

Las licitaciones abiertas internacionales sobre medicamentos

International open tenders for medicines

Rodolfo CANCINO GÓMEZ*

RESUMEN: Ante la declaración de la Organización Mundial de la Salud de la pandemia del COVID-19, cada Estado ha tomado acciones para salvaguardar la salud de las personas y paliar la crisis económica. Esto impactó el Sistema de Salud Pública de México, el cual ya sufría un desabasto importante de medicamentos. De tal forma, esta nueva administración instrumentó un modelo de compras consolidadas mediante licitaciones donde acotó la participación sólo a los productores, discriminando contra todos los distribuidores y comercializadores, lo cual incrementó los índices de desabasto. Por tanto, estableció una nueva estrategia mediante un Convenio de Colaboración entre el Gobierno de México y la Oficina de las Naciones Unidas sobre Servicios de Proyectos Especiales (UNOPS) para llevar a cabo licitaciones internacionales y las consecuentes importaciones de medicamentos para combatir el desabasto y el sobreprecio y otros problemas de logística y distribución.

PALABRAS CLAVE: Ley aduanera; importación de medicamentos; convenio; reglas de comercio exterior, licitaciones internacionales.

* Profesor-Investigador de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores-CONACYT Nivel II. Contacto: <rcancino@derecho.unam.mx>. Fecha de recepción: 08/03/2021. Fecha de aceptación: 15/06/2021.

ABSTRACT: In response to the declaration of the World Organization for The Health of the COVID-19 pandemic, each State has taken steps to safeguard human health and alleviate the economic crisis. This impacted Mexico's Public Health System, which was already suffering from a major shortage. In this way, this new administration implemented a consolidated procurement model through tenders where it narrowed the share only to producers, discriminating against all distributors and marketers, which increased the shortage rates. It therefore established a new strategy through a Collaboration Convention between the Government of Mexico and the United Nations Office on Special Project Services (UNOPS) to carry out international tenders and consequent imports of medicines to combat shortage and overprice.

KEYWORDS: Customs law, importation of medicines, convention, foreign trade rules, international tenders.

La salud es la riqueza real y no piezas de oro y plata.

Mahatma GANDHI

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al mandato constitucional, el Gobierno de México tiene la obligación de garantizar y realizar todas las acciones necesarias para proteger la salud y acceso pleno al sistema de salud. El aumento multiplicador de contagios y fallecimientos puso en terapia intensiva a su nuevo modelo de compras públicas consolidadas, en el cual la Secretaría de Hacienda era el único comprador para buscar ahorros sustanciales y combatir a la corrupción, colapsando la cadena de logística de transporte, distribución y comercialización que estaban en manos de empresas nacionales, entre otras empresas que ya conocían el mercado que fueron señaladas sin pruebas comprobables por vender a sobrepuestos bajo esquemas de colusión y cohecho.

En un decreto del 27 de marzo del 2020, se enfatizó las importaciones que podrían hacerse bajo licitaciones públicas bajo excepción “adjudicaciones directas”, es decir, las dependencias y entidades gubernamentales, mediante contratos públicos, podrían adquirir todo tipo de bienes y servicios, a nivel nacional o internacional, entre los que se encuentran, equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos, así como todo tipo de mercancías y objetos que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de llevar a cabo el procedimiento de licitación pública, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontarla.

Este mecanismo, si bien es legal, tiene altos tintes de opacidad lo cual contraviene las Mejores Prácticas, que impide tener información sobre volúmenes o precios a los que adquieren o revenden al gobierno para colmar el interés general de acceso al derecho a la salud.

En ese mismo instrumento jurídico, se autorizó a todos los entes públicos la importación, así como la adquisición en el territorio nacional, de los bienes y servicios, sin necesidad de agotar trámite administrativo alguno, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontar la contingencia, lo cual es sumamente discutible porque de primera instancia se interpreta como dejar de lado los protocolos sanitarios y los requisitos exigibles, en este caso, los de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) o en su caso, consentir actos de importación sin el previo cumplimiento de las restricciones y regulaciones no arancelarias.

