

Ciudad de México, a doce de octubre de dos mil dieciocho

LIC. ARTURO NÚÑEZ JIMÉNEZ
Gobernador Constitucional del Estado de Tabasco
Presente.-

Asunto: Se emite opinión

Con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto y vigésimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); 1, 2, 10, 12, fracciones I, XIV y XX, y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE);¹ 149 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (DISPOSICIONES);² y, 1, 4 fracción I, 5, fracciones I y X, y 8, párrafo tercero, del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica (ESTATUTO),³ el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia Económica (COMISIÓN o COFECE) emite opinión en materia de libre concurrencia y competencia económica sobre el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas Disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; y de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios, ambas del Estado de Tabasco”(DECRETO), por considerar que, de entrar en vigor, afectaría de manera grave el proceso de libre concurrencia y competencia en las contrataciones de obra pública, bienes, arrendamientos y prestación de servicios en el estado de Tabasco.

Lo anterior, de acuerdo con los antecedentes y consideraciones que a continuación se expresan:

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL DECRETO

En sesión del Congreso del estado de Tabasco, celebrada el 26 de septiembre del presente año, se aprobó el dictamen del DECRETO elaborado por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Ordenamiento Territorial y Obras Públicas.

De conformidad con la Exposición de Motivos de la Iniciativa que dio origen al DECRETO, las modificaciones tienen por objeto “que el Gobierno del estado sea coadyuvante con el Gobierno Federal, generando todas las condiciones a su alcance que permitan el rápido desarrollo y establecimiento de la refinería, así como también realizar todas las obras principales o accesorias que tengan que realizarse para su correcto funcionamiento”.

En este orden de ideas, la Legislatura local consideró que “ [...]las grandes inversiones que se vienen para nuestro estado implicarán la necesidad de tener una mejor infraestructura de servicios para los ciudadanos. Por eso también serán considerados prioritarios aquellos proyectos de obras, servicios o adquisiciones mediante alianzas aquellos proyectos que permitan”



¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 23 de mayo de 2014, modificada mediante Decreto publicado en el mismo medio de información oficial el 27 de enero de 2017.

² Publicadas en el DOF el 10 de noviembre de 2014, y su última modificación publicada en el mismo medio de información oficial el 14 de febrero de 2018.

³ Publicado en el DOF, el 8 de julio de 2014 y su modificación publicada en el mismo medio oficial el 27 de octubre de 2017.

PEMEX y CFE como empresas productivas del estado, mejorar los servicios en materia de energéticos [...]”.

Por último, concluye que “[...] resulta necesario realizar adecuaciones a nuestro marco jurídico estatal a fin de establecer mecanismos que simplifiquen la realización de estas obras o la contratación de diversos servicios que tengan que ver con la inversión y proyectos de las empresas productivas del estado mexicano, permitiendo de esta manera poder desarrollarlas con la urgencia necesaria para sentar las bases de la importante inversión a realizar por el Gobierno Federal [...]”.

II. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA

El artículo 134 de la CPEUM establece –como mandato extensivo a todos los poderes públicos y órdenes de gobierno que integran el Estado mexicano– que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Por su parte, el artículo 28, párrafo décimo primero, de la CPEUM establece que las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En este sentido, el mecanismo de licitación permite elegir, de entre diversas alternativas, al contratista o proveedor que ofrezca las mejores condiciones para el Estado, lo que redundará no solo en un uso eficiente de los recursos públicos, sino también en la capacidad de ofrecer bienes y servicios públicos de calidad en beneficio de la población. En su caso, la licitación debe estar diseñada de tal forma que atraiga al mayor número de interesados e incentive una intensa competencia entre éstos, así como estar sujeta a principios de publicidad y transparencia.

Al respecto, la utilización de métodos no competitivos puede favorecer la adjudicación de contratos a empresas que no necesariamente son las más eficientes. Lo anterior, además de comprometer el aprovechamiento de los recursos públicos, podría facilitar el crecimiento de estas empresas, comprometiendo la permanencia de competidores más eficientes. Lo que puede generar una situación permanente de falta de competencia en un mercado, más allá de la sola contratación pública.

Cuando un contrato público se otorga con una base distinta a la de competencia y el mérito de las ofertas de los participantes en los procedimientos de contratación, se pone en riesgo el aprovechamiento eficiente de los recursos públicos.⁴ En este sentido, diversos ordenamientos en materia de contratación establecen que el método principal para otorgar contratos públicos

⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. (2010). *Roundtable on collusion and corruption in public procurement*. p. 205. OCDE.

Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>

serán las licitaciones bajo las cuales “*cualquier operador económico interesado puede presentar ofertas*”.⁵

El principio señalado en los párrafos anteriores, está reconocido en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LEY DE OBRAS) y en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios del Estado de Tabasco (LEY DE ADQUISICIONES), los cuales señalan que los contratos, tanto de obras públicas como de adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán por regla general, a través de licitaciones públicas “[...] *a fin de asegurar al Estado, las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad.*”⁶ [Énfasis añadido]

Es precisamente en proyectos de magnitud relevante (por su costo, complejidad técnica e impacto social, entre otros) donde, con mayor razón, es necesario optar por la licitación pública como medio idóneo a fin de asegurar las mejores condiciones de contratación para las dependencias y entidades públicas. Este factor pesa mucho más que cualquier consideración de tiempos o procesos administrativos que pudieran obviarse o reducirse a través de otras formas de contratación, pues se corre el riesgo de pagar sobrepagos por bienes, servicios u obras cuya calidad podría resultar cuestionable. En este sentido, resultaría pernicioso adjudicar contratos a propuestas que no sean el resultado de un procedimiento competido.⁷

Por los motivos anteriores, las excepciones a la licitación pública deben responder a casos específicos, claros, objetivos, transparentes, delimitados y donde exista una racionalidad que los respalde. En ocasiones excepcionales, el uso de métodos de contratación distintos puede responder a que sólo es factible contratar a un proveedor (por ejemplo, porque existe una patente) o a un criterio de eficiencia administrativa en compras de montos pequeños (por ejemplo, donde el costo administrativo de llevar a cabo la licitación excedería los posibles ahorros).⁸ En cualquier caso, la dependencia o entidad contratante está obligada a acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones de contratación para el Estado, tal como lo establece el artículo 134 constitucional.

Sin embargo, el DECRETO aprobado contraviene las consideraciones anteriores e impediría la competencia en la contratación pública de esa entidad federativa como se señala a continuación.

⁵ Directiva 2004/18 de la Unión Europea sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

De igual forma, el “*Competition in Contracting Act*” de los Estados Unidos de América, requiere que los contratos se adjudiquen a través de procedimientos abiertos y competidos.

⁶ Art. 31 de la LEY DE ADQUISICIONES y Art. 21 de la LEY DE OBRAS del estado de Tabasco.

⁷ En este sentido, la COFECE ha solicitado que se le permita revisar y opinar las bases y documentos de licitación de magnitud relevante con el fin de asegurar que fomenten la mayor concurrencia y competencia en estos concursos. *Política de Competencia para un ejercicio íntegro de las Contrataciones Públicas*, COFECE, 2018.

⁸ En este sentido, tanto la legislación estatal y federal vigente contemplan métodos de excepción que regulan y acotan los supuestos bajo los cuales éstos pueden ser utilizados.

i) **Disposiciones que amplían los supuestos para la excepción a la licitación pública abierta.**

El DECRETO adiciona las fracciones XI y XII al artículo 45 de la LEY DE OBRAS para incluir supuestos de excepción a la licitación pública, cuando:

*“XI. Se trate de obras y servicios relacionados con las mismas, que sean necesarios para la realización de **proyectos estratégicos que detonen el empleo y mejoren la infraestructura impulsando el desarrollo económico del estado**; y*

*XII.- Se trate de obras y servicios relacionados con las mismas que sean convenidos con la Federación o con las Empresas Productivas del Estado para la realización de **proyectos estratégicos** respecto a las actividades en materia energética previstas por las leyes respectivas.” [Énfasis añadido]*

Asimismo, modifica la fracción IV del mismo artículo para incluir como supuestos de excepción los proyectos necesarios para garantizar *“IV.- [...] la seguridad pública, la procuración de justicia, la reinserción social [...]”*

En el caso de la LEY DE ADQUISICIONES, el DECRETO propone adicionar al artículo 38 la fracción IV para permitir al Titular del Ejecutivo Estatal autorizar el fincamiento de pedidos o la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios:

*“Cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios que sean necesarios para la realización de proyectos, obras y/o acciones que **detonen el empleo, mejoren la infraestructura e impulsen el desarrollo económico y/o social del Estado.**” [Énfasis añadido]*

Asimismo, adiciona al artículo 39 las fracciones XI a XIV para facultar a las dependencias, previa autorización del Comité de Compras del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco⁹, para celebrar contratos de manera directa, sin llevar a cabo licitaciones:

