Colusión en licitaciones del IMSS para el suministro de sueros e insulina

Expedientes CFC: IO-003-2006 y RA-019-2010

Ernesto Estrada González

Contenido

1. El procedimiento fue largo y complejo por falta de evidencia directa.
2. La integración y análisis de evidencia económica permitió detectar la probable existencia de colusión.
3. Las indagatorias subsecuentes demostraron comunicación explícita continua entre los presuntos cartelistas.
4. La evaluación integral de la evidencia indirecta (económica + comunicación) acreditó el cartel.
5. En la revisión del caso, la SCJN confirmó el cartel y emitió 7 Tesis Jurisprudenciales (el estándar para futuros casos).

Resumen cronológico del procedimiento

- Principios de 2006: se inicia canal de comunicación CFC/IMSS sobre licitaciones.
- Mayo - Agosto 2006: CFC obtiene información sobre algunas licitaciones de 2002 donde identifica ciertos patrones “sospechosos”.
- Julio - Agosto 2006: CFC inicia investigación de oficio e IMSS inicia consolidación de compras.
- Agosto 2006 - Marzo 2009: CFC realiza investigación. Se amplía el plazo varias ocasiones por dificultades para obtener información.
- Marzo 2009: CFC concluye que las pruebas indirectas acumuladas acreditaban la probable existencia de colusión y emite OPR.
- Marzo 2009 - Enero 2010: procedimiento seguido en forma de juicio. CFC resuelve la existencia de la práctica y sanciona a los involucrados.
- Junio 2010: CFC resuelve recurso de reconsideración donde confirma la sanción.
- Abril 2015: 2ª Sala de la SCJN confirma la existencia de colusión.

3

La investigación implicó la recolección y el análisis de una gran cantidad de información

- Evidencia económica:
  - Copias de las bases de licitación, actas de presentación y apertura de proposiciones y actas de fallo de 248 licitaciones realizadas por el IMSS durante Enero 2003 – Julio 2008, las cuales representaban compras por 2.2 mil millones de dólares.
  - En cada licitación se licitaban de manera independiente hasta 250 medicamentos (claves), lo cual llevó a 62,000 observaciones (combinaciones licitación/medicamento).
  - Se identificaron 52 áreas contratantes distribuidas en todo el país.
  - El análisis aislado de cada licitación no proveía indicios de comportamiento colusorio.
  - Fue necesario recopilar y capturar la información para integrar la base de datos utilizada para el análisis.
- Evidencia de comunicación:
  - Registros sobre decenas de reuniones en la Canifarma.
  - Registros sobre cientos de llamadas telefónicas de ejecutivos de los laboratorios involucrados.

4

Desde el inicio de la investigación, la CFC consideró que había diversos factores que facilitaban la colusión

- Productos homogéneos.
- Alta concentración.
- Barreras a la competencia internacional.
- Facilidad de comunicación (Cámara y comités que reunían periódicamente a competidores).
- Resultados públicos.
- **Licitaciones fragmentadas y repetitivas.**
- Demanda creciente, predecible y relativamente inelástica al precio.

5

Contenido

1. El procedimiento fue largo y complejo por falta de evidencia directa.
2. La integración y análisis de evidencia económica permitió detectar la probable existencia de colusión.
3. Las indagatorias subsecuentes demostraron comunicación explícita continua entre los presuntos cartelistas.
4. La evaluación integral de la evidencia indirecta (económica + comunicación) acreditó el cartel.
5. En la revisión del caso, la SCJN confirmó el cartel y emitió 7 Tesis Jurisprudenciales (el estándar para futuros casos).

6

En competencia, las posturas dependen de los costos y las posturas idénticas son improbables

Reglas del juego de las licitaciones

- En cada licitación se asigna la cantidad requerida al precio más bajo, siempre y cuando sea igual o menor que el precio de reserva (P_r).
- Las posturas se presentan en sobre cerrado y se abren públicamente de forma simultánea.

