicana, conforman el debido proceso, sirven para definir el tipo de proceso respecto del cual debe exigirse su aplicación. Su análisis permite la conclusión, en consonancia con la jurisprudencia constitucional comparada, de que en sede administrativa su aplicación deberá ser exigida en los procedimientos administrativos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado la pérdida de derechos de las personas.⁴⁶

77. En tal sentido, el Consejo Directivo es celoso con el cumplimiento estricto del debido procedimiento administrativo de los agentes económicos con el fin de garantizar la tutela administrativa efectiva a todos los agentes económicos envueltos en los procesos. Prueba de ello es que este Consejo Directivo ha interpretado plazos más extensos en provecho del administrado y durante el proceso otorgó múltiples oportunidades para que presentaran pruebas y argumentos. MEFASA, así como todos los demás agentes económicos, investigados y sancionados por el acto administrativo que hoy se recurre, tuvieron la oportunidad de someter a debate los elementos reunidos en el expediente, así como, presentar sus alegatos y conclusiones.

78. Por otro lado, como se ha expuesto, el principio de retroactividad de actos favorables consagrado en el artículo 13 de la Ley núm. 107-13, se refiere a que solo podrán aplicarse retroactivamente aquellos actos que produzcan efectos favorables al administrado. En cuanto al caso que nos ocupa, ya este órgano decisor se ha referido extensamente a la adecuada aplicación del principio de irretroactividad y, de forma particular, a la no sanción de hechos previo al 6 de enero de 2017. Por tanto, este Consejo Directivo lo ha respetado cabalmente.

79. Sumado a lo anterior, el principio de reserva de ley consagrado en el artículo 35 de la Ley núm. 107-13, se refiere a la habilitación legal expresa que deben tener los órganos administrativos para el ejercicio de la potestad sancionadora. En cuanto al caso que nos ocupa, este Consejo Directivo lo ha respetado debido a que la Ley núm. 42-08 le atribuye de manera expresa esta facultad, lo cual se deriva de los artículos 31 (k)⁴⁷ y 61⁴⁸. Como ya indicamos, este Consejo

⁴⁶ Sentencia TC/0201/13 de fecha 13 de noviembre de 2013 y TC/0007/19 del 29 de marzo de 2019, dictadas por el Tribunal Constitucional Dominicano.

⁴⁷ Artículo 31.- De las facultades del Consejo Directivo. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá, a través de su Consejo Directivo: (...)

k) Imponer sanciones por la comisión de faltas administrativas previstas en la presente ley y decretar la suspensión de los actos infractores; así como, ordenar las medidas e imponer obligaciones contra el agente económico o persona sancionada, a los fines de corregir la distorsión en el mercado y restaurar la competencia;

⁴⁸ Artículo 61.- 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 civiles, atendiendo a la gravedad de la infracción, podrá aplicar las siguientes sanciones:



Directivo es el competente para conocer y sancionar los actos violatorios a la Ley núm. 42-08, prueba de lo cual MEFASA se hizo representar durante todo el proceso sin cuestionamiento a la competencia de este órgano decisor. Más aún, la presentación de los escritos durante la fase decisor, incluyendo la presentación de este recurso de reconsideración que nos ocupa y la solicitud de suspensión, es muestra clara del reconocimiento claro de MEFASA de las competencias legales de este órgano.

80. Por último, sobre el principio de tipicidad consagrado en el artículo 36 de la Ley núm. 107-13, se refiere a que constituyen infracciones administrativas los hechos o conductas así tipificados en la ley, la prohibición de la conducta sancionada se encuentra plasmada en el artículo 5 literal (a)⁴⁹ de la Ley núm. 42-08, lo cual responde a lo requerido por el precitado principio. Como es claro notar, este Consejo Directivo se limitó a sancionar las conductas expresamente establecidas en la ley, conforme las sanciones claramente delimitadas y atendiendo a los parámetros descritos en el artículo 62 de la Ley núm. 42-08, sumada al respeto irrestricto de la Constitución y la Ley 107-13 que acompañan al principio de legalidad. Por tanto, no existe violación alguna al principio de tipicidad.

