

SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE

IV REUNIÓN ANUAL DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE COMERCIO Y COMPETENCIA DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

5 y 6 de noviembre, Punta Cana, República Dominicana

SESIÓN II: LA COLUSIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CASOS PRÁCTICOS

– Contribución de México –

Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece)

1. La colusión es la más grave de las prácticas anticompetitivas, porque es la que tiene un impacto más inmediato y más dañino sobre los consumidores.
2. El combate a la colusión en compras públicas debe ser una prioridad de las agencias de competencia porque la proveeduría pública, en todos los países, presenta un alto riesgo de colusión y sobreprecios. En efecto, la OCDE ha estimado que la colusión puede subir los precios en 20% o más.
3. En particular, la colusión se facilita cuando las reglas y las estrategias de compra reducen la rivalidad entre oferentes. Esto puede ocurrir por ejemplo, cuando se permiten las ofertas conjuntas; la asignación múltiple de contratos; las licitaciones frecuentes y fragmentadas; la restricción de participación de empresas internacionales; y el establecimiento de altos precios de referencia.
4. Otro factor importante que facilita la colusión es el desconocimiento de los propios funcionarios encargados de las compras de gobierno sobre la legislación de competencia. Hay que tener presente que estos funcionarios por lo general se enfocan en el cumplimiento de las reglas de procedimiento y no en que se logren resultados competitivos.

I. Compra pública en México

5. Las actividades del sector público desempeñan un papel importante en la economía mexicana. En 2013, por ejemplo, representaron 19.0% del Producto Interno Bruto (PIB). Si se desagrega por subsectores gubernamentales, las empresas públicas generaron 10.7% del PIB; los gobiernos estatales y municipales, 5.1%; el gobierno federal, 2.1% y la seguridad social, 1.1%.¹
6. La Secretaría de la Función Pública, encargada de dirigir y determinar la política de compras públicas de la Federación, estima que las compras públicas del gobierno federal representan aproximadamente 40% de su presupuesto, equivalente a alrededor de 8% del PIB.² Por tal motivo, las compras públicas son la actividad del gobierno con mayor impacto en la economía nacional.
7. Poco menos de la mitad de las compras públicas en México están concentradas en cinco empresas públicas: la Comisión Federal de Electricidad (CFE) representa 20.9% del monto total de los contratos de contratación pública en México; el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), 10.4%; la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, 9.9%; el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, 4.7%; y Petróleos Mexicanos (Pemex), 2.3%.³

¹ Cifras preliminares. INEGI, Sistema de Cuentas Nacionales de México. Cuentas por Sectores Institucionales, 2013.

² Secretaría de la Función Pública

³ Secretaría de la Función Pública, a través de la herramienta electrónica CompraNet

II. Marco legal

8. Los objetivos de política que rigen la contratación pública se encuentran en el artículo 134 de la Constitución Política de México. En este se dispone que la contratación pública debe asegurar los mejores términos y condiciones para el Estado.

9. La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (Ley de Adquisiciones) y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas (Ley de Obras Públicas) implementan el artículo 134 constitucional y establecen otros objetivos de política en la contratación pública, tales como la eficiencia, la transparencia, la economía y la honestidad.⁴

10. De acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, la contratación pública deberá hacerse, por regla general, a través de licitaciones públicas, para asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, crecimiento económico, generación de empleo, eficiencia energética, uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección al medio ambiente.

11. La Secretaría de la Función Pública es la autoridad habilitada para crear las normas sobre la contratación pública y supervisar la adecuada implementación de dichas normas.⁵

III. Acciones de la COFECE para el combate a la colusión en compras públicas

12. Durante los últimos años, el combate a la colusión en compras públicas ha sido una prioridad para la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) en México.⁶

13. Las acciones de la COFECE descansan en dos pilares: i) aplicación de la ley de competencia (*enforcement*) y ii) en el trabajo de abogacía. El primer pilar – *enforcement* – la COFECE ha buscado enviar al mercado la clara señal de que la participación en actividades anticompetitivas cuyo fin sea manipular las licitaciones tendrá un costo importante para los infractores.

