

Asunto: Iniciativa reforma LAASSP. Tres implicaciones de consideración derivadas de cinco elementos esenciales de la iniciativa.

En la Gaceta Parlamentaria del 14 de abril de 2020 (que hemos comentado con mayor detalle previamente) se publicó la Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, suscrita por diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena. En términos generales, la aprobación de dicha iniciativa implicaría, en los términos en que se encuentra planteada:

- 1) Facilitar y ampliar la posibilidad de que el Estado evada el procedimiento de licitación pública con libre concurrencia y transparencia previsto en el artículo 134 Constitucional, en tanto pareciese que el procedimiento licitatorio resulta un obstáculo para la ejecución de políticas públicas del Poder Ejecutivo;
- 2) Incrementar considerablemente la intervención estatal (fijación de precios, establecimiento de reglas en los mercados, etc.), pero en forma discrecional y sin reglas claras que en el mediano y largo plazo tendrían efectos económicos por demás importantes para la industria establecida en México (inversión, empleo, etc.); y,
- 3) Limitar la libre competencia y colocar a la industria mexicana o a la extranjera establecida en México en una posición de posible competencia desleal frente a terceros.

En dicha iniciativa se contienen propuestas de reformas a un gran número de disposiciones, pero consideramos que son cinco las principales cuestiones que generarían lo antes señalado (que además contradictoriamente resultan completamente diversas a lo previsto en la exposición de motivos de la iniciativa¹), siendo éstas:

- i. Se permite que el Estado no aplique la LAASSP (sino el Código Civil) y facilitarle la contratación de sus propias empresas (como las de participación estatal mayoritaria, las existentes o las que constituya), cuando no esté de acuerdo con los proveedores del sector privado, los quiera desplazar o estime que es mejor la intervención Estatal en determinado mercado;
- ii. Se establece un nuevo procedimiento de convenios marco² (los que ya existían, pero no bajo esta regulación), a través de los cuales se realiza un procedimiento simulado de licitación, sin reglas claras ni transparencia, donde podrían existir proveedores preferidos -sin espacio temporal determinado- limitando la libre concurrencia y competencia en las empresas del sector privado interesadas, creando listas y tiendas digitales predeterminadas;
- iii. Se elimina el sistema de prelación de la licitación pública (nacional o internacional bajo tratados) para permitir la licitación internacional abierta bajo el criterio de conveniencia en razón de precio, lo que permitiría que bastase que el Estado realice una investigación de mercado en países donde no existe tratado internacional (y donde podrían existir prácticas ilegales y/o desleales de comercio exterior, así como otras condiciones de mercado no equiparables a las que existentes en México) y con ello “fijar” un precio al que obligue a competir -en condiciones desiguales- a la industria establecida en el país, que genera empleos e inversión en México;

¹ “... se busca establecer un marco jurídico renovado que regule las contrataciones públicas a fin de garantizar que ningún servidor público o particular pueda beneficiarse con recursos económicos que son propiedad únicamente del pueblo de México... (...) ... que las contrataciones públicas cumplan con su objetivo de satisfacer el interés público constituyendo un factor relevante para el desarrollo de nuestro país, lo que permitirá la obtención de mayores beneficios sociales, detonando la expansión y el crecimiento económico... (...) con la implementación de dicho esquema se permitirá contar con ...el máximo de transparencia en los procedimientos de contratación”.

² En la exposición de motivos se cita a la OCDE. Entre otras muchos estudios y recomendaciones, tal OCDE ha señalado que es deseable “No descalificar a los participantes en futuras competencias o eliminarlos inmediatamente de una lista de licitantes si no presentan ofertas en licitaciones recientes” lo que es contrario al procedimiento de convenios marco que se pretende (<http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>).

iv. Se establece, en directa violación al artículo 134 Constitucional, la posibilidad de acudir a la adjudicación directa para la contratación de bienes (medicamentos o equipo médico) relacionados con servicios de salud³ sin necesidad de que exista una justificación, a diferencia de lo que sucede hoy, en que la invitación a cuando menos tres personas o la adjudicación directa son excepciones que solo operan con justificación razonable, como puede ser la emergencia sanitaria actual por razones de salubridad; y,

v. Se elimina el límite de modificación de contratos⁴ (que actualmente es del 20%), lo que genera el riesgo de que se llegue incluso a simular contratar a un proveedor (bajo contrato marco, adjudicación directa, en licitación internacional abierta, etc.) por determinada cantidad, y posteriormente durante la vigencia del contrato, evadir nuevas licitaciones e incrementar el contrato vigente en un porcentaje ilimitado (incluso excediendo en demasía el monto original del contrato a modificar) al arbitrio de la autoridad.

Es claro que las cuestiones arriba señaladas constituyen elementos que, si bien individualmente tienen repercusiones y riesgos importantes, en conjunto implican riesgos por demás trascendentales e inusitados para la industria, así como para el régimen de legalidad y el propio Estado de Derecho, en materia de contrataciones públicas. Para el sector salud, además si la iniciativa se aprobara, habría que sumar un sexto elemento (que no es parte de la iniciativa, sino derecho vigente) consistente en el acuerdo del 28 de enero de 2020 en donde se autorizó la importación de medicamentos con o sin registro sanitario (para su posterior y expedita emisión en territorio nacional) y el reconocimiento de los trámites de agencias reguladoras extranjeras o precalificados por la OMS.

Por otro lado, en adición a los elementos arriba señalados, existen otros que simplemente se omite regular (conforme al objetivo de la exposición de motivos), agravando los riesgos que genera la iniciativa mencionada, como son:

- i. Transparentar los estudios de mercado previo a un procedimiento licitatorio;
- ii. Establecer una fórmula clara para determinar el precio máximo de referencia y no dejarlo al arbitrio de la autoridad;
- iii. Garantizar la libre competencia y favorecer la licitación pública transparente fomentando la efectiva competencia;
- iv. Regular debidamente la inconformidad como medio no sólo de impugnación, sino de revisión efectiva de la legalidad de actuar de la autoridad administrativa;
- v. La verdadera intervención del testigo social y de los sectores privado y social en la revisión de la legalidad de los procesos; y,
- vi. La protección de la industria nacional y extranjera establecida en México y el respeto a los Tratados Internacionales.

Por tanto, a fin de salvaguardar los principios rectores del sistema de contrataciones públicas, la legalidad e incluso el Estado de Derecho, será necesario abordar el análisis de la iniciativa de que se trata tomando en consideración los elementos anteriores, que representan riesgos por demás considerables incluso a los derechos fundamentales de la población misma.

Ciudad de México a 29 de abril de 2020.

³ La OCDE ha señalado que es necesario "*Fomentar la competencia maximizando la participación de proveedores potenciales*", lo que una adjudicación directa sin justificación (por razón de industria) contraría (página web citada en pie de página 2).

⁴ La OCDE recomienda que "*No favorezca a los proveedores que ya prestan sus servicios*", como sería incrementar sin límite alguno los contratos vigentes de los actuales proveedores (página web citada en pie de página 2).