

Referencia: Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (“LAAASSP”).

El día de hoy se publicó en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el Decreto de referencia, en el que se adiciona un párrafo tercero (recorriendo los subsecuentes en orden) al artículo 4 del Reglamento de la LAASSP que dispone que *“Los convenios de colaboración en materia de bienes o servicios de atención a la salud que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades, no estarán sujetas a la aplicación de la Ley”*, en torno a lo cual es posible considerar:

1. Implicación jurídica de la reforma. La inclusión del párrafo tercero al artículo 4 del Reglamento de la LAASSP implica adicionar, como excepción a la aplicación de la LAASSP, a los “convenios de colaboración” (no contratos) en materia de servicios e insumos para la salud (exclusivamente) entre dependencias y entidades (es decir, solo entre autoridades de la administración pública centralizada y paraestatal), como lo podrían ser el Instituto Mexicano del Seguro Social, Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México (“Birmex”), etc.

Un convenio de colaboración puede entenderse como el vínculo formal establecido entre dos o más dependencias o entidades para la ejecución de un determinado programa o proyecto que buscan un objetivo común, pero que no implican la subcontratación de particulares con erogación de recursos públicos¹. Por ejemplo, puede tratarse de los convenios de colaboración previstos en la Ley General de Salud o en la legislación financiera y fiscal.

Entonces, esta reforma no debe implicar que las autoridades celebren contratos o convenios (con indiferencia de la denominación que utilicen) entre ellas y puedan paralelamente subcontratar particulares al amparo de tales contratos, sino que solo puede entenderse en estricto derecho en celebrar convenios para ejecutar programas o proyectos sin erogación de recursos públicos que pueda involucrar indirectamente la subcontratación de particulares, porque ello está limitado en el artículo 1, párrafo sexto de la LAASSP (el subcontrato con el particular no puede exceder por disposición legal del 49% del importe entre autoridades).

2. Implicaciones prácticas de la reforma que pudieran resultar ilegales. Tal disposición podría tener importancia, especialmente por cuanto hace a las nuevas facultades de Birmex como autoridad consolidadora de compras públicas en materia de insumos para la salud como consecuencia de la instrucción presidencial (“Acuerdo”) publicada en el DOF el 22 de diciembre de 2023² y también derivado de los Lineamientos para los Procedimientos de Contratación Consolidada de Medicamentos e insumos para la Salud (“Lineamientos”) publicados en el DOF el 26 de enero del año en curso³, solamente en la medida en que fuese indebidamente aplicada la reforma.

¹ Definición de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

² https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5712407&fecha=22/12/2023#gsc.tab=0

³ https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715388&fecha=26/01/2024#gsc.tab=0

Al comentar el Acuerdo⁴ y los Lineamientos⁵ (revisar notas en pie de página) se señaló lo siguiente:

“Birmex no está excluido de aplicar la LAASSP, el artículo 1 fracción V de tal ordenamiento establece su aplicación obligatoria para las empresas de participación estatal mayoritaria como lo es Birmex. Sin embargo:

i. El segundo párrafo de la LAASSP faculta a que las entidades (organismos descentralizados, fideicomisos y empresas de participación estatal -en términos del artículo 3 de la LOAPP-) que cuenten con un régimen específico en materia de adquisiciones, el poder mantener el mismo siempre que observen los principios de la LAASSP (Birmex no tiene un régimen específico de adquisiciones, pero resulta interpretable si jurídicamente puede llegar a contar con uno en el futuro); y,

*ii) **El sexto párrafo de la LAASSP sí excluye la aplicación de tal ordenamiento a los contratos celebrados entre autoridades, por lo que Birmex no observaría la LAASSP (pudiendo, por ejemplo, realizar contratos de derecho común) al celebrar contratos con otras dependencias o entidades federales o estatales, siempre que tengan capacidad para hacerlo por sí misma (que no requieran de un contrato con un tercero particular o que de requerirlo no implique más del 49% del importe total del contrato celebrado con la otra autoridad, de lo contrario sí sería aplicable la LAASSP).***

Sin embargo, el artículo 4 del Reglamento de la LAASSP considera también como autoridades excluidas de observancia de la LAASSP cuando celebren contratos con otras autoridades, a las empresas asimiladas con las empresas de participación estatal mayoritaria, como son las sociedades civiles en donde la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores públicos federales que participen en razón de sus cargos o en alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realcen las aportaciones económicas preponderantes.