II. EL PROCEDIMIENTO DE LAS IMPORTACIONES DE MEDICAMENTOS

El procedimiento de las importaciones de medicamentos tiene un especial tratamiento en vía administrativa, recayendo en las instituciones de salud pública, como lo es la Secretaría de Salud que tiene el control de las mercancías cuya importación y exportación, están reguladas en la Ley General de Salud. De tal forma se establece en la actuación gubernamental el cumplimiento de un protocolo sanitario de los productos y materias primas de importación y de exportación, que, conforme a la nueva clasificación y codificación de mercancías y productos, derivada de la Sexta Enmienda del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, del Consejo de Cooperación Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas¹ se previene, detecta o corrige actos contrarios a la norma.

Estas modificaciones a diversas fracciones arancelarias de la Tarifa de los Impuestos Generales de Importación y de Expor-

¹ Acuerdo que establece las mercancías cuya importación y exportación está sujeta a regulación por parte de la Secretaría de Salud. Diario Oficial de la Federación del 26 de diciembre del 2020.

tación (TIGIE) actualiza y moderniza la TIGIE para adecuarla a los flujos actuales de comercio internacional; y contempla la creación de los números de identificación comercial (NICO), a fin de contar con datos estadísticos más precisos, que constituyan una herramienta de facilitación comercial que permita separar la función de inteligencia comercial y estadística de la función reguladora, tanto en el aspecto arancelario como en el de regulaciones y restricciones no arancelarias.

En este último punto, se potencializa la función de la COFEPRIS para ejercer el control y vigilancia sanitaria en materias como, medicamentos y otros insumos para la salud; órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; alimentos y bebidas, productos de perfumería, belleza y aseo; tabaco, plaguicidas, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; químicos esenciales; productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, materias primas y aditivos que intervengan en la elaboración de los productos anteriores. Por tal motivo, y dado el objetivo de proteger el derecho humano a la salud, se vuelve indispensable que el gobierno mexicano, mantenga actualizado el marco normativo en materia de salud tanto a nivel nacional e internacional para garantizar el ejercicio debido de este derecho.

Lo relevante de estos nuevos lineamientos, es que los importadores y exportadores tienen la obligación de tramitar las autorizaciones sanitarias previas de Importación o exportación o, en su caso, las autorizaciones de introducción o de salida, el aviso sanitario de Importación o copia del registro sanitario.

En otros términos, cualquier importador o a través de agente aduanal deberá realizar trámites ante COFEPRIS para obtener un permiso o acreditar tener el registro sanitario, el cual cada uno de ellos se asienta en el pedimento de importación con los verificadores SI y S3 respectivamente. En este sentido, se debe acreditar el registro sanitario para importar los medicamentos, estupeficientes, sustancias psicotrópicas y productos que los contengan; equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgi-

cos, de curación y productos higiénicos; así como los plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas. Estos registros tienen una vigencia de 5 años, que pueden ser prorrogables (Sanitarios, 2021)

III. UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOBRE MEDICAMENTOS

Por lo tanto, cualquier importador de insumos o material de salud, debe sujetarse a la nueva clasificación arancelaria, a la cual se le adiciona el dígito nueve y diez conocido como el número de identificación comercial “NICO”, además de acreditar el permiso de COFEPRIS y/o el registro Sanitario. Este esquema comercial, puede cambiar cuando el Gobierno Mexicano sea el importador, tomando en cuenta que el Instituto Nacional para el Bienestar (INSABI) será formalmente el importador de proveedores extranjeros que hayan participado en una licitación abierta internacional administrada por la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos Especiales (UNOPS) por sus siglas en inglés), según el Acuerdo Marco celebrado en febrero de 2019,² donde se exponen tres objetivos:

- a. Conforme a las modificaciones a Ley de Adquisiciones realizada se permitirá la ejecución de compras públicas internacionales en salud por parte de la UNOPS bajo una perspectiva de conseguir mejores precios, mayor transparencia y competencia abierta.
- b. El gobierno mexicano transfiere los dineros a las UNOPS para administrar las licitaciones y gestione los contratos de compras de medicamentos.
- c. Participación de México en los Fondos Rotatorio de Vacunas y

² El 13 de febrero de 2019, se suscribió el Acuerdo Marco entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos

Estratégico de Medicamentos e Insumos de Salud Pública para la compra de vacunas.