81. En vista de todo lo expuesto más arriba, este Consejo Directivo observó y acató de forma plena los principios de juridicidad, seguridad jurídica, previsibilidad, certeza normativa, coherencia, confianza legítima y debido proceso, consagrados en el artículo 3 numerales 1, 8, 13, 15 y 22, respectivamente, de la Ley núm. 107-13, así como también el principio de retroactividad de actos favorables, reserva de ley y tipicidad, contenidos en los artículos 13, 35 y 36 de la referida ley, así como, los principios generales del procedimiento administrativo sancionador. Consecuencia de esto, procede a rechazar este alegato por falta de fundamento jurídico y fáctico y confirma la resolución en lo que a este aspecto se refiere.

d. Sobre el alegado análisis incorrecto al momento de imponer la sanción contra MEFASA, toda vez que la multa incluyó un análisis de supuestos daños ocasionados en los años 2015 y 2016 alegadas en su recurso

83. MERCANTIL FARMACEÚTICA alega en su recurso de reconsideración que la manera en que se determinó la sanción tiene vicios de discrecionalidad y vulnera derechos constitucionales por las informaciones inexactas que se utilizaron en dicho análisis, ya que, “este escenario comparado utilizado no responde a la realidad del mercado dominicano, puesto que la primera diferencia marcada entre ambos sistemas sancionadores es que en España las multas se imponen en base al volumen de negocio de las empresas investigadas, mientras que en República Dominicana se

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; (...)

⁴⁹Artículo 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, 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;



hace en base a salarios mínimos, por lo que no representan extremos comparables y aplicables al caso en cuestión.”⁵⁰

84. Además, plantea que “haber utilizado dichas variables, con fórmulas hasta el momento desconocidas por los administrados, puesto que aquellas contempladas en los párrafos 495 y 496 de la Resolución con relación a la probabilidad de detección del cartel y al factor disuasorio, que son las que posteriormente se utilizan para establecer la sanción a MEFASA en el párrafo 499, ni siquiera están contempladas en el documento “Criterios Técnicos para la Determinación y Cuantificación del Daño en Prácticas Contrarias a la Libre Competencia” aprobadas por ese Consejo Directivo en fecha 26 de octubre de 2017, que es la única normativa existente hasta el momento para determinar el daño, ni siquiera las sanciones, constituye una extralimitación de las facultades administrativas que tanto la Ley 42-08 como Ley 107-13, le ha reconocido a Pro-Competencia y reviste de total ilegalidad la sanción impuesta.”⁵¹

85. En primer lugar, sobre la comparación con el sistemas sancionador de España, cabe destacar que la República Dominicana tiene un sistema propio. En efecto, el Consejo Directivo dictó la Resolución núm. 021-2017 de fecha 26 de octubre de 2017, que aprueba los Criterios Técnicos para la Determinación y Cuantificación del Daño en Prácticas Contrarias a la Libre Competencia (en lo adelante, “Resolución núm. 021-2017”).

86. Es preciso señalar, que esta es una norma de alcance general que fue dictada con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador administrativo que le ocupó y, por tanto, aplicable al proceso.

87. El gran aporte de esta Resolución núm. 021-2017, es que procuró limitar la discrecionalidad del Consejo Directivo al momento de sancionar alguna de las conductas establecidas con criterios técnicos para la determinación y cuantificación del daño. De esta forma, la citada resolución determina los criterios objetivos que cuantifican el monto que se traduce en los salarios mínimos.

88. En efecto, conforme claramente se visualiza en la Ley núm. 42-08, la práctica concertada que fue sancionada por el Consejo Directivo conlleva una sanción de 30 a 3000 veces el salario mínimo oficial aplicable al sector de actividad que corresponda el agente económico conforme con el artículo 61 literal (a) de la Ley núm. 42-08. Asimismo, al ser una conducta donde hay diversos participantes, este órgano decisor tiene la obligación de diferenciar objetivamente la sanción que impondrá a cada uno conforme su participación y otros criterios dados en el artículo 62 de la Ley.

