



Análisis de Práctica Monopólica Absoluta

Colusión en licitaciones públicas de compra de medicamentos para el IMSS

Introducción

La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) tiene la responsabilidad de promover y proteger el proceso de competencia en mercados estratégicos para la economía nacional. Una de sus encomiendas es garantizar condiciones de competencia en la contratación pública de bienes y servicios, tarea que permite a los gobiernos acceder a bienes y servicios de calidad a los mejores precios posibles, lo cual resulta relevante en un contexto con recursos fiscales limitados y más aún en un rubro de política pública tan sensible como la salud de los mexicanos.

En 2006, la entonces Comisión Federal de Competencia (CFC) sancionó, por un total de 151 millones 679 mil 345 pesos, a distintas empresas farmacéuticas y personas por establecer, concertar y coordinar posturas en licitaciones públicas de medicamentos, en lo particular insulinas y

sueros, llevadas a cabo por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) entre 2003 y 2006.

En 2014, la COFECE realizó una evaluación ex post sobre el caso. Una evaluación de este tipo analiza las consecuencias de las decisiones de la autoridad de competencia sobre la estructura y la dinámica del mercado intervenido, así como el alcance de los beneficios que obtienen los consumidores por la aplicación de la ley de competencia. Para este caso, la estimación del daño patrimonial fue de alrededor de 622.7 millones de pesos, equivalente a la suma total de sobrepagos de 57.6% por la adquisición de insulina humana (579.2 millones de pesos), así como de casi 3% en soluciones intravenosas (43.5 millones de pesos) de 2003 a 2005¹, periodo en el que la Comisión acreditó los acuerdos ilegales entre algunas empresas para repartirse

1. Sólo se analizaron estos años ya que en 2006 la práctica se rompió debido a la entrada de nuevos concursantes en las licitaciones.

las licitaciones del IMSS para la adquisición de estos medicamentos. De no haberse coludido las empresas involucradas en este caso, evitando el daño referido, el Seguro Social podría haber adquirido, por ejemplo, 727 ambulancias, 2,168 incubadoras o construido 5 clínicas con 10 consultorios médicos cada una.²

Descripción del caso

El IMSS presta servicios de seguridad social — salud, pensiones, asistencia médica — a más de 58 millones de mexicanos, lo que equivale al 49% de la población nacional. La adquisición de medicamentos es una de sus tareas básicas para garantizar la salud de sus derechohabientes. Esta actividad convierte al IMSS en el principal consumidor en el mercado de materiales y suministros; por ejemplo, en 2014 su gasto fue de 48 mil millones de pesos en este rubro.³

Dado este contexto, la eficiencia en las compras que realiza el IMSS es fundamental en dos sentidos. Primero, por el impacto que tiene la compra y abasto oportuno de medicamentos en la calidad de los servicios de salud. Segundo, por la necesidad y exigencia de aplicar correctamente los recursos públicos, a efecto de obtener el máximo valor por el dinero mediante condiciones óptimas de contratación.

Dada la cantidad de licitaciones y recursos utilizados en las licitaciones del IMSS, existe el riesgo de que los participantes coordinen posturas, es decir, que acuerden entre ellos los términos de sus propuestas económicas para repartirse los concursos. De darse esta situación el efecto sería perverso: por una parte, se configuraría una transferencia artificial e ilegal de rentas en detrimento del presupuesto público, obligando al IMSS a pagar sobrepagos por sus insumos médicos; por la otra, el IMSS vería afectada su capacidad para proveer servicios de salud a la población.

La colusión es la conducta anticompetitiva que más afecta al mercado y a los consumidores y es sancionada con severidad en casi todas las jurisdicciones del mundo. México no es la excepción: de acuerdo con la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) un cártel es una práctica monopólica absoluta, y desde 2011 es también un delito previsto en el Código Penal Federal.

De acuerdo con la legislación en materia de competencia,⁴ para calificar una conducta como práctica monopólica absoluta es necesario que se comprueben los siguientes elementos:

- Existencia de un acuerdo, convenio o arreglo.
- Que los participantes en el acuerdo sean competidores entre sí.
- Que la práctica tenga como objeto o efecto fijar o manipular precios, restringir la oferta o demanda, dividir mercados o coordinar posturas en licitaciones.