Se trata de un acuerdo, donde ambas partes se comprometen con la transparencia, la rendición de cuentas y el combate a la corrupción, que favorece políticamente a ambas partes.

Posteriormente se signó un acuerdo específico entre el INSA-BI y la UNOPS que contiene un proyecto de implementación denominado adquisición de medicamentos y material de curación.³ Bajo este mecanismo es claro que la importación, transportación y distribución, es decir toda la cadena logística comercial, estaría bajo su coordinación y responsabilidad.

En cuanto a la importación, materia central del presente artículo, tratándose de que el importador es un ente gubernamental, si bien no se pagará el Impuesto al Valor Agregado (IVA) por importaciones según el anexo 27 de las RGCE⁴ y el no pago de los aranceles el artículo 61 de la Ley Aduanera reafirma que no se pagarán los impuestos al comercio exterior por la entrada al territorio nacional o la salida de este, pero según la fracción XIV siempre y cuando se cumplan con las demás obligaciones en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias, esto es, lo que antes habíamos señalado respecto a la obtención del permiso o el registro sanitario emitido por la COFEPRIS.

El artículo 61 de la Ley Aduanera establece lo siguiente:

³ Proyectos de Implementación, es donde la UNOPS realiza adquisiciones para el Gobierno de México, aplicables a bienes, servicios, contratación de consultorías, contratación de obras, gestión financiera, de recursos humanos o demás contempladas en el mandato de la UNOPS. Se encarga de implementar, licitar, y contratar tales actividades, de firmar y administrar los contratos respectivos con terceros y de la administración contractual desde el punto de vista técnico y financiero, realización de pagos y rendición de cuentas al Gobierno de México.

⁴ Fracciones arancelarias de la TIGIE, por cuya importación no se está obligado al pago del IVA, de conformidad con el artículo 25, fracción III, en relación con el artículo 2-A, fracción I de la Ley del IVA.

No se pagarán los impuestos al comercio exterior por la entrada al territorio nacional o la salida del mismo de las siguientes mercancías:

XIV. Las destinadas a instituciones de salud pública, (...) En estos casos deberán formar parte de su patrimonio y cumplir con las demás obligaciones en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias.

Sin embargo, en los lineamientos operacionales del Fondo de Salud para el Bienestar⁵, se establece que la Unidad de Coordinación Nacional de Abastecimiento de Medicamento y Equipamiento Médico (CNAMEM) del INSABI hará frente a todas aquellas erogaciones que deban realizarse para lograr su despacho aduanero de las importaciones de medicamentos, (Ley aduanera, 2020)⁶ incluido el pago del impuesto general de importación que, en su caso, corresponda conforme a la tarifa establecida en la ley de la materia; así como el pago de los derechos a la COFEPRIS, así

⁵ El Comité Técnico del Fondo de Salud para el Bienestar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 bis 29, último párrafo de la Ley General de Salud y, en apego a la facultad contenida en la cláusula Octava, inciso a. del Contrato de Fideicomiso Público Irrevocable de Administración y Pago celebrado entre el Instituto de Salud para el Bienestar, en su carácter de Fideicomitente, y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., I.B.D., en calidad de Institución Fiduciaria, para la constitución del Fondo de Salud para el Bienestar.