89. De igual forma, MEFASA indicó que estas fórmulas que fueron utilizadas eran desconocidas por los administrados. Contrariamente a esta afirmación, se puede constatar que la Resolución núm. 021-2017 fue dictada en fecha 26 de octubre de 2017 y se encuentra colgada desde esa fecha en el portal web de la institución. Sobre esto, se debe recordar que una vez es publicado un texto legal o normativo, habiendo cumplido con el procedimiento legal correspondiente, se

⁵⁰ Ibídem, p. 23.

⁵¹ Ibídem, p.25.



presume conocido⁵².

90. En cuanto a la alegada extralimitación de las facultades administrativas del Consejo Directivo en la imposición de las sanciones, es preciso establecer, que contrario a lo argüido por la parte recurrente, este órgano no se ha excedido de las facultades conferidas por la ley, ni tampoco ha determinado la imposición de la sanción de forma arbitraria. Se le recuerda al agente económico que todo órgano de la administración pública posee la denominada discrecionalidad técnica, que implica *“la libertad de apreciación que tiene el órgano administrativo competente para adoptar una determinada resolución por basarse esta en criterios o fundamentos de carácter técnico.”*⁵³

91. Por tanto, este Consejo Directivo, como cualquier otro órgano o ente de la administración con facultad de evaluar aspectos especializados, tiene la discrecionalidad que la ley le ordena y en los límites que lo permite, lo cual se visualiza en el artículo 62 de la Ley núm. 42-08 y en la Resolución núm. 021-2017. Esto implica que la discrecionalidad no es en sí misma contraria al Derecho, pero sí lo es su aplicación excesiva, que ha sido catalogada como arbitrariedad. A tales fines, la citada Resolución núm. 021-2017 indica que:

PRO-COMPETENCIA utilizará la metodología más apropiada conforme a la conducta anticompetitiva, las condiciones del mercado y la disponibilidad y accesibilidad de los datos. De manera enunciativa, se presentan las diversas metodologías o enfoques que se utilizarán tanto para el estudio de las conductas de cárteles como de abuso de posición dominante. Conviene precisar que los métodos y técnicas generalmente estarán basados en supuestos y aproximaciones, y que pueden variar conforme la disponibilidad de los datos y dada las características específicas del mercado de que se trate.⁵⁴

92. Ante la existencia de un comportamiento como el sancionado, la Ley núm. 42-08 establece la facultad del Consejo Directivo de imponer una pena pecuniaria que oscila de 30 salarios a 3,000 salarios mínimos del sector a la actividad a la que corresponda la empresa, lo que implica en la actualidad sumas entre RD\$528,318.00 y RD\$52,831,800.00. Por consiguiente, este Consejo Directivo puede dentro del límite máximo, decidir la sanción que le parezca más idónea siempre que la fundamente atendiendo a los criterios del artículo 62 de la Ley núm. 42-08 y la Resolución núm. 021-2017.

⁵²Al respecto, el artículo 109 de la Constitución establece: “Entrada en vigencia de las leyes. Las leyes, después de promulgadas, se publicarán en la forma que la ley determine y se les dará la más amplia difusión posible. Serán obligatorias una vez transcurridos los plazos para que se reputen conocidas en todo el territorio nacional”. Aunado a lo anterior, el artículo 1 del Código Civil dispone que “(...) Las leyes, salvo disposición legislativa expresa en otro sentido, se reputarán conocidas en el Distrito Nacional y en cada una de las Provincias, cuando hayan transcurrido los plazos siguientes, contados desde la fecha de la publicación hecha en conformidad con las disposiciones que anteceden, a saber: En el Distrito Nacional, el día siguiente al de la publicación. En todas las Provincias que componen el resto del territorio nacional, el segundo día”.

⁵³Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad-técnica>

⁵⁴Resolución núm. 021-2017 de fecha 26 de octubre de 2017, que aprueba los Criterios Técnicos para la Determinación y Cuantificación del Daño en Prácticas Contrarias a la Libre Competencia, p. 2.