Lo anterior no implica que Birmex no se encuentre obligado a realizar las contrataciones por la LAASSP, como sí lo está. Tampoco implica que Birmex evitará la observancia de la LAASSP, simplemente significa que una empresa de participación estatal mayoritaria tiene mayores posibilidades y facultades para actuar en el campo del derecho común, son facultades que no se han ejecutado y no existen indicios de que puedan ejecutarse, sin embargo, deben considerarse como facultades o atribuciones existentes.

(Énfasis añadido)

Ahora bien, previo a esta reforma, también se excluía la aplicación de la LAASSP en los contratos entre dependencias y entidades, pero el sexto párrafo del artículo 1 de la LAASSP establece una excepción a manera de “candado” para evitar que se eluda el espíritu de la ley (por ejemplo, para evitar que existieran simulaciones de contratos entre autoridades y paralelamente tales autoridades contrataran particulares más allá de los umbrales legales (49%) para no aplicar la LAASSP, lo que podría generar corrupción, así como falta de control y auditoría del erario), candado que consiste en que el citado sexto párrafo también establece que “*dichos actos quedarán sujetos a este ordenamiento, cuando la dependencia o entidad obligada a entregar el*

⁴ http://www.mgk.mx/files/pAcuerdo_instruccion_Birmex.pdf

⁵ http://www.mgk.mx/files/Segundos_Lineamientos_Birmex.pdf

bien o prestar el servicio, no tenga capacidad para hacerlo por sí misma y contrate un tercero para su realización”.

Ese candado fue también regulado en el segundo párrafo del artículo 4 del Reglamento de la LAASSP al establecer que *“se considerará que una dependencia, entidad o persona de derecho público que funja como proveedor, tiene capacidad para entregar un bien o prestar un servicio por sí misma, cuando para cumplir con el contrato no requiera celebrar otro contrato con terceros, o bien, de requerirlo, esto no exceda del cuarenta y nueve por ciento del importe total del contrato celebrado con el ente público”*. El candado sigue existiendo para el resto de las materias pero, aparentemente, esta reforma podría tener como consecuencia eliminarlo tratándose de contratación de insumos para la salud. Consideramos que esta reforma, o bien su aplicación en el supuesto anterior, sería contraria al artículo 134 Constitucional y el sexto párrafo del artículo 1 de la LAASSP.

Es preciso señalar que en la reforma que excluye la aplicación de la LAASSP tratándose de contrataciones en materia de salud entre dependencias y entidades no se le denomina “contratos” o “contrataciones” entre autoridades, sino “convenios de colaboración”. Sin embargo, es posible que la intención no sea que realmente fuesen convenios de colaboración (como se dijo en el inciso 1 anterior), porque éstos podrían celebrarse libremente sin necesidad de aplicar la LAASSP si no existe erogación de recursos o si no se subcontrata a terceros particulares, por lo que la reforma en realidad no hubiera sido necesaria. La LAASSP sólo es aplicable cuando exista erogación de recursos públicos, por lo que esta reforma podría implicar como potencia en su ejecución, supuestos que pudieran resultar ilegales como lo podrían ser, por ejemplo, la celebración de convenios de colaboración con erogación de recursos públicos y la subcontratación de particulares más allá de las limitantes y umbrales establecidos en el artículo 1, párrafo sexto de la LAASSP.

Partiendo de las últimas reformas y publicación de normas generales, lo anterior pudiere traducirse en una potencia para Birmex u otras autoridades en materia de salud pudieran celebrar contratos o convenios de colaboración con otras autoridades y a su vez subcontratar con particulares sin necesidad de observar la LAASSP y su Reglamento. Por ejemplo, en un supuesto hipotético ello se podría aplicar tratándose de distribución y cadena de suministro o en el denominado sistema de compensación, que el Acuerdo estableció debía regularse en los Lineamientos y que en estos últimos dejó de ser regulado.

Ciudad de México, a 14 de febrero de 2024