*“XI.- Cuando se trate de adquisiciones arrendamientos y servicios, que sean necesarios para la realización de **proyectos estratégicos** que sean convenidos con la Federación o con las Empresas Productivas del Estado respecto a las actividades en materia energética previstos por las leyes respectivas;*

*XII.- Cuando se trate de adquisiciones arrendamientos y servicios, que sean necesarios para atender **programas o proyectos destinados a detonar el empleo, mejorar la infraestructura e impulsar el desarrollo económico y social del estado**;*

XIII.- Cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios que se requieran para atender los casos previstos en el artículo 39 Bis de esta Ley; y¹⁰

⁹ Conforme al artículo 17 de la LEY DE ADQUISICIONES, párrafo segundo, el Comité de Compras será integrado con voz y voto, por la Oficialía Mayor en la presidencia, así como los titulares de la Secretaría de Finanzas y de la Contraloría, mismos que estarán facultados para nombrar a sus respectivos suplentes, conforme al Reglamento de la Ley.

¹⁰ El artículo 39 bis de la LEY DE ADQUISICIONES establece que *“[...] de manera excepcional, procede la adjudicación directa, sin la autorización del Comité de compras, para enfrentar de inmediato casos evidentes de extrema urgencia cuando esté en peligro la vida, seguridad e integridad de las personas, derivado de casos fortuitos o de fuerza mayor, y en los que no sea posible obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios del Estado de Tabasco en cualquiera de sus modalidades en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate [...]”*

*XIV.- En los casos y por el monto que determine el Comité de Compras con la finalidad de **atender la operatividad** de la Secretaría, Dependencias, Órganos y Entidades.” [Énfasis añadido]*

Las modificaciones referidas amplían los supuestos de excepción al procedimiento de licitación o concurso público, en ciertos casos mediante fórmulas amplias y genéricas, lo que podría abarcar un sinnúmero de contrataciones y otorgar a favor del Estado amplios márgenes de discrecionalidad (por ejemplo, proyectos “*que detonen el empleo*” o “*que mejoren la infraestructura*”).¹¹

Como se explicó, la licitación pública juega un rol fundamental en la obtención de las mejores condiciones de precio, calidad, cantidad y variedad de los bienes servicios u obras que contrata el Estado. En este sentido, la ampliación de los supuestos de excepción reduciría las ventajas que genera la presión competitiva resultante de un concurso público o licitación.

Esto es inconsistente con los parámetros establecidos en los artículos 28 y 134 constitucionales y la práctica nacional e internacional, e impide la competencia en la contratación pública del Estado.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) señaló que “[...] *los conceptos de competencia y libre concurrencia invariablemente van unidos a la pretensión de no afectar a los consumidores y al público en general por la realización de actos que no permitan la adquisición de bienes y servicios en condiciones de competencia [...]*.”¹²

Adicionalmente, la Segunda Sala de la SCJN ratificó los principios constitucionales contenidos en el artículo 28 de la CPEUM en los siguientes términos:¹³ “[...] *[estos principios] van encaminados a evitar la existencia, entre otras cosas, de monopolios, entendidos estos como todo acto que evite o sea tendente a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del público en general o de una clase social determinada [...]*”.

El DECRETO omite ese aspecto esencial y pretende justificar la reforma en un elemento meramente temporal, deficientemente sustentado, toda vez que no se ahonda en cómo resultaría en un desarrollo más rápido de proyectos energéticos complejos, la contratación directa o por invitación restringida, frente a un escenario de licitación. Por el contrario, la experiencia muestra que la asignación de contratos a través de adjudicación directa, cuando no hay justificaciones para ello, reduce las ventajas en términos de precio y calidad que genera la presión competitiva resultante de un concurso público o licitación.

¹¹ Si bien dichos conceptos pueden ser interpretados a la luz de las leyes en materia de presupuesto, planeación del desarrollo y responsabilidad hacendaria, ello no necesariamente elimina la subjetividad en la interpretación de los mismos.

¹² **PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN ESTA MATERIA POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** Época. Décima Época. Registro: 2013628. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 39, Febrero de 2017, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 9/2017 (10a. Época). Página: 398

¹³ Resolución de amparo directo en revisión 4484/2013. Sentencia disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sistema-de-consulta/> (Cita en página 53).

ii) **Modificaciones a disposiciones relativas a la adjudicación de contratos por montos máximos a través de mecanismos diferentes a la licitación pública**

La LEY DE OBRAS vigente del estado de Tabasco establece en el artículo 44 que las entidades podrán optar por no llevar a cabo el procedimiento de licitación pública de acuerdo con los supuestos que prevé el artículo 46 del mismo ordenamiento. Al respecto, el artículo 46 de la LEY DE OBRAS vigente establece que las dependencias y entidades podrán contratar obra pública, a través de la adjudicación directa “[...] cuando el importe de cada operación **no exceda los montos máximos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley**”.

El DECRETO aprobado modifica el artículo 44 de la LEY DE OBRAS para eliminar la referencia en el sentido de sujetar los contratos adjudicados en las modalidades de invitación a cuando menos cinco y adjudicación directa a lo previsto en el artículo 46 de dicho ordenamiento.¹⁴ Por lo anterior, en aquellos casos no previstos en el artículo 45 de la LEY DE OBRAS, podría generarse la posibilidad de adjudicarlos a través de estos mecanismos de excepción sin sujetarse a los límites que establece el Reglamento de la LEY DE OBRAS, de conformidad con lo establecido en su artículo 46.

En lo referente a la LEY DE ADQUISICIONES, el DECRETO propone modificar el artículo 2 fracción XIV para eliminar el límite al monto por el cual podrán celebrarse contratos de manera directa, referido en el Reglamento de dicha ley.¹⁵ La LEY DE ADQUISICIONES vigente define a las adjudicaciones directas como el “*procedimiento por el cual se fincan pedidos o celebran contratos de manera directa, hasta por el monto establecido en el Reglamento de esta Ley [...]*”.

Las modificaciones referidas en los párrafos anteriores podrían facilitar la adjudicación por métodos no competidos de contratos de obra, bienes y servicios con las consecuencias señaladas.

Por lo anterior, esta COMISIÓN considera que las disposiciones antes señaladas son contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia en las contrataciones públicas del Estado.

De conformidad con lo expuesto, el Pleno de esta COFECE:

RESUELVE

Único. Las disposiciones contenidas en el DECRETO son contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia en el otorgamiento de contratos en materia de obra y adquisiciones públicas, por lo que el Pleno de esta COMISIÓN sugiere al Gobernador del estado de Tabasco que, en ejercicio de las facultades que la Constitución del Estado le otorga, remita el DECRETO al Congreso del estado de Tabasco con las observaciones propuestas en la presente opinión.

¹⁴ El DECRETO modifica el Artículo 44 de la LEY DE OBRAS en los siguientes términos:

“Art. 44.- ~~En los supuestos y con sujeción a las formalidades que prevé el artículo 46 del presente ordenamiento, las Dependencias y Entidades, bajo su responsabilidad, podrán optar por no llevar a cabo el procedimiento de licitación pública y celebrar contratos a través de las modalidades de invitación a cuando menos cinco personas o de adjudicación directa [...].”~~

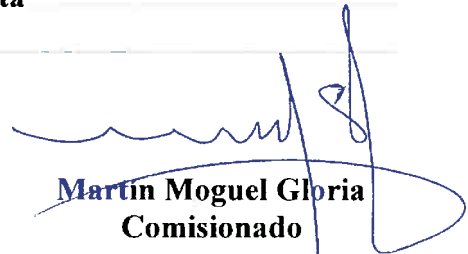
Notifíquese y publíquese. - Así lo resolvió, por unanimidad de votos, el Pleno de esta COMISIÓN en sesión excepcional, con fundamento en los artículos citados a lo largo de la presente opinión. Lo anterior, ante la fe del Secretario Técnico, con fundamento en los artículos 4, fracción IV, 18, 19 y 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI, del ESTATUTO.- Conste.



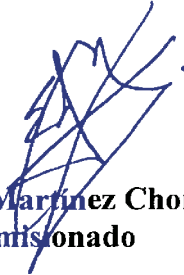
Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidenta



Jesús Ignacio Navarro Zermeño
Comisionado



Martín Moguel Gloria
Comisionado



Eduardo Martínez Chombo
Comisionado



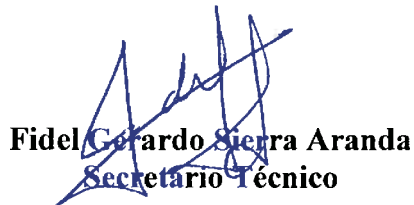
Brenda Gisela Hernández Ramírez
Comisionada



José Eduardo Méndez Contreras
Comisionado



Alejandro Faya Rodríguez
Comisionado



Fidel Gerardo Sierra Aranda
Secretario Técnico

c.c.p.- H. Congreso del estado de Tabasco LXIII Legislatura.- Para su conocimiento.

100

100