Competencia en precios con información privada de costos y precios públicos *ex-post.*

- **En competencia,** las posturas tienden a crecer con los costos, decrecer con el número esperado de jugadores y estar por debajo del P_r.
- Las posturas y participaciones dependen de los costos de los postores en cada licitación, y la probabilidad de posturas idénticas es virtualmente cero.

En colusión, las posturas dependen menos de costos, y las participaciones pueden converger a niveles estables

Colusión tipo 1*

- Todos ofrecen P_r en cada licitación.
- Las asignaciones se reparten en partes iguales o aleatoriamente.
- Requiere comunicación explícita si P_r no es público.

Precios y participaciones estables

Colusión tipo 2**

- En cada licitación, un postor ofrece P_r y el resto no participa.
- El ganador se turna en el tiempo: la probabilidad de ganar de un postor es mayor cuanto más disminuye su participación acumulada.
- Requiere comunicación explícita.

Precios estables y participaciones que convergen

* MacAfee (1992), Athey et al. (2004) y Athey y Bagwell (2008).
** Athey y Bagwell (2001) y Aoyagi (2003).

Los cambios competitivos estructurales facilitan la detección de cárteles

- Un cambio competitivo "estructural" que rompe un cartel tiende a reducir las posturas e incrementar su variabilidad,[1] así como a desestabilizar las participaciones de mercado o provocar que diverjan.
- Algunos cambios de este tipo se observaron durante el periodo investigado:
  1. Abril 2005: un nuevo postor entró a las licitaciones de **Calcio** con un descuento de 46% sobre el precio previo.
  2. Noviembre 2005: un nuevo postor entró (con producto importado) a las licitaciones de **Insulina** con un descuento de 22% sobre el precio previo, lo cual fue acompañado de una disminución dramática de las posturas.
  3. Noviembre 2005: un nuevo postor entró a las licitaciones de **Ácido micofenólico** con un descuento de 4.1% sobre el precio previo, lo que parece haber disparado una guerra de precios.
  4. Julio - Agosto 2006: el IMSS inició un agresivo proceso de consolidación de compras.
- El análisis utilizó estos eventos para dividir los datos en dos periodos: Periodo I (antes del cambio) y II (después del cambio).

[1] Ej. Abrantes-Metz et al. (2006) y Bolotova et al. (2008).

9

La CFC focalizó la investigación utilizando un ejercicio de detección

- El objetivo del ejercicio de detección era identificar casos donde el comportamiento de posturas y participaciones de mercado fuera consistente con colusión e inconsistente con competencia.
- El ejercicio se concentró en las 20 claves de medicamentos más importantes, así como en medicamentos con las mismas sustancias activas (mismo nombre genérico).
- Con base en la sustancia activa se conformaron grupos de medicamentos.
- En total se estudiaron a detalle 49 claves de 15 grupos de medicamentos genéricos, las cuales representaban contratos por 773 millones de dólares, el 35% de las compras en la base de datos.
- El análisis de posturas se hizo por clave.
- El análisis de participaciones de mercado se realizó por grupo.
- El comportamiento de los licitantes se hizo por grupo económico. El mapeo entre licitantes originales y grupo económico se realizó con base en información de www.compranet.gob.mx y otras fuentes públicas.

10

El estándar de prueba fue alto para minimizar riesgos de falsos positivos y de un revés en tribunales

Estándar de prueba del ejercicio de detección

Periodo I	Periodo II
Patrones consistentes con un cartel tipo 2 (+ simulación) • Poca varianza en las posturas ganadoras. • Alta concentración. • Participaciones de mercado que convergen en el tiempo.	**Se rompe el cartel** • Caída en las posturas ganadoras. • Incremento en la varianza de las posturas. • Las participaciones de mercado divergen (aun cuando el mercado podía seguir concentrado).

El ejercicio no buscaba descartar colusión en los casos que no cumplían con este estándar.