⁶ Artículo 35. ..., se entiende por despacho aduanero el conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías al territorio nacional y a su salida del mismo, que de acuerdo con los diferentes tráficos y regímenes aduaneros establecidos en el presente ordenamiento, deben realizar ante la aduana, las autoridades aduaneras y quienes introducen o extraen mercancías del territorio nacional, ya sea los consignatarios, destinatarios, propietarios, poseedores o tenedores en las importaciones y los remitentes en las exportaciones, así como los agentes aduanales o agencias aduanales, empleando el sistema electrónico aduanero.

como los costos directos e indirectos o pagos por servicio que se tenga que pagar a la UNOPS, así como el aseguramiento y distribución de los bienes a los prestadores de servicios.

Llama la atención que, si bien el artículo 61 puede exceptuarles de una obligación de comercio exterior, en este instrumento se obligan a pagar todas las contribuciones sin que tengan que hacerlo, lo que demuestra un total desconocimiento de la materia. En cuanto a la responsabilidad de la distribución, es otra función que ha demostrado incapacidad en su operación, dado la desaparición de los distribuidores, por lo que la autoridad tuvo que modificar el marco legal para darle participación a Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México (BIRMEX).

Cualquier importador, a menos que sea una entidad gubernamental, deberá cumplir con todos los requerimientos del despacho aduanero, que a resumidas cuentas nos vincula con la regla general de comercio exterior 3.1.4 relativa a que se tiene declarar en el pedimento la fracción arancelaria 9801.00.01 de la Tarifa de Importación, asentando el identificador que corresponda conforme al Apéndice 8 del Anexo 22.

Para los efectos de los artículos 36 y 36-A, fracción I, inciso a) de la Ley Aduanera, la obligación de presentar los Comprobantes Fiscales por Internet o documentos equivalentes, se deberá cumplir cuando las mercancías tengan un valor comercial en moneda nacional o extranjera superior a 300 (trescientos dólares), los cuales deberán ser expedidos por proveedores nacionales cuando se trate de transportación o logística o los pagos a los proveedores extranjeros, respectivamente (Regla general de Comercio Exterior 3.1.8,2020). En este caso será el documento de carácter fiscal emitido en el extranjero, que ampare el precio pagado o por pagar de las mercancías introducidas al territorio nacional o el valor de estas, según corresponda.

El manejo de valores comerciales de los medicamentos y los pagos a proveedores por parte de la CNAMEM, si bien tiene sustento jurídico, cae en la opacidad y fomenta la corrupción y el manejo de recursos financieros sin ningún control administrativo.

Aquí las adquisiciones de medicamentos no encuadran ni siguiera dentro de las compras consolidadas a cargo de la SHCP, además se convierte en un mecanismo artificial sin apego a los principios que establece el artículo 134 de la Constitución, que al fin de todo es el único soporte legal aplicable y que sustenta el nuevo modelo de importaciones de medicamentos.

En este caso, la factura comercial, es la única base documental que avala una importación dentro de un contrato que celebró el INSABI y la UNOPS, de ahí la importancia de que las mismas cumplan cuando menos con datos sobre el precio pagado o por pagar de las mercancías introducidas al territorio nacional o el valor de estas, entre los demás requisitos de esta Regla.

En resumen, para la importación de medicamentos, vacunas, material quirúrgico sólo podrán hacerse cumplir en el punto de entrada o salida al país, las regulaciones no arancelarias cuyas mercancías hayan sido identificadas en términos de sus fracciones arancelarias y nomenclatura que les corresponda. Es aquí donde la COFEPRIS ejerce el control y vigilancia en materia sanitaria, por lo que para mantener actualizado el marco normativo aplicable al sector salud en materia de comercio exterior estableció lo siguiente:

Fracción Arancelaria	Descripción
3002.20.10	Vacuna contra el virus SARS-CoV-2.
00 Número de Identificación Comercial	Vacuna contra el virus SARS-CoV-2. (Secretaría de Salud, 2021)

IV. LICITACIONES E IMPORTACIONES BAJO UN NUEVO ENFOQUE DEL DERECHO A LA SALUD

El modelo de compras consolidadas, cuando menos para las adquisiciones de medicamentos en el sector público fue un fracaso. El primer revés fue en mayo del 2019, donde la Secretaría de Salud y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publicó la convocatoria LA-012000991-E82-2019 Licitación Pública Internacional Abierta Electrónica para adquisición de medicamentos bajo 3,090 claves de medicamentos y material de curación con un presupuesto referencial de MNX 14,473 millones. Dada las fallas detectadas, se hizo un cambio de estrategia en la adquisición de medicamentos mediante licitaciones públicas internacionales abiertas administradas por la UNOPS para garantizar el abasto sostenido y asegurado, el cual hasta se ha convertido en una quimera dado que falta un operador efectivo para las importaciones.