93. Partiendo de esto, la Resolución núm. 021-2017 permite hacer objetivamente determinable la cantidad de salarios mínimos que corresponden como sanción, de acuerdo a un procedimiento o fórmula que es otra muestra más del respeto del principio de tipicidad y proporcionalidad por parte de este Consejo Directivo. De tal forma, se reduce el gran margen de maniobra en la decisión de la sanción que pueda tener el órgano decisor, en ejercicio de una excesiva discrecionalidad que pueda convertirse en arbitrariedad. Esto que hemos indicado tiene una importante implicación puesto que, para determinar si una sanción es o no proporcional cuando no se tiene una norma como la Resolución núm. 021-2017, debe analizarse la gravedad de la falta y además los objetivos persuasivos de la sanción, como también la importancia de los intereses que pretende proteger cada sanción en concreto.

94. La citada Resolución núm. 021-2017 estableció la siguiente fórmula:

$$multa_i = \Pi_i^* \cdot 1/\alpha_n$$

95. Esta fue utilizada y explicada en la Resolución núm. 010-2021 de la siguiente manera:

El factor de disuasión parte entonces de una probabilidad de detección de $\alpha=13.79\%$ 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.⁵⁵

96. Se hace necesario aclarar que el método utilizado para la estimación del daño al mercado fue la cuantificación del diferencial de ganancia, tomando en cuenta escenarios con la conducta y sin la conducta, acorde con la Resolución núm. 021-2017⁵⁶. Es a partir de esto, que el Consejo Directivo estimó la sanción correspondiente, acorde con los artículos 61 y 62 de la Ley, fijando los salarios mínimos a partir de este cálculo.

97. En esa tesitura, al analizar las ecuaciones 5 y 6 contenidas en la resolución de marras⁵⁷, se tiene que las variables a sustituir corresponden a la probabilidad de detección del cartel, el período de vigencia de la conducta perseguida, el factor de disuasión y el daño causado por el agente investigado, es decir, que ninguno de los factores a considerar tiene que ver con el volumen del mercado, por tanto, en contraposición a lo planteado por el recurrente, la aplicación de tales fórmulas no resulta contradictoria al criterio de imposición de multa establecido en la Ley núm. 42-08.

98. Junto a esto, el artículo 62 de la Ley núm. 42-08 establece unos importantes criterios, entre ellos, el interés público. En efecto, a partir de esto, el citado texto legal conduce a admitir que la

⁵⁵ Resolución núm. 010-2021, p. 145.

⁵⁶ Resolución núm. 010-2021, p. 131.

⁵⁷ Resolución núm. 010-2021, p. 146.



proporcionalidad de la sanción puede ser apreciada en función de otros elementos distintos a la gravedad de la infracción. Todas estas fueron debidamente motivadas en la resolución hoy cuestionada, a saber:

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 |
|---|---|
| a) Modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia | 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>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 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> |
| <p>b) La dimensión del mercado afectado</p> | <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> |
| <p>c) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras</p> | <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>partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios</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> |
| <p>d) La premeditación e intencionalidad</p> | <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 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</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>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> <p>b) PROFARMA INTERNACIONAL: 41.58%</p> <p>c) SUED & FARGESA: 24.90%</p> <p>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> |
| <p>f) El tiempo que ha durado el acuerdo, práctica o conducta prohibida</p> | <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> |
| <p>g) Reincidencia y antecedentes del infractor</p> | <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.”⁵⁸

99. La Ley núm. 42-08 le otorga al Consejo Directivo este poder de sancionar porque resulta necesario para la protección del interés público, ante conductas que pueden perjudicar al mercado. Esto, como vemos, es el fundamento de su poder de sanción y, por consecuencia, su límite, ya que sanciona en ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas exclusivamente en aquellos casos donde lo considere necesario. Por lo tanto, una sanción desproporcional no podría ser admitida, porque supera lo que es justo y necesario y, en consecuencia, estaría privada de su razón de ser. En el caso que nos ocupa, la sanción impuesta a MEFASA es proporcional.

100. Es meritorio también resaltar que en respeto al principio in dubio pro administrado, ante los cálculos presentados, este Consejo Directivo procedió a fijar la cantidad de salarios, como se muestra a continuación:

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 |

⁵⁸ Resolución núm. 010-2021, pp. 139-142.