El ejercicio identificó 4 grupos que cumplían de manera clara con el estándar

Posturas (ejemplos)

			Periodo I				Periodo II				Cambios	
ID	Clave	Nombre genérico	Postura Media*	Coeficiente variación	Licitaciones (#)	USD(000) / Lic	Postura media*	Coeficiente variación	Licitaciones (#)	USD(000) / Lic	Δ Media	Δ Coef Var
1	1050	Insulina	100	1.9	214	256	53	53.5	146	161	-46.8	51.5
7	1774	Epirubicina	100	4.1	223	65	94	16.9	27	451	-6.0	12.8
12	5306	Ácido micofenólico	100	9.7	20	87	74	35.2	68	325	-26.3	25.5
17	3610	Sueros	100	4.5	304	57	80	20.7	35	160	-19.8	16.2
			100	**5.1**	**190**	**116**	**75**	**31.6**	**69**	**274**	**-24.7**	**26.5**

*Normalizada: promedio de cada clave de medicamento en periodo I = 100.

Participaciones de mercado

Nombre genérico	Licitante	Periodo I	Periodo II
Insulina (claves 1 y 91)	24	28.5%	
	7	26.4%	4.3%
	1	23.8%	79.2%
	15	20.2%	2.9%
	Total	**98.9%**	**86.4%**
Epirubicina (claves 7 y 75)	6	34.6%	14.2%
	1	33.5%	21.8%
	4	28.9%	18.3%
	7		28.4%
	2		17.0%
	Total	**97.0%**	**99.7%**

Nombre genérico	Licitante	Periodo I	Periodo II
Ácido micofenólico (clave 12)	1	56.0%	14.0%
	18	37.0%	3.0%
	4		50.0%
	3		29.0%
	Total	**93.0%**	**96.0%**
Sueros (claves 17, 19, 20, 37, 40, 43, 50, 70, 79, 105, 177, 222, 245, 246, 247, 248, 249 y 250)	1	33.8%	50.4%
	8	32.3%	43.1%
	11	31.4%	6.4%
	Total	**97.5%**	**99.9%**

El principal proveedor de medicamentos del IMSS aparecía como miembro de los 4 presuntos cárteles

Participaciones de mercado de los principales licitantes durante Periodo I

Medicamento	Licitantes									
	1	4	6	7	8	11	15	18	24	Total
Sueros	33.8%				32.3%	31.4%				97.4%
Insulina	23.8%			26.4%			20.2%		28.5%	98.8%
Epirubicina	33.5%	28.9%	34.6%							96.9%
Ácido micofenólico	55.9%							37.2%		93.0%

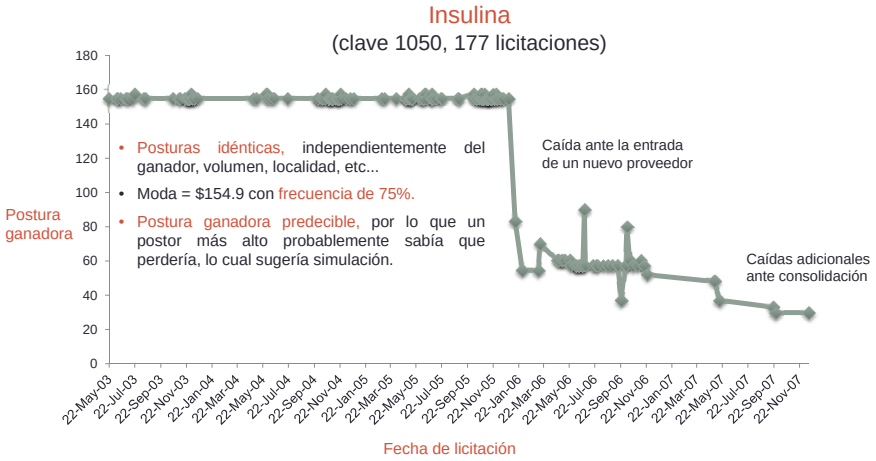
13

La investigación subsecuente se concentró en los casos más evidentes y de mayor impacto: insulina y sueros