En la Comisión, los primeros antecedentes sobre colusión en procedimientos de licitación del sector salud datan del año 2000, cuando un agente económico denunció a varias empresas por la presunta concertación o coordinación de posturas o abstención en licitaciones públicas convocadas por este sector para la adquisición de material radiográfico.⁵ A partir de este momento, la Comisión ha realizado una serie de recomendaciones al IMSS para proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en sus distintos procedimientos de licitaciones públicas.

En 2006, la extinta CFC inició una investigación de oficio (expediente IO-003-2006) sobre una posible colusión entre empresas farmacéuticas para establecer, concertar y coordinar posturas en licitaciones públicas. La investigación se concentró en el análisis de licitaciones de ciertos medicamentos —insulinas y sueros— realizadas entre 2003 y 2005. La causa objetiva surgió al observar que en las licitaciones del periodo, las posturas de las empresas proveedoras de ambos productos seguían ciertos patrones de posturas similares y precios elevados, que se explican a detalle más adelante.

Además, la Comisión identificó que las empresas involucradas participaban de manera activa en las reuniones de la Comisión de Abasto de la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica (CANIFARMA), lo cual facilitaba la comunicación entre éstas.

Otra evidencia importante que se obtuvo en la investigación fue el registro de llamadas telefónicas entre empleados de las empresas involucradas, cuya

2. Estimación de los beneficios obtenidos por la sanción de un cártel en licitaciones públicas del IMSS en México, COFECE, 2014. Análisis Ex post próximamente disponible en www.cofece.mx

3. Datos extraídos de la Dirección General Adjunta de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública, elaborado con base en el Presupuesto de Egresos de la Federación y el Sistema Integral de Información.

4. Las prácticas monopólicas absolutas están descritas en el artículo 9° de la LFCE de 1992 y en el artículo 53° de la vigente (LFCE 2014).

5. La resolución puede ser consultada [aquí](#).

comunicación se incrementaba durante los periodos cercanos a las fechas fijadas para la entrega y apertura de las propuestas técnicas y económicas correspondientes a cada una de las licitaciones.

Las pruebas señalaban a Eli Lilly, Cryopharma, Probiomed y Pisa como responsables de un acuerdo ilícito para coordinar posturas en las licitaciones públicas del IMSS respecto a la insulina en diversas presentaciones; y a Pisa, Fresenius y Baxter por la misma conducta pero respecto a sueros. También se emplazó como probables responsables a funcionarios de dichas empresas por su participación en el cártel.

Con base en lo anterior, y después de un procedimiento seguido en forma de juicio,⁶ el Pleno de la Comisión resolvió que los emplazados eran responsables de cometer y participar directamente en la práctica monopólica absoluta prevista en el artículo 9º, fracción IV de la LFCE⁷ que a la letra establece: “son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea [...] establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas”. En consecuencia, a los integrantes del cártel se les ordenó suprimir la práctica y se les impuso en total una multa por 151 millones 679 mil 345 pesos.

Análisis del caso

El objetivo de un proceso de licitación pública es que cada participante tenga el incentivo de ofrecer propuestas económicas competitivas a fin de incrementar sus probabilidades de obtener el contrato licitado; por su parte, el convocante obtiene las mejores condiciones de contratación que ofrece el mercado.

No obstante, existe la posibilidad de que los participantes concierten y coordinen posturas, como sucedió entre 2003 y 2006 para la compra de insulina humana y sueros por parte del IMSS. Estas conductas anticompetitivas fueron detectadas a partir de un análisis económico de los resultados de las licitaciones realizadas en dicho periodo.