14. Este trabajo comenzó en 2006, cuando el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) – el proveedor de servicios de salud más grande de Latinoamérica- solicitó a la Comisión asesoría en el diseño de sus procesos de licitación para asegurar que sus compras se realizaran en las condiciones más competitivas posibles y se disminuyera el riesgo de colusión.

15. Las recomendaciones de la Comisión en ese momento fueron: 1) consolidar compras; 2) utilizar el mecanismo de subasta en reversa; 3) bajar agresivamente los precios de referencia; 4) abrir los procesos a proveedores internacionales. A partir de la implementación de estas recomendaciones, el IMSS reportó ahorros de aproximadamente 46 mil millones de pesos mexicanos de 2006 a 2011.⁷

⁴ La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, DOF 11-08-2014, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_110814.pdf; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas, DOF 11-08-2014, disponible en: http://www.normateca.gob.mx/Archivos/66_D_3918_28-08-2014.pdf

⁵ Artículo 7 de la Ley de Adquisiciones.

⁶ Referida como COFECE o “La Comisión” a lo largo del presente texto. Desde la Reforma Constitucional en materia de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión de junio de 2013, la Comisión Federal de Competencia (CFC), órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, se convirtió en la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), el cuál es un órgano constitucional autónomo con patrimonio propio y personalidad jurídica.

⁷ Aproximadamente USD\$ 4.5 billones.

16. Además, como resultado de esta colaboración, el IMSS facilitó a la Comisión información respecto de la compra de 250 productos que permitió encontrar evidencia de la existencia de un cártel económico en el mercado de compras públicas de medicamentos.

17. La información proporcionada mostró patrones de posturas similares entre distintos proveedores y precios elevados en algunos medicamentos, lo que constituía un indicio de la existencia de prácticas monopólicas absolutas.⁸ Con base en esta evidencia, en agosto de 2006, la Comisión abrió una investigación de oficio.

18. La investigación de la Comisión se centró en licitaciones públicas realizadas de 2003 a 2006 para la compra de dos productos: insulina humana y soluciones electrolíticas (sueros). Con la información recabada en la investigación se pudo comprobar que, efectivamente, diversas empresas coordinaban sus posturas para encarecer los productos que adquiría el Instituto, en perjuicio de sus derechohabientes y del erario público.

19. Las posturas de los laboratorios eran idénticas en múltiples casos, turnándose los postores para ganar o perder en diversos procedimientos de licitación, y los laboratorios se repartían las adquisiciones de dichos insumos en porcentajes similares. La Comisión también comprobó que las empresas mantenían una comunicación constante, por ejemplo mediante llamadas telefónicas entre empleados en fechas cercanas a los procesos de licitación.

20. Como resultado de lo anterior, en 2010 la Comisión sancionó a cuatro laboratorios por eliminar la competencia en las licitaciones de insulina humana (esencial para el tratamiento de la diabetes) en los años 2003 a 2006; y sancionó a otros tres laboratorios por una coordinación ilegal de posturas en las licitaciones de sueros inyectables. El monto total de las multas impuestas por la Comisión de 151.7 millones de pesos mexicanos. La decisión de la Comisión se mantuvo firme en los tribunales, los cuales rechazaron 3 recursos de amparo presentados por los agentes económicos involucrados.

21. A través del segundo pilar –abogacía de la competencia– la COFECE buscar la enmienda de la normatividad en materia de compras públicas para promover la competencia y reducir los incentivos de las empresas de participar en conductas colusivas.

22. Desde el año 2010, la Comisión ha llevado a cabo importantes esfuerzos en el ámbito federal y local, de manera coordinada con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para combatir las prácticas anticompetitivas en los procesos de compra pública de México.⁹

⁸ La Ley Federal de Competencia Económica, DOF 23-05-2014, define las prácticas monopólicas absolutas como los “contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes: I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados; II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones. Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar.”