- Ante la falta de precedentes en México sobre la demostración de un cartel utilizando solo evidencia indirecta, la CFC anticipaba "fuertes" impugnaciones al procedimiento.
- Adicionalmente, el costo y la complejidad de obtener evidencia adicional a la económica, aumentaban significativamente con cada medicamento que se incluyera en la indagatoria.
- Por estas razones, la CFC decidió enfocar los esfuerzos subsecuentes en los casos más sólidos (evidentes) y de mayor impacto económico.
  - Las compras de sueros e insulina (en la base de datos) eran de 159 y 86 millones de dólares, respectivamente; mientras que las de Ácido micofenólico y Epirubicina eran de 31 y 24 millones de dólares, respectivamente.
  - Además, en el caso de Epirubicina, la caída de precios entre los Periodos I y II era sustancialmente menor que en los otros 3 grupos de medicamentos.

14

En insulina, las posturas ganadoras eran prácticamente idénticas (en el Periodo I) …

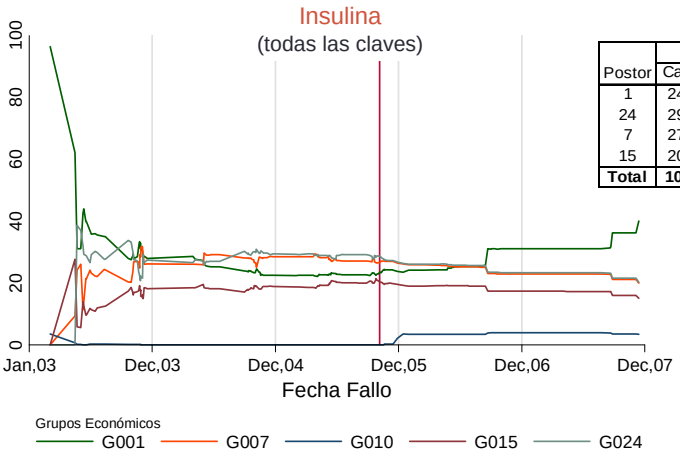


- Posturas idénticas, independientemente del ganador, volumen, localidad, etc...
- Moda = $154.9 con frecuencia de 75%.
- Postura ganadora predecible, por lo que un postor más alto probablemente sabía que perdería, lo cual sugería simulación.

La otra clave involucrada mostraba comportamientos similares.

15

… y las participaciones acumuladas de mercado convergían rápidamente



Postor	Período Cartel	Período No Cartel
1	24%	78%
24	29%	1%
7	27%	5%
15	20%	3%
Total	**100%**	**87%**

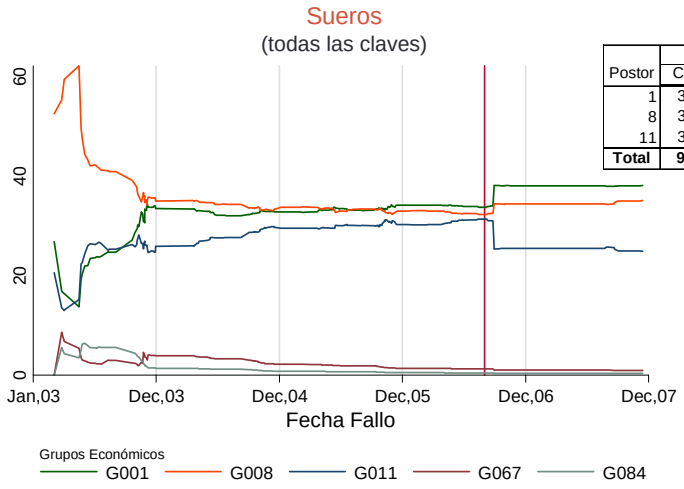
16

En sueros, las posturas ganadoras eran prácticamente idénticas (en el Periodo I) …

Las otras 17 claves involucradas mostraban comportamientos similares.

