

El 17 de junio, en la Gaceta de la Comisión Permanente, se publicó (https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/109017) la iniciativa de Decreto por el que se adiciona un párrafo quinto al artículo 1 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP).

En la Exposición de Motivos de la iniciativa se indica:

“...existen organismos intergubernamentales internacionales que ponen a disposición de sus Estados Miembros participantes, diversos mecanismos de cooperación internacional cuya finalidad es precisamente generar condiciones que propicien un abasto eficiente y a costos razonables de los insumos para la salud...

...

No obstante lo anterior, en el caso de México, aún y cuando el pasado 28 de noviembre del 2019, el Secretario de Salud Jorge Alcocer Varela firmó un acuerdo de colaboración interinstitucional para su participación en los fondos mencionados, a la fecha, no es posible acceder a estos mecanismos de cooperación internacional, pues como el propio instrumento internacional referido lo reconoce, su aplicación está condicionada a la reforma que se realice a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, ello en virtud de que esta modalidad de contratación no se encuentra prevista de manera expresa en nuestro orden jurídico nacional, como a continuación se explica:

...

Cabe mencionar que, los organismos intergubernamentales no son los proveedores, sin embargo, son los responsables con quienes los Estados Miembros suscriben los acuerdos correspondientes para acceder a los insumos para la salud, haciendo que el procedimiento de compra sea diferente y específico. Asimismo, dichos organismos internacionales no son sujetos a la normatividad interna de cada país miembro, por lo que, éstos deben adherirse a los procedimientos de compra que establecen los mecanismos de cooperación internacional.

...

Razón por la cual, se estima que resulta de una imperiosa necesidad el modificar la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, a efecto de generar la base legal que permita acceder a los mecanismos internacionales, como una opción más para la adquisición de bienes y servicios para la salud...

Con ello, además de asegurar que las adquisiciones cumplan con los principios constitucionales, se garantizará la participación de proveedores nacionales, toda vez que en caso de ser ellos quienes ofrezcan las mejores condiciones, las entidades y dependencias estarán obligadas a contratar sus servicios, en los términos y procedimientos que establece la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

...”

La iniciativa adiciona un párrafo quinto al artículo 1 de la LAASSP para disponer lo siguiente: *“En el caso de la adquisición de bienes o prestación de servicios para la salud, cuando de la investigación de mercado se concluya que la licitación no es la vía idónea para asegurar al Estado las mejores condiciones conforme a lo previsto en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las dependencias y entidades, previa autorización de la Secretaría por conducto de la Oficialía Mayor, podrán contratar con organismos intergubernamentales internacionales a través de los mecanismos de colaboración previamente establecidos con éstos, sujetándose para ello a las reglas y procedimientos que rigen a los mismos”.*

Consideramos que, por la forma en que se encuentra redactada la iniciativa, se pueden violentar disposiciones Constitucionales.

1. Artículo 134 Constitucional. El tercer párrafo del artículo 134 Constitucional establece que las adquisiciones de bienes y servicios se adjudicarán a través de licitación pública mediante convocatoria pública y el cuarto párrafo del mismo numeral dispone que cuando tales licitaciones no sean idóneas, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

En el presente caso, la iniciativa en realidad sólo pretende que tratándose de bienes (medicamentos, dispositivos médicos, en realidad cualquier insumo para la salud) o prestación de servicios para la salud, se facilite al Ejecutivo, a través del cumplimiento de un requisito (que no procedimiento) expedito y no público (el estudio de mercado no suelen darlo a conocer las autoridades administrativas), llevar a cabo la evasión de aplicación de la LAASSP.

La Constitución condiciona la excepción a la licitación pública a que las leyes secundarias mexicanas -es decir, del orden jurídico nacional y no extranjero- establezcan las bases, procedimientos, reglas y requisitos. Por el contrario, la iniciativa de mérito no contiene bases, procedimientos, reglas ni requisitos y el único requisito que prevé -estudio de mercado- no lo es para efectos de asegurar la economía, eficacia, imparcialidad y honradez, en virtud de que se trata de una circunstancia superficial que, en realidad, solo facilita la inobservancia de la normatividad nacional.

En efecto, el único requisito que contempla la presente iniciativa es realizar un estudio de mercado en donde se concluya que la licitación no es la vía "idónea", pero será la autoridad administrativa que realice el estudio de mercado la que definirá (como si se tratara de una cláusula habilitante) qué es o no idóneo. La Constitución no señala que sea una autoridad administrativa la encargada de determinar cuándo una licitación pública no es idónea, sin embargo, establece que lo haga la ley de la materia bajo los procedimientos, reglas y requisitos que garanticen los principios antes señalados. En otras palabras, la iniciativa delega, del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, la facultad para determinar cuándo la licitación no es idónea (cuando ello ya lo previó el legislador en el artículo 41 de la LAASSP al contemplar las excepciones a la licitación pública).

Desde luego el artículo 41 vigente de la LAASSP contempla casos limitativos de excepción a la licitación pública y en todo caso a través de un estudio de mercado la autoridad administrativa puede apreciar si se actualizan las hipótesis previstas en tal artículo. No obstante ello, lo que la iniciativa pretende es que, por el simple hecho de tratarse de insumos para la salud o prestación de servicios de salud, se actualice una excepción, pero no para realizar procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o llevar a cabo adjudicación directa, sino simplemente para no aplicar la LAASSP.

La "metodología" para realizar un estudio de mercado (artículo 28 del Reglamento de la LAASSP) se limita a contar con dos de las tres siguientes fuentes: i) La que se encuentre en CompraNet; ii) La obtenida de cámaras, asociaciones, de fabricantes o proveedores, etc.; y, iii) La obtenida de páginas de internet o por vía telefónica; la iniciativa no comprende metodología alguna.