101. Como vemos, el objeto de la aplicación de las referidas ecuaciones era justamente evitar la discrecionalidad en la imposición de la sanción, de manera que los agentes sancionados conocieran los fundamentos económicos que llevaron a la imposición de la multa, garantizándose con ello principios fundamentales como son: proporcionalidad, seguridad jurídica y coherencia, así como, el derecho a la buena administración, en el marco de la motivación de las actuaciones administrativas.

102. Consecuencia de todo esto, se resalta que este Consejo Directivo con el cálculo de los efectos del daño ocurrido al día de hoy, no violenta la irretroactividad y sobrepasa los límites de discrecionalidad establecida en la Ley núm. 42-08. Por el contrario, lo que hizo este órgano decisor fue cuantificar el tiempo como un elemento más de la ecuación debido a que los efectos del daño causado persistían al año 2018. Es decir, los hechos sancionados son aquellos ocurridos en año 2017 y 2018, como ya hemos explicado extensamente a lo largo de esta resolución; sin embargo, los efectos perjudiciales en el mercado de medicamentos que se habían generado previo a esa fecha, aún se mantenían. Por tanto, el principal elemento considerado por el Consejo Directivo para establecer la multa no fue cuando la misma se originó -que es la errónea idea que sostiene MEFASA en su recurso para sustentar sus argumentos-, sino que este órgano decisor lo que valoró eran los efectos que había producido la conducta -y que persistían intactos- a partir del año 2017.

103. En ese sentido, podemos concluir que el análisis realizado por el Consejo Directivo para estimar el daño e imponer la sanción fue realizado conforme a lo dispuesto en la Ley núm. 42-08 y en atención a los criterios de la Resolución núm. 021-2017, la cual como ya fue explicado, era aplicable para el procedimiento administrativo sancionador, que originó la Resolución núm. 010-2021.

104. Por último, en cuanto a párrafo 486 de la Resolución atacada, donde indica que en el apartado “d” relativo a la premeditación e intencionalidad este Consejo Directivo yerra al asumir como prueba de dichos elementos que existió una reunión el 23 de noviembre de 2015 y un correo electrónico del 8 de noviembre de 2017⁵⁹, se debe indicar que este órgano retuvo la premeditación e intencionalidad de estos supuestos, al considerar no solo la participación de los agentes económicos en una reunión con un objeto notoriamente anticompetitivo, sino además el seguimiento dado a lo convenido en dicha reunión y los hechos posteriores durante los años 2017 y 2018, donde MEFASA nunca se retiró del acuerdo colusorio, o al menos, nunca aportó prueba de que lo hizo ni durante el proceso de fondo ni tampoco con la presentación de este recurso. Lo anterior se extrae de los correos de fechas 9 y 10 de diciembre de 2015, en los cuales se pone de manifiesto la inconformidad de uno de los agentes económicos al presumiblemente haber uno de los acordantes incumpliendo lo pactado.

105. En este sentido, de dichos correos se evidencia que con el acuerdo los agentes económicos procuraban tener los mismos precios para la línea GSK, de manera que no compitieran entre sí en ese aspecto, cuestión que de manera clara expresa uno de estos al decir

⁵⁹Vid. Recurso de reconsideración, p. 21.



“[t]ratemos de seguir lo acordado y que el mejor servicio sea nuestro argumento de ventas.”⁶⁰ Otro aspecto a resaltar y que ya hemos mencionado es que MEFASA formaba parte de la línea de correos compartidos entre estos, sin que se haya excluido de los mismos o haya expresado negación o inconformidad del contenido del mismos.

106. Por todo lo antes expuesto, este Consejo Directivo procede a rechazar la solicitud de revocación así como la de la revisión de la multa, presentada subsidiariamente, por los motivos expresados y confirma la resolución impugnada en este aspecto.

ii) Sobre la solicitud de suspensión

107. En fecha 30 de julio de 2021, MERCANTIL FARMACEÚTICA solicitó “[l]a suspensión de los efectos de este acto administrativo recurrido hasta tanto el Consejo Directivo conozca y decida sobre el Recurso de Reconsideración. La petición de suspensión tiene su principal sustento en que, de mantenerse la ejecutoriedad de la Resolución, se causaría un grave perjuicio económico a MEFASA (...)”⁶¹.