El análisis reveló que los licitantes tenían posturas ganadoras casi idénticas, pero que se iban rotando el triunfo entre un concurso y otro. Entre 2003 y 2006 las posturas ganadoras de los cuatro principales licitantes fueron altas, casi idénticas y estables, incrementando artificialmente los precios y con efectos de repartición entre las empresas. Es decir, pactaban una oferta ganadora con un sobreprecio así como las perdedoras, y en el siguiente proceso licitatorio, el ganador del concurso previo se convertía en perdedor (pujando un precio más alto) y así permitía que otra de las empresas coludidas obtuviera el contrato. Las posturas ganadoras y perdedoras eran siempre las mismas, y lo único que cambiaba era el nombre de la empresa que ganaba, la cual, habiendo ganado, volvía a presentar posturas con las que sabía que perdería, hasta que le tocara el turno de ganador nuevamente.

Este patrón de comportamiento se rompió a mediados de 2006, cuando el IMSS consolida sus compras y abre los concursos a postores internacionales (ambas fueron recomendaciones de la CFC al Instituto). Las posturas de dos nuevos competidores fueron agresivamente bajas, lo cual fragmentó al cártel y obligó al resto de los licitantes a reducir sus precios.

Durante el análisis de este caso, se pudo observar que este comportamiento reiterado fue atractivo para los agentes económicos, pues pese a perder algunas licitaciones, los beneficios del acuerdo colusorio fueron tan altos en los procesos ganados, que superaron las ganancias potenciales que habrían generado actuando de manera independiente y competitiva.⁸ Las seis empresas sancionadas presentaban altos márgenes de ganancia que les hubieran permitido ofrecer posturas más competitivas; sin embargo, jamás se observó un intento por competir, pese a conocer las posturas con que sus competidores habían ganado anteriormente.

La coordinación de posturas se vio favorecida por las siguientes condiciones de mercado:

1. La insulina humana y los sueros son bienes homogéneos.⁹ Esto quiere decir que la oferta de un proveedor que vende insulina humana es prácticamente idéntica a la que vende otro proveedor, por lo que

6. El procedimiento seguido en forma de juicio es la etapa en la que los agentes emplazados o probables culpables se defienden de las acusaciones que les hace la Comisión. Para ello, presentan ante la CFC las evidencias y contestaciones a las imputaciones que se les han hecho. Cuando los argumentos resultan infundados o inoperantes o no logran desacreditar la conducta, el Pleno de la Comisión emite una sanción.

7. El extracto corresponde a la LFCE de 1992, la cual estaba vigente cuando se realizó la práctica investigada.

8. De acuerdo con la experiencia internacional, cuando la colusión está presente en un proceso de adquisición gubernamental, se compra con un sobreprecio promedio ponderado de 37%. En el caso del IMSS, se estima que, en promedio, pagó un sobreprecio de 2.9 y 57.6% en sus compras de soluciones intravenosas e insulina humana, respectivamente, debido a los acuerdos de fijación de precios que establecieron las firmas en colusión.

9. Son bienes y servicios con características muy similares entre sí, que pueden ser casi sustitutos perfectos, en donde el precios es la principal variable para la elección del consumidor.

la única diferencia que pueden tener entre ellos es el precio (lo mismo pasa en el caso de los sueros). Entonces, la competencia que se da entre oferentes es vía precio, de aquí que sea atractiva una colusión para inflarlos artificialmente.

2. Licitaciones frecuentes y asignación de múltiples contratos, lo cual permite que los miembros de un cártel acuerden ganar en unos concursos y perder en otros.

3. Intercambio de información entre participantes, lo que contribuyó a verificar si había desviaciones de las posturas acordadas e instrumentar mecanismos de sanción, en futuras licitaciones, para los miembros que faltaban al acuerdo.

¿Cuál fue el daño que causó esta práctica?

Como se mencionó anteriormente, los acuerdos colusorios —como el descrito— generan presiones a la viabilidad financiera de las organizaciones públicas como el IMSS. Asimismo, la compra de medicamentos a un precio más alto, reduce los recursos que el Instituto puede destinar a otras actividades prioritarias, como la atención médica de los usuarios. En contraste, los procesos de adquisiciones competidos mejoran el abasto y calidad de los servicios de seguridad social que ofrece.