Mediante el Acuerdo del 27 de abril especifica que las “adquisiciones e importaciones señaladas, quedarán comprendidas aquellas relativas a medicamentos, equipo médico...se realizarán por “las Secretarías de Salud; de la Defensa Nacional, y de Marina; así como el Instituto de Salud para el Bienestar; el Instituto Mexicano del Seguro Social, y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado”.

Sin embargo mediante otro Acuerdo Modificatorio,⁷ adiciona a todas esas dependencias de salud a los Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México (BIRMEX), quien no forma parte de la Administración Pública Centralizada, Descentralizada y Desconcentrada, pero quedaría ubicada dentro de la Administración Pública Paraestatal desde la perspectiva constitucional, toda vez

⁷ ACUERDO por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias que se deberán de realizar para la adquisición e importación de los bienes y servicios a que se refieren las fracciones II y III del artículo Segundo del Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias... Diario Oficial de la Federación, 20 de octubre de 2020

que se trata de una empresa de participación estatal mayoritaria, en el que el Gobierno Mexicano tiene el 51% o más de las acciones, por lo que permite la participación de accionistas privados que se encargarán de la importación, distribución y colocación de los medicamentos.

Asimismo, para darle un mayor basamento legal, se estableció mediante una modificación a la Reglas General de Comercio Exterior, particularmente la 3.7.34 un “Procedimiento simplificado para importaciones realizadas por las Secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; del Instituto de Salud para el Bienestar; del Instituto Mexicano del Seguro Social; del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y de Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México, S.A. de C.V.”⁸

En este sentido, BIRMEX con base en los Acuerdos antes referidos, se le conceden plenas atribuciones para combatir el COVID, sin necesidad de agotar los trámites administrativos de importación relacionados con el despacho de mercancías ante las aduanas del país, para lo cual el representante legal o servidor público con facultades de representación de las dependencias o entidades paraestatales, deberá presentar en la Aduana de ingreso, al momento de la extracción de las mercancías, la autorización emitida por la COFEPRIS.

Para realizar la importación, tal como habíamos señalado, se exentaría del pago de las contribuciones de comercio exterior,⁹

⁸ TERCERA Resolución de Modificaciones a las Reglas Generales de Comercio Exterior para 2020. Diario oficial de la Federación del 22 de diciembre del 2020.

⁹ Regla General de Comercio Exterior 3.3.20. Para efectos de los artículos 61, fracción XVII de la Ley y Segundo, fracciones II y III, del “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)”, publicado en el DOF el 27 de marzo de 2020 y sus posteriores modificaciones, las Secretarías de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; el

acreditando solo un escrito libre firmado por el representante legal o servidor público con facultades de representación de las mismas, en el que se enlisten las mercancías, debiendo especificar la cantidad, unidad de medida comercial, origen, descripción de la mercancía, uso y función, así como los elementos que ilustren y describan de manera detallada las características físicas y técnicas, en forma cuantitativa y cualitativa de las mismas, así como su materia constitutiva.

De igual forma, se debe acreditar la representación legal o, en su caso, el nombramiento oficial del servidor público con facultades de representación de las dependencias o entidades paraestatales, quien exhibirá el comprobante del pago de los gastos de manejo, almacenaje y custodia de mercancías de comercio exterior, realizados (Ley aduanera, 2020)¹⁰

Instituto de Salud para el Bienestar, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, así como Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México S.A. de C.V., podrán solicitar autorización para recibir en donación mercancía de extranjeros que se encuentre fuera del país, así como importarla sin el pago de impuestos al comercio exterior, para hacer frente a la contingencia a que se refiere el citado Decreto, a través del siguiente procedimiento...

