

POSIBLES IMPLICACIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA DE LA REFORMA A LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO (“LAASSP”)

El 11 de agosto de 2020 se publicó en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación el decreto por medio del cual se adiciona un párrafo quinto al artículo primero de la LAASSP. Conforme a éste:

“Queda exceptuada de la aplicación de la presente ley la adquisición de bienes o prestación de servicios para la salud que contraen las dependencias y 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”

Actualmente, la LAASSP dispone que las adquisiciones se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas (artículo 26). Asimismo, privilegia que las licitaciones públicas tengan carácter nacional o internacional bajo la cobertura de tratados (artículos 28).¹ De igual forma, la LAASSP señala que cualquier infracción que se haga a sus disposiciones podrá ser sancionada por la Secretaría de la Función Pública (SFP). De esta forma, la SFP podrá inhabilitar y multar a aquellos licitantes que causen daños o perjuicios graves a la dependencia o entidad contratante, o que actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación (artículo 60).

De esta forma, en virtud de la reforma:

- 1) Se permite que las adquisiciones de insumos de la salud puedan hacerse en el extranjero, sólo en aquellos casos en los que éstas se hagan por medio de organismos intergubernamentales internacionales (como la Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos).
- 2) La regla general expresa para realizar dichas adquisiciones ya no será la licitación, sino que dependerá de los mecanismos de colaboración que previamente establezcan las dependencias y entidades contratantes con los organismos intergubernamentales internacionales. Los únicos lineamientos respecto a cómo deberán ser dichos mecanismos de colaboración serán aquéllos que determine la Constitución.

Respecto al primer punto, la reforma abre la puerta a que potencialmente haya más oferentes que puedan satisfacer la demanda de insumos de la salud del país. Si las compras se hacen por medio de concurso, la posibilidad de que haya más oferentes fomentaría la competencia. No obstante, es indispensable que estos oferentes compitan en una “cancha pareja” y no se les otorgue ventajas indebidas a aquéllos provenientes del extranjero en perjuicio de la industria farmacéutica ubicada en territorio nacional. Particularmente, que

¹ En principio, las licitaciones con carácter internacional abierto en las que puedan participar licitantes mexicanos y extranjeros serán procedentes en caso de que previamente se haya realizado una licitación de carácter nacional que haya sido declarada desierta y la contratación no se encuentre sujeta al ámbito de cobertura de los tratados.

las mismas cargas regulatorias les sean aplicables a todos los concursantes con independencia del lugar de origen de los insumos que ofrezcan.

Respecto al segundo punto, la Constitución impone que los mecanismos de colaboración que se establezcan para este tipo de adquisiciones al menos cumplan con:

- El derecho a la competencia y libre concurrencia reconocido en el artículo 28 de la Constitución.
- Los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez a los que refiere el artículo 134 de la Constitución respecto a la administración de los recursos económicos del Estado.

No obstante, es cuestionable que la inaplicabilidad de la LAASSP que se logra en virtud de la reforma sea la vía idónea para eficientar las adquisiciones de insumos de la salud. Asimismo, no es claro por qué las compras por medio de organismos intergubernamentales internacionales proveen más beneficios de los que podrían lograrse con una correcta aplicación de la LAASSP.

Dependiendo de cómo se diseñen los mecanismos de colaboración referidos, se corre el riesgo de incentivar aún más la mala práctica de que las compras por licitación sean la excepción y no la regla.² Asimismo, se abre la posibilidad de que estas compras no se lleven a cabo con base en criterios transparentes y objetivos, pues no se determinan cuáles serían los medios adecuados para así garantizarlo.

Aunado a lo anterior, del texto reformado no se puede prever qué insumos para la salud en específico se adquirirán recurriendo a los organismos intergubernamentales internacionales. En efecto, la reforma no establece criterios o procedimientos para decidir cuándo es conveniente que las adquisiciones de este tipo de insumos se realicen por esta vía. Dicha ambigüedad pudiera permitir que cualquier compra de salud pudiera ser realizada fuera de la LAASSP sin que necesariamente haya mecanismos de transparencia y rendición de cuentas.

Finalmente, el texto reformado deja incertidumbre respecto a qué obligaciones estarán sujetos los oferentes (tanto dentro del proceso de adquisición como durante la vigencia del contrato que se les adjudique) y, en su caso, cómo se podrán investigar y sancionar a aquéllos que no cumplan con las mismas. Incluso, la reforma abre la puerta para que la Ley General de Responsabilidades Administrativas también pudiese resultar inaplicable a este tipo de compras, pues ésta sólo regula los actos en los que incurran entes y servidores públicos y no aquéllos llevados a cabo por los organismos intergubernamentales internacionales.

Habrá que monitorear cómo es que, en la práctica, se da cumplimiento a dichas disposiciones constitucionales en cada caso en concreto pues de eso dependerá que la adquisición no adolezca de irregularidades de constitucionalidad que pudiesen ser impugnadas.

² De acuerdo con datos del Instituto Farmacéutico, INEFAM, más del 70% de las adquisiciones en 2020 han sido compras directas y no por licitación.