

NOTA PRELIMINAR

Referencia: Modificación artículo 1 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (“LAASSP”). Compras Intergubernamentales.

En la sesión extraordinaria del miércoles 29 de julio de 2020 la Cámara de Diputados aprobó la modificación al artículo 1 de la LAASSP para adicional un párrafo quinto a tal numeral. De la versión estenográfica de la sesión extraordinaria referida (<http://cronica.diputados.gob.mx>) se desprende que la misma fue aprobada por mayoría de votos (con modificación realizada al proyecto de reforma original) para quedar así:

Proyecto de reforma inicial	Proyecto de Reforma modificada (obtenida de versión estenográfica)
<i>“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”.</i>	<i>“Queda exceptuada de la aplicación de la presente ley, la adquisición de bienes o prestación de servicios para la salud que contraten las dependencias y/o entidades con organismos intergubernamentales internacionales, a través de mecanismos de colaboración previamente establecidos, siempre que se acredite la aplicación de los principios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹.”</i>

1. Las diferencias son:

i. El proyecto inicial ya se refería a las mejores **condiciones** previstas en el artículo 134 Constitucional (“precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes” señala tal numeral), el aprobado no solo señala el artículo 134, sino que se refiere a “siempre que se acredite la aplicación de los principios previstos en la Constitución”, por lo que además de las **condiciones** previstas por el artículo 134, pueden subsumirse otras como el derecho a la salud previsto en el artículo 4 Constitucional o incluso, la protección de la actividad económica de los particulares y el desenvolvimiento del sector privado en el desarrollo económico nacional bajo principios de competitividad previstas en el artículo 25 Constitucional (importante este último artículo que debiera ser utilizado para interpretar, en caso de ser aprobada, la reforma al artículo 1 de la LAASSP).

¹ Se trata de la transcripción de la versión estenográfica, modificación propuesta por el diputado José Luis Montalvo Luna.

Sin embargo, no puede dejarse de considerar que, con esta redacción más genérica y laxa, el Titular del Ejecutivo en uso de la facultad Reglamentaria prevista en el artículo 89 fracción I Constitucional, podrá establecer cuestiones con mayor detalle que evadan el proceso legislativo y con ello pospongan o cuando menos dificulten la impugnación -a través de los medios de control constitucional- de la reforma en caso de ser aprobada una vez concluido el proceso legislativo;

ii. Se elimina lo previsto en el proyecto inicial referente a que la situación de idoneidad lo establecería el Poder Ejecutivo en un estudio de mercado, lo que resultaba claramente inconstitucional, pues en el artículo 134 de la Carta Magna el constituyente estableció que todo proceso de compra del sector público sería mediante licitación pública y que solo cuando no fuese idónea, por excepción, el legislador (**en ley** y NO en un estudio de mercado realizado por el Titular del Poder Ejecutivo) podría establecer las excepciones (es así que en el artículo 41 fracción II de la LAASSP el legislador estableció como excepción cuando se ponga en riesgo la salubridad pública, artículo hoy vigente). Es posible que tal situación se eliminase dada su notoria y expresa inconstitucionalidad, sin embargo, el efecto es el mismo o incluso pudiese resultar aún con mayores rasgos de inconstitucionalidad, en tanto si bien ahora no se establece que será en estudio de mercado, con el proyecto de reforma modificado solo se establece que se “acredite la aplicación de los principios” previstos en la Constitución, sin embargo: quién o (qué sujeto) lo acreditará y cómo (bajo cuál objeto) lo acreditará. Lo cierto es que: i) Lo puede acreditar cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública en estudio de mercado o incluso en un simple oficio que cuide la elemental fundamentación y motivación; o, ii) Lo podrá establecer el Titular del Ejecutivo en el ejercicio de su facultad reglamentaria.