¹⁰ Artículo 40. Los trámites relacionados con el despacho de las mercancías se promoverán por los importadores o exportadores o por conducto de los agentes o agencias aduanales que actúen como sus consignatarios o mandatarios. Las personas morales que promuevan el despacho de las mercancías sin la intervención de agente o agencia aduanales tendrán la obligación de realizar el despacho aduanero a través de su representante legal, mismo que deberán acreditar ante el Servicio de Administración Tributaria, en los términos y condiciones que se establezcan en el Reglamento. Dicho representante, cuando menos, deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Ser persona física y estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.
- II. Ser de nacionalidad mexicana.
- III. Acreditar la existencia de una relación laboral con el importador o

Cabe señalar que se deberá demostrar el cumplimiento de regulaciones y restricciones no arancelarias incluidas las normas oficiales mexicanas aplicables, salvo que se acredite la exención por parte de la autoridad competente.

En consecuencia, se advierte un procedimiento simplificado, flexible y laxo en el cumplimiento de los permisos del área de salud y el de registro sanitario en su caso, porque no será necesario inscribirse al Padrón de Importadores, Padrón de Importadores de Sectores Específicos, ni utilizar pedimento, pudiendo ingresar las mercancías por cualquier aduana.

Según el Convenio de Implementación INSABI-UNOPS, todos los gastos relativos a derechos arancelarios u otros gravámenes a la importación o similares que sean objeto de exención se deberán reembolsar al erario público por parte del INSABI, el cual además pagará por la operación y los servicios que presta la UNOPS, en la realización de sus trabajos para la implementación de las licitaciones y gastos administrativos derivados, durante la emergencia sanitaria del virus SARS- CoV2.

V. IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL CONVENIO ENTRE INSABI Y LA UNOPS

El 14 de febrero de 2019, el Gobierno mexicano firmó con la UNOPS un acuerdo marco que tiene por objeto el asesoramiento para la preparación de licitaciones de proyectos estratégicos, asistencia técnica en el diagnóstico de propuestas, así como en el

exportador.

- IV. Acreditar experiencia o conocimientos en materia de comercio exterior.

Las personas físicas que promuevan el despacho de las mercancías sin la intervención de un agente aduanal o agencia aduanal deberán cumplir con los requisitos y condiciones que se establezcan en el Reglamento.

propio proceso de licitación para la adquisición de bienes. Posteriormente el pasado 31 de julio del 2020, se realizó la firma del Acuerdo entre México y la UNOPS para la adquisición de insumos médicos a través del INSABI.

Al respecto, si bien, aún no es público el contenido de dicho Acuerdo, se advierte que de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Celebración de Tratados, dicho Acuerdo tiene la naturaleza de ser un Acuerdo Interinstitucional.¹¹ Si bien Acuerdo goza de una forma distinta a la de un Tratado Internacional, lo cierto es que la misma Ley sobre Celebración de Tratados señala que dicho Acuerdo Interinstitucional se encuentra regido por el Derecho Internacional Público, lo cual tiene gran relevancia, ya que de conformidad con el Derecho de los Tratados, y en específico de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dicha normas se vuelven imperativas para el Estado Mexicano.

Por otro lado, para llevar a cabo la adquisición de medicamentos bajo este mecanismo, se hicieron diversas modificaciones con el propósito de cumplir tales objetivos, por lo que se modificó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público¹² a efecto de legitimar la operación de las adquisiciones a través de licitaciones que administre la UNOPS, las cuales conllevaran de manera automática a la realización de importaciones por

¹¹ Ley sobre celebración de tratados, Artículo 2. II.- “Acuerdo Interinstitucional”: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

¹² Se adiciona quinto párrafo quinto en su artículo primero mediante el cual la adquisición de bienes o prestación de servicios para la salud que contraten las dependencias y/o entidades con organismos intergubernamentales internacionales, queda exceptuada del ámbito de aplicación de la LAASSP, a condición de que se acredite la aplicación de los principios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 12 de agosto de 2020.

parte de BIRMEX que actuará en nombre y representación del INSABI o de cualquier entidad o dependencia de salud pública.