En términos monetarios, más allá de la multa impuesta por la Comisión a los integrantes del cártel por 151 millones 679 mil 345 pesos, la evaluación ex post de la COFECE (2014) estimó que durante el tiempo que duró la colusión, el IMSS pagó un sobreprecio del orden de 57.6% (579.2 millones de pesos) en la adquisición de insulina humana y de casi 3% (43.5 millones de pesos) en soluciones intravenosas, lo que generó un daño patrimonial de 622.7 millones de pesos de 2003 a 2005.¹⁰

Recurso de reconsideración y juicio de amparo

Ante la imposición de la sanción, las empresas Fresenius, Eli Lilly, Probiomed, Baxter, Cryopharma, Pisa, así como

a diversas personas físicas, interpusieron un recurso de reconsideración¹¹ con el cual buscaban revocar o modificar la resolución del Pleno. Sin embargo, éste ratificó la sanción.

Los agentes económicos entonces acudieron al Poder Judicial para promover juicios de amparo en contra de la resolución del Pleno. Los amparos promovidos por Probiomed y Cryopharma fueron negados, con lo que quedó firme la resolución. Es decir, en el caso de estas dos empresas, el Poder Judicial confirmó tanto los argumentos como las multas establecidas por la Comisión. Algunas conclusiones destacadas por el Tribunal fueron:

1. Determinó que es complicado acreditar la existencia de prácticas monopólicas absolutas con pruebas directas, pero, en el caso de la resolución analizada, los indicios y su relación lógica fueron suficientes para indicar que fue más probable que improbable la existencia de un acuerdo o coordinación de posturas en las licitaciones convocadas por el IMSS.

2. Resolvió que la Comisión requirió y analizó apropiadamente la información relativa a la capacidad económica de los sancionados, por lo que la imposición de la multa fue acorde a derecho.¹²

Por su parte, las empresas Baxter, Fresenius, Eli Lilly y Pisa acudieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o Corte) en donde se analizó la constitucionalidad de la resolución de la Comisión.

El 8 de abril de 2015, la Segunda Sala de la SCJN resolvió, en definitiva, que estas empresas cometieron prácticas monopólicas absolutas, lo que confirmó la decisión que emitió en 2010, la extinta Comisión Federal de Competencia. La sentencia de la Corte no sólo avaló la investigación que hace constar la realización de la práctica, también refrendó la validez de los análisis económicos como prueba indirecta para detectar conductas anticompetitivas, lo que constituye una herramienta de investigación de gran valor para la Comisión.

10. Número de unidades de soluciones intravenosas entre 2003 y 2005 (31,479) por el precio medio por unidad durante ese periodo (15.9 pesos) es igual a gasto promedio por año (500.9 millones de pesos) en estos medicamentos. El IMSS pagó 2.9% más y en ausencia de colusión hubiera pagado 15.4 pesos por unidad. Debido a que esta práctica duró tres años, la estimación del daño por el periodo es de 43.5 millones de pesos. Respecto a la insulina: número de unidades de insulina entre 2003 y 2005 (1,695.8 miles de unidades por año) por el precio medio por unidad durante ese periodo (197.7 pesos) es igual a gasto promedio por año (335.6 millones de pesos) de insulina. El IMSS pagó 57.6% más y en ausencia de colusión hubiera pagado 83.9 pesos por unidad. La estimación del daño por el mismo periodo es de 579.2 millones de pesos.

11. La LFCE de 1992 permitía a los recurrentes inconformarse con las resoluciones dictadas por la Comisión (Art. 39°) a través de un escrito. El recurso de reconsideración fue eliminado de la LFCE de 2014.

12. Para calcular el monto de la multa la CFC consideró la gravedad de la infracción, el daño causado, la intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la conducta que se sanciona, su reincidencia, antecedentes del infractor y la capacidad económica de los infractores. La multa por haber incurrido en una práctica monopólica absoluta pueden llegar hasta al 10 por ciento de los ingresos del agente económico (Art. 35 fracción IV de la LFCE de 1992 y en el artículo 127 fracción IV de la LFCE de 2014).

“La presente nota no debe entenderse como una interpretación oficial de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) respecto de la Ley Federal de Competencia Económica, ni podrá ser utilizada para vincular a la COFECE por motivo alguno.

La COFECE invoca su facultad para aplicar las disposiciones normativas en materia de competencia económica sin miramiento al presente documento”