2. Lo cierto es que ambos proyectos de reforma (el inicial y el aprobado por la Cámara de Diputados) omiten establecer que es para emergencias sanitarias -así como otras cuestiones necesarias-. Incluso, en la discusión (visible en la versión estenográfica) se aprecia como diversos legisladores del mismo partido político establecen la necesidad de urgencia para aprobar el decreto dada la emergencia sanitaria. Pero lo cierto es que:

a. En ninguna parte del proyecto de decreto se refiere a emergencia sanitaria, es decir, el Titular del Ejecutivo tendrá la facultad de NO aplicar la LAASSP cuando así lo determine ajustándose a los principios Constitucionales (dejando intencionalmente abierta la discusión a qué dice la Constitución sobre ello). No sería inconstitucional acudir a una compra intergubernamental en la medida en que el legislador y no el ejecutivo lo determinase y siempre que la ley estableciera la idoneidad para ello (como lo es precisamente una emergencia sanitaria);

b. Simplemente el legislador delega la facultad que le otorgó el Constituyente, pero no para establecer cuándo una licitación no es idónea para las condiciones previstas en el artículo 134 antes referido, sino aún peor, para decidir cuando aplicar o no la LAASSP (es decir, cuándo aplicar el orden jurídico nacional);

c. Bajo la normatividad vigente, el Poder Ejecutivo puede realizar compra de medicamentos y dispositivos médicos en el extranjero con urgencia y sin necesidad de reforma (véase el artículo 16 y 41 fracción II de la LAASSP, 12 del Reglamento de la LAASSP, 132 del Reglamento de Insumos para la Salud, Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (Covid-19)” del 27 de marzo de 2020, entre otras). Es claro que no es la emergencia sanitaria lo que justifica la reforma ni los tiempos extraordinarios para aprobarla (pues no lo refleja la reforma y además existe el fundamento para realizar compras de emergencia), consideramos se trata de una política pública más -de las que se han venido aplicando paralelamente al marco legal- llevada

al Poder Legislativo para facilitar la adquisición de insumos y servicios para la salud sin licitar a nivel nacional o bajo tratados, o bien, en este caso sin aplicar la LAASSP y otras leyes y Tratados Internacionales, facilitando así la ejecución de las políticas públicas del Poder Ejecutivo (entre éstas, acuerdos de equivalencia e importación sin registro sanitario, eliminación de distribuidores, influencia en el establecimiento indirecto del precio a través de estudios de mercado internacionales sin análisis de condiciones de competencia leal, optar por precio sobre los estándares de calidad y protección de fuentes de empleos nacionales, entre otras muchas);

d. Cuestionablemente, el proyecto no establece la transparencia ni publicidad del proceso (es decir, que el público en general, terceros puedan conocer la decisión y causas que motivación del Poder Ejecutivo para no aplicar la normatividad nacional y acudir a compras internacionales intergubernamentales). Como tampoco se establece, al día de hoy, la transparencia del estudio de mercado; y,

e. Finalmente, en esta clase de compras intergubernamentales, no se regula transparencia, rendición de cuentas y ante la simple falta de aplicación de la LAASSP y del orden jurídico nacional, tampoco vía ordinaria de impugnación, en una facultad que no es para emergencias, sino para cualquier interés del Poder Ejecutivo y bajo total discrecionalidad e, incluso, confidencialidad.

De aprobarse este proyecto de reforma en la Cámara de Senadores, implicaría lisa y llanamente el otorgar facultades discrecionales al Poder Ejecutivo para decidir, en materia de insumos y servicios de salud, cuándo no aplicar el orden jurídico nacional por cualquier razón, sin que ello hubiese sido establecido por el legislador en situaciones debidamente regladas en la normatividad secundaria. Se trata de una facultad de gran escala para el Poder Ejecutivo, pero finalmente sería una potencia, la utilidad -o bien el daño- que podría generar, dependerían directamente de las decisiones unilaterales del Poder Ejecutivo (ya no de la Oficialía Mayor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sino de cualquier dependencia o entidad como lo establece el proyecto de reforma modificado (IMSS, ISSSTE, INSABI, SEMAR, SEDENA, etc.).

Ciudad de México a 29 de julio de 2020.