17

… y las participaciones acumuladas de mercado convergían rápidamente



Postor	Período Cartel	Período No Cartel
1	34%	50%
8	32%	43%
11	31%	6%
Total	**97%**	**99%**

18

En resumen, la evidencia económica mostraba claros patrones colusorios

- Durante 2003-2006, las empresas tomaban turnos como ganadoras y perdedoras. Las ganadoras presentaban la misma postura entre licitaciones (sin importar ganador, volumen, localidad, etc...); y las perdedoras, posturas por arriba para aparentar competencia.
- Estas empresas concentraban casi el 100% del mercado y, en el mediano plazo, se distribuían el mercado en partes casi iguales.
- Los márgenes de ganancia eran altos, lo cual les habría permitido bajar posturas e incrementar ventas, pero no lo hicieron durante el período de colusión.
- Los patrones anteriores desaparecieron y los precios bajaron drásticamente ante la entrada de nuevos licitantes y/o la consolidación de compras.

Estos patrones no se pueden explicar razonablemente considerando un comportamiento competitivo, pero sí uno colusorio.

19

Contenido

1. El procedimiento fue largo y complejo por falta de evidencia directa.
2. La integración y análisis de evidencia económica permitió detectar la probable existencia de colusión.
3. Las indagatorias subsecuentes demostraron comunicación explícita continua entre los presuntos cartelistas.
4. La evaluación integral de la evidencia indirecta (económica + comunicación) acreditó el cartel.
5. En la revisión del caso, la SCJN confirmó el cartel y emitió 7 Tesis Jurisprudenciales (el estándar para futuros casos).

20

La CFC demostró la existencia y el uso constante de canales de comunicación explícita entre los cartelistas

- Los registros de decenas de reuniones de la Comisión de Abasto a Sector Público de la Canifarma permitieron demostrar que los representantes de todos los laboratorios coincidían regularmente en estas reuniones.
- Los registros de cientos de llamadas telefónicas acreditaron que los ejecutivos de ventas al sector público de los laboratorios involucrados tenían comunicación constante, particularmente, en fechas cercanas a la entrega de posturas.

21

Contenido

1. El procedimiento fue largo y complejo por falta de evidencia directa.
2. La integración y análisis de evidencia económica permitió detectar la probable existencia de colusión.
3. Las indagatorias subsecuentes demostraron comunicación explícita continua entre los presuntos cartelistas.
4. La evaluación integral de la evidencia indirecta (económica + comunicación) acreditó el cartel.
5. En la revisión del caso, la SCJN confirmó el cartel y emitió 7 Tesis Jurisprudenciales (el estándar para futuros casos).

22

La evaluación de la CFC consideró diversos factores para descartar la posibilidad de acciones independientes

Factores*	
• La conducta era en el interés de las partes si y sólo si todas actuaban en ese sentido.	✓
• Las partes no presentaron una explicación razonable de negocios para desvirtuar la imputación de la CFC.	✓
• Existió comunicación entre las partes, la cual se acentuaba antes de la entrega de propuestas.	✓
• Posturas idénticas.	✓

* Las cortes de los EE.UU. han evaluado la coordinación en conjunto con estos factores ("factores plus") que tienden a excluir la posibilidad de acción independiente. Werden (2004) y ABA (2002) hacen un recuento de los casos relevantes.

23

Los responsables no desvirtuaron la imputación de la CFC

Argumentos	Respuesta
I. No hay incentivos para competir en precio	• La licitación a precio más bajo promueve precios agresivos cuando los jugadores actúan de forma independiente.
II. Sólo compiten agresivamente cuando otros lo hacen	• Es inconsistente con incrementos de posturas observados después de ganar.
III. Las posturas anteriores sirven de referencia	• Es inconsistente con incrementos de posturas observados después de ganar.
IV. No hay interés por ganar siempre	• La participación en licitaciones sin interés de ganar sólo se explica ante un acuerdo de rotación y posturas de simulación.
V. Las posturas decrecen con el volumen	• La correlación entre postura y volumen es estadísticamente igual a cero.
VI. El comportamiento es consistente con colusión tácita en un juego dinámico	• El comportamiento no es consistente con coordinación sin comunicación. Las posturas ganadoras y perdedoras siguen un patrón no consistente con un comportamiento independiente de los agentes económicos. • La evidencia es consistente con un esquema de rotación que requiere comunicación continua.

24

Contenido

1. El procedimiento fue largo y complejo por falta de evidencia directa.
2. La integración y análisis de evidencia económica permitió detectar la probable existencia de colusión.
3. Las indagatorias subsecuentes demostraron comunicación explícita continua entre los presuntos cartelistas.
4. La evaluación integral de la evidencia indirecta (económica + comunicación) acreditó el cartel.
5. En la revisión del caso, la SCJN confirmó el cartel y emitió 7 Tesis Jurisprudenciales (el estándar para futuros casos).

25

Algunas consideraciones centrales de la SCJN

- "La CFC analizó en conjunto la documentación relativa a todas las licitaciones que … celebró el IMSS, y que de ese examen conjunto identificó aquellos resultados que pudieran reflejar un probable comportamiento [colusorio] … no tomó ejemplos aislados de licitaciones para afirmar que en ellas existió acuerdo colusorio …"
- "… los indicios que tomó en cuenta la autoridad no fueron producto de su imaginación o subjetividad … las conclusiones obtenidas en éste tienen el respaldo documental necesario …"
- "… la conclusión a la que llegó la Comisión … es verosímil, lógica y razonable, en la medida que en asuntos como el que se resuelve … no se va a poder encontrar prueba directa …"
- "… las presunciones descritas y claramente distinguidas, conducen a la única conclusión de que existió un acuerdo colusorio entre los agentes económicos sancionados."
- "… junto al análisis económico, existen los otros indicios que … convalidan la existencia de la conducta reprochada a la quejosa, consistentes en la existencia de canales de comunicación entre los agentes competidores …"

26

Tesis jurisprudenciales derivadas de este caso

1) **Es válido que la autoridad acuda de manera primordial a la integración de pruebas indirectas o circunstanciales para demostrar una colusión.** (*Tesis: 2ª./J. 95/2015*).

2) **Lo anterior no se opone al principio de presunción de inocencia,** el cual implica que para desvirtuarla la autoridad debe colmar un estándar probatorio alto. (*Tesis: 2ª./J.101/2015).*

3) **El análisis económico constituye una prueba indirecta con la que puede demostrarse la existencia de colusión.** Este análisis puede advertir indicios que conduzcan a presunciones que, adminiculadas, demuestren la colusión. (*Tesis: 2ª./J. 96/2015*).

4) **Para la existencia de colusión en licitaciones públicas se debe acreditar la existencia de un acuerdo anticompetitivo.** (*Tesis: 2ª./J. 94/2015).*

5) **La existencia de colusión en licitaciones públicas no requiere que la práctica sea ininterrumpida**. (*Tesis: 2ª./J. 99/2015*).

27

Tesis jurisprudenciales derivadas de este caso

6) **Las siguientes características pueden evidenciar una colusión en licitaciones públicas, cuando no se tiene una explicación económica razonable:**
   a) Patrón de posturas ganadoras y perdedoras.
   b) Posturas similares para ganar o perder.
   c) Agentes preponderantemente ganadores con diferencias notables respecto al resto.
   d) La entrada de nuevos competidores se refleje en un cambio drástico de disminución de precios ofertados.

   La demostración de estos extremos estará sujeta a los medios de prueba que la autoridad obtenga. (*Tesis: 2ª./J. 98/2015*).

7) **La existencia de colusión en licitaciones se configura por la existencia de acuerdos anticompetitivos y no necesariamente por el monto de los precios ofrecidos.** (*Tesis: 2ª./J. 100/2015).*

28

¡Gracias!

29