Luego entonces, independientemente de que bastará hacer una captura de pantalla de Compranet y realizar ciertas llamadas telefónicas a proveedores, para que el Poder Ejecutivo determine que no licitará por no ser el medio idóneo, además la autoridad no tendrá la obligación de aplicar la LAASSP (y todas las normas, requisitos presupuestarios y de responsabilidad administrativa que emanan de la misma).

Además, esta iniciativa contribuye a evadir, sin causa justificada (ni regulada) la aplicación de Tratados de Libre Comercio con Capítulos de Compras del Sector Público vigentes, con la simple realización de un "estudio de mercado" (llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc. y sin

existencia de una fórmula para determinar el precio máximo de referencia) lo cual se da bajo el contexto de la entrada en vigor del T-MEC.

2. Artículo 16 Constitucional. La iniciativa carece de la motivación exigible también a los actos legislativos al no establecer qué es idóneo y qué no lo es, así como la metodología y procedimientos necesarios para tal determinación (lo que es una cuestión que requiere ser regulada para dotar de certeza a la norma). Tal falta de motivación nuevamente genera que sea el Poder Ejecutivo quien defina unilateralmente y caso por caso qué debe entenderse por idóneo (en un estudio de mercado que no dará a conocer a terceros).

Debe considerarse que en la exposición de motivos se señala que esta iniciativa garantiza la participación de la industria nacional *“toda vez que en caso de ser ellos quienes ofrezcan las mejores condiciones, las entidades y dependencias estarán obligadas a contratar sus servicios”*, sin embargo, no existe en el texto de la iniciativa mecanismo alguno que señale que la autoridad estará obligada a contratar con la proveeduría nacional, pues el concepto “idoneidad” que prevé la Constitución (y que la iniciativa pretende sea determinada por el Poder Ejecutivo) es algo que debe definir el legislador.

Si se concatena la exposición de motivos con el texto de la iniciativa pareciera que se entiende por idoneidad las mejores condiciones de precio. Si es así, se corre el peligro de que la iniciativa, en caso de aprobarse, sea un instrumento de intervención estatal para fijar indirectamente el precio de los insumos y servicios de salud y, de no desahogar la proveeduría nacional un estudio de mercado con el precio esperado por la autoridad (que pudo previamente comparado en el extranjero bajo condiciones de prácticas de comercio desleal en otros países), entonces el Poder Ejecutivo unilateralmente podrá determinar la no idoneidad de la licitación y acudir a los organismos intergubernamentales dejando de aplicar la LAASSP. Ello, bajo esta redacción, resulta incompatible en un Estado de Derecho que garantice seguridad y certeza al sector social y privado, máxime cuando ni la LAASSP ni su Reglamento prevén mecanismos eficaces para realizar estudios de mercado ni fórmulas concretas, objetivas y reales para determinar los precios máximos de referencia.

3. Artículo 25 Constitucional. Este artículo que establece que al desarrollo económico nacional concurrirán con responsabilidad social el sector público, social y privado y, sobre todo, que la *“ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales...”*. La industria nacional y los empleos que genera, así como la inversión extranjera, resultarían afectados con la inaplicación de la LAASSP a través de estudios de mercado, sin existir bases, procedimientos, reglas, requisitos que garanticen economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez. Además, esta iniciativa se suma a otras existentes (y a otras normas generales emitidas por el Poder Ejecutivo) que se suman a esta afectación.

Cabe señalar que, al tratarse de emergencias de salubridad pública, la LAASSP permite invitación a cuando menos tres personas, adjudicaciones directas e incluso otros ordenamientos prevén la importación de insumos para la salud de urgencia con registro sanitario o incluso sin éste.

Consideramos que en todo caso lo pretendido es propio de una reforma Constitucional o, cuando menos, de una regulación secundaria objetiva y con un procedimiento transparente y debidamente desarrollado que pueda ser del conocimiento de cualquier tercero, que se publique el estudio de mercado, la fórmula para calcular el precio máximo de conveniencia, el proceso que se seguirá, etc. En realidad, debería de regularse como excepción (limitándola a casos de extrema necesidad o por salubridad pública) con mecanismos y procedimientos objetivos y claros, pero también limitados para no afectar el desarrollo nacional, para establecer que las compras públicas bajo dichas situaciones

puedan realizarse excepcionalmente sólo en función del derecho humano a la salud (disponibilidad, eficacia, etc.) pero nada de ello, en nuestro concepto, se refleja en la iniciativa.

4. Sobre las organizaciones intergubernamentales. Éstas son asociaciones de Estados que se establecen a través de un tratado que actúa como una carta creadora de la organización, siendo ésta una de sus principales características. Tienen aparatos permanentes de órganos, encargados de perseguir la realización de objetivos de interés común por medio de cooperación entre ellos y los miembros siempre son los Estados, representados en forma habitual por sus gobiernos, pero no exclusivamente.

Dichas Organizaciones tienen autonomía decisional y operativa de los Estados Miembros, no obstante, dicha autonomía no es absoluta, toda vez que los países que forman parte de ella ejercen una influencia mayor o menor en sus actuaciones.

El concepto de organización intergubernamental a que se refiere la propuesta de reforma, puede incluir básicamente cualquier organismo internacional, siempre que no se trate de una organización no gubernamental, por lo que la norma pretendería referirse a prácticamente cualquier organización, aunque no a grupos de trabajo como el Grupo de Alto Nivel sobre el Acceso a los Medicamentos o las Comisiones creadas para algún tema de importancia internacional.

Ciudad de México a 18 de junio de 2020.