108. Los argumentos en los que MERCANTIL FARMACEÚTICA fundamenta su solicitud de suspensión son los siguientes:

(...) que: i) existe una urgencia en que se suspendan los efectos de la Resolución, debido a que en los próximos días comenzará a generarse el interés de la multa impuesta a MEFASA por el Consejo Directivo, lo que evidencia el peligro en la demora o periculum in mora; ii) existe apariencia de buen derecho, en razón de que como se ha podido constatar, la Resolución vulneró el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de la Exponente al haberle aplicado una disposición sancionadora desfavorable de manera retroactiva, y con ello una serie de principios del procedimiento administrativo, tales como: principio de juridicidad, principio de confianza legítima y coherencia, principios de seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa, principio de favorabilidad, principio de irretroactividad de los actos administrativos desfavorables, principios de reserva de ley y tipicidad, y debido proceso administrativo; y iii) la suspensión de los efectos de la Resolución no implica en lo más mínimo una afectación al interés general o de terceros.⁶²

109. La solicitud de suspensión dada su naturaleza puede entenderse como una especie de medida cautelar contra los actos emanados de los órganos de la administración, en virtud de que la ejecutoriedad de los actos administrativos solo se puede suspender por medio de otro acto administrativo de la autoridad competente.⁶³

⁶⁰Vid. Correo electrónico de fecha 9 de diciembre de 2015.

⁶¹Solicitud de suspensión, p. 4.

⁶²Ibíd., p. 18.

⁶³Artículo 59.- De la ejecución de los actos. Los actos emanados de los órganos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia serán de obligado cumplimiento y ejecución inmediata, a menos que se haya dictado la suspensión del acto recurrido en reconsideración por ante el Consejo Directivo; (...).



110. Al respecto, en vista de que en el presente caso el acto administrativo recurrido no fue ejecutado por este Consejo Directivo para conocer adecuadamente el recurso de reconsideración, es claro el criterio de este órgano decisor de proteger los derechos de los agentes económicos durante los procesos que se ventilan. Es esencial recordar que este órgano actúa con la prudencia jurídica y procesal necesaria para administrar los procesos con la justicia y prudencia que ordena la Constitución, la Ley núm. 42-08 y demás leyes y normas complementarias. Consecuencia de esto, en este caso puntual, carece de objeto referirnos al fondo de la solicitud de suspensión y, con ello, referirnos en el dispositivo del presente acto administrativo, puesto que lo que la misma procuraba, fue aplicado en los hechos este Consejo Directivo sin mayores formalidades.

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);

VISTO: El Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, dictado mediante Decreto núm. 252-20, de fecha 15 de julio de 2020;

VISTOS: Los demás textos legales aplicables;

VISTOS: Los documentos que integran el expediente administrativo;

III. Parte dispositiva

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

en ejercicio de sus facultades legales:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR bueno y válido en cuanto a la forma el Recurso de Reconsideración interpuesto por el agente económico **MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.R.L.** en fecha 30 de julio de 2021, en contra de la Resolución núm. 010-2021.

SEGUNDO: RECHAZAR en cuanto al fondo el citado Recurso de Reconsideración por las razones expuestas en el cuerpo de la presente resolución.



TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución al agente económico **MERCANTIL FARMACÉUTICA, S.R.L.**, y a la Dirección Ejecutiva de **PRO-COMPETENCIA**.

CUARTO: INSTRUIR al secretario *ad hoc* del Consejo Directivo designado en este proceso, para que proceda con la publicación de la presente Resolución en la página web de la institución.

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)**, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día trece (13) del mes de septiembre de año dos mil veintiuno (2021).



Yolanda Martínez Z.

Presidenta del Consejo Directivo



Gianna Franjul

Miembro del Consejo Directivo



Iván Ernesto Gatón

Miembro del Consejo Directivo
Secretario *ad hoc*



Juan Rafael Reyes Guzmán

Miembro del Consejo Directivo



Víctor Eddy Mateo Vásquez

Miembro del Consejo Directivo