Esto representa implicaciones jurídicas importantes, dado que las acciones tomadas por el Gobierno Federal son ilegales, en perjuicio de los derechos de los particulares. Si bien dichas acciones se basan en los instrumentos jurídicos antes señalados, se pierde de vista la sujeción de diversas garantías y derechos fundamentales. Esto se contrapone a los principios del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³, en perjuicio y/o violación de los derechos fundamentales. De tal forma, la Comisión Interamericana de DDHH emitió la recomendación 4/2020¹⁴, para la protección efectiva de la salud y personas con

¹³ El artículo 4º de la Constitución federal mexicana, contempla en su párrafo cuarto el derecho humano a la protección de la salud, garantizando el bienestar y los servicios de salud para la atención integral y gratuita de todas aquellas personas que ni cuente con seguridad social.

En este sentido la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 26 de marzo de 2021 señaló los criterios que deben valorarse para su efectiva garantía, los cuales destaca lo siguiente: Toda autoridad responsable de prestar asistencia medica debe garantizar el derecho humano a la salud mediante la valorización de los criterios: subjetivo; objetivo; temporal e institucional. El primero alude a la obligación del Estado de procurar el tratamiento terapéutico y farmacéutico del paciente; el segundo emite el criterio por el cual el Estado debe garantizar el tratamiento adecuado para la enfermedad en particular; el tercer criterio alude a que el Estado debe garantizar de manera oportuna, permanente y constante el servicio público; y el cuarto criterio alude a la garantía de que las unidades medicas o institucionales de salud lleven a cabo el tratamiento con los estándares más altos de tecnología y especialización médica.

¹⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció las “Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID-19”; elaboradas por la Sala de Coordinación para Respuesta Oportuna e Integrada, esto con la meta de poder contribuir al enfrentamiento de la Pandemia y sus efectos en los derechos humanos en el continente americano. Dentro del documento en comentó se presentan doce directrices sobre la

COVID 19 y garantizar el derecho a la salud dado la escasez y desabasto, lo cual ni siquiera se le ha dado seguimiento, aún menos cumplimiento.

Conforme con el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece 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, mientras que ahora serán según el Convenio una modalidad de licitaciones internacionales abiertas, sin agotar previamente la licitación nacional lo cual trasgrede dicho ordenamiento constitucional.

Podría considerarse que de manera indirecta se cumple con la realización de las licitaciones públicas, ya que al final del día el Estado de Mexicano celebra dicho Acuerdo en aras de cumplir con su obligación de la promoción y satisfacción de este tipo de insumos médicos. Sin embargo, lo anterior presenta ciertos matices, ya que dentro del artículo 134 de la Constitución, además de establecer como regla general la licitación pública, se especifica que ésta se realizará a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Asimismo, debido a la celebración de diversos Acuerdos de Equivalencia, en los que se determina que los requisitos exigidos por la Ley Mexicana y aquellos con los países parte de estos

protección de los derechos: 1. Humanos 19; 2. a la salud; 3. al consentimiento previo, libre e informado; 4. a la igualdad y no discriminación; 5. La prioridad de la vida de las personas con COVID-19 en las políticas públicas, recursos y cooperación; 6. de las personas con COVID-19 en relación con la intervención de actores privados o empresas en el ámbito de la salud; 7. de acceso a la información 8. a la confidencialidad, privacidad y uso de datos personales; de las personas trabajadoras de la salud y del cuidado; 10. Otros derechos DESCA; 11. Acceso a la justicia; 12. Familiares y víctimas de personas fallecidas; todas de las personas con COVID 19.

acuerdos son equivalentes, implica que no exista seguridad sobre los bienes que estaría adquiriendo el Estado Mexicano, pues además de que el otorgamiento del registro sanitario será más laxo, en caso de que dichos bienes resulten no ser los idóneos no existirá responsabilidad respecto a las Agencias o autoridades Sanitarias de los países en los que se calificaron.