⁹Para mayor información revisar los reportes que se encuentran disponibles en:

IMSS (2011) <http://www.OCDE.org/daf/competition/fightingbidrigginginpublicprocurementinmexico2011.htm>,

GEM (2012) <http://www.OCDE.org/daf/competition/fightingbidrigginginpublicprocurementinmexicogemreport--2012.htm>,

ISSSTE (2013) <http://www.OCDE.org/daf/competition/mexicoissste2013.htm>

23. El 2011 fue un año que marcó la pauta en la labor de apoyo que realiza la Comisión para mejorar los procesos de compra pública. Durante este año, el IMSS, la CFC y la OCDE firmaron un memorándum de entendimiento para profundizar la lucha contra la colusión y contra todo tipo de corrupción en los procesos de licitación en las compras públicas que realiza el IMSS. Derivado de este acuerdo se hicieron recomendaciones al IMSS para modificar sus prácticas y regulación, así como recomendaciones a la Ley de Compra Pública – que rige las compras de toda la administración pública federal en México.

24. Los exitosos resultados derivados de la decisión del IMSS de adoptar las decisiones de la OCDE han motivado a otras instituciones públicas y dependencias del gobierno mexicano a trabajar con la Comisión en proyectos similares. Por ejemplo, en 2012, la Comisión trabajó con la OCDE y con el ISSSTE y con gobiernos locales de diversos estados del país (Guerrero, Zacatecas, Estado de México y el municipio de Oaxaca) para incorporar los lineamientos de la OCDE en el combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas en México.

25. De la misma forma, en 2012 se firmó un acuerdo con la Comisión Federal de Electricidad, a través del cual la Comisión, la OCDE y la CFE se comprometieron a elaborar un estudio de su sistema de compras públicas con el objetivo de reducir eventuales problemas de colusión.

26. En 2013, la COFECE participó en la implementación de la estrategia de coordinación interinstitucional en materia de contratación pública, a través de la compra consolidada de medicamentos más grande de la historia de sector público en México. Esta compra consistió en la adquisición de más de 1,800 medicamentos en 10 licitaciones, que generó ahorros para todas las instituciones de salud participantes, de 3 mil 700 millones de pesos: 3 mil 100 millones para medicamentos genéricos y materiales de curación (equivalente al 10% con respecto al año anterior), y cerca de 600 millones en medicamentos con patente o de marca (equivalente al 6% con respecto al año anterior).^{10,11,12}

27. Con la asesoría de la COFECE y de la OCDE se fomentó el uso de mecanismos pro-competitivos como parte de la estrategia de compras consolidadas, tales como la utilización de las subastas en reversa, la diversificación de fuentes de abastecimiento, entre otras.

28. En 2014, se firmó un nuevo convenio entre la COFECE y el IMSS para formalizar la cooperación con la nueva autoridad de competencia, que desde hace tiempo se entabla entre ambas instituciones. A través de este convenio de colaboración se establecen las bases y mecanismos para aumentar el intercambio de información entre ambas instituciones. Además el convenio contempla el desarrollo de capacidades de los funcionarios del IMSS, principalmente de aquellos responsables de los procedimientos de contratación, sobre la elaboración de convocatorias e invitaciones para reducir el riesgo de colusión en sus licitaciones, para identificar posibles casos de colusión y saber qué hacer cuando se encuentren dichos casos.

29. Estos esfuerzos en el combate a la colusión en compras públicas son un ejemplo claro y práctico de la implementación adecuada de estrategias para contrarrestar la manipulación de licitaciones, que fortalecen las labores de la autoridad de competencia para prevenir, detectar y sancionar las prácticas colusivas.

¹⁰ Aproximadamente USD\$285 millones

¹¹ Ver comunicado de prensa, disponible en: <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/sala-de-prensa.html>

¹² En este esfuerzo de contratación participaron el IMSS; el ISSSTE; Pemex; las secretarías de la Defensa Nacional (Sedena) y de Marina (Semar); los hospitales de la Mujer; Psiquiatría, Nacional Homeopáticos y Juárez del Centro de la Secretaría de Salud, así como a los estados de Baja California, Campeche, Colima, Tlaxcala y Veracruz. Además la Secretaría de la Función Pública, y tres testigos sociales.