Otro problema que presenta el actual régimen de adquisiciones pública de medicamentos y demás insumos médicos, es que a raíz de su extracción de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP) para realizar licitaciones internacionales y trasladarse o delegarse esa atribución a la UNOPS, ahora hablamos de contratos públicos y de importaciones que caen dentro del régimen de comercio exterior, además de que rompe con el régimen de promoción y libre competencia para evitar prácticas monopólicas, que deben circunscribirse en el régimen mexicano de conformidad con los artículos 25 y 28 de la Constitución.

También podría implicar en la violación de distintos Tratados de Libre Comercio como el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) entre otros acuerdos que contengan capítulos de contratación pública en las que se proteja la realización de licitaciones cubiertas por la protección de dichos Tratados y de sus capítulos de Inversión u otros acuerdos en materia de inversión, ya que existe discriminación a los proveedores extranjeros. En consecuencia, no se puede alegar el desconocimiento de los tratados internacionales para aplicar el derecho interno.¹⁵

Ante este escenario discriminatorio contra las empresas nacionales, los privados han solicitado el respeto del marco constitucional, por lo que han gestionado el juicio de amparo, situación que de hecho ya se verificó, donde diversas asociaciones como la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica (CANIFARMA) promovieron amparo contra dicho marco regulatorio, que podría

¹⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 1980)

implicar que una sentencia dictada por los Tribunales Mexicanos conceda el amparo y se declare inconstitucional dicho Acuerdo. Ahora en el plano internacional dicha determinación llevaría consigo diferentes implicaciones planteadas hasta ahora únicamente dentro de la doctrina jurídica mexicana, ya que como se mencionó dicho Acuerdo toma las características de un Acuerdo Interinstitucional regido por el Derecho Internacional.

VI. CONCLUSIONES

Primera. No es congruente que una facultad exclusiva del Gobierno Mexicano, para comprar insumos o medicamentos mediante licitaciones se delegue en un tercero que es la UNOPS, un órgano de las subsidiario de las Naciones Unidas que administrará esta nueva modalidad de licitaciones públicas internacionales, pero a cambio de un costo operativo que tiene que pagar la hacienda pública, lo que se contrapone al ejercicio adecuado del gasto público.

Segunda. Es riesgoso que se confiera la operación de las importaciones a Birmex que podría encarecer la cadena de suministro. El verdadero reto de este nuevo modelo es crear cuando menos la infraestructura técnica y administrativa para que opere la cadena logística que va desde la importación, transporte, distribución y operación, para salvaguardar en tiempo y forma la salud y la vida de los mexicanos. Este nuevo esquema de contratación tendrá pronto su prueba de fuego, porque el no satisfacer sus objetivos, podría continuar vulnerando los principios constitucionales y caer en eventuales incumplimientos de los compromisos internacionales contenidos en los tratados comerciales internacionales.

Tercera. Se ha fragmentado el marco jurídico nacional en el establecimiento de un nuevo esquema de adquisiciones e importaciones, que afecta intereses comerciales legítimos. El escenario en el corto plazo no resulta positivo, dado que en la primera entre-

ga de la UNOPS se incumplió con la fecha de entrega, por lo que se tuvo que prorrogar por tres meses más.

Cuarta. Este nuevo modelo dentro las licitaciones Internacionales abiertas, afecta de manera directa a los licitantes mexicanos y proveedores extranjeros de países donde México tiene Tratados de Libre Comercio, porque ni siquiera existirá previamente a ésta una licitación nacional, donde se pulveriza el derecho de participar a las empresas nacionales, aun menos de hacer valer el margen preferencial del 15% a favor de dichas empresas nacionales.

Quinta. Las importaciones de medicamentos a través de las dependencias del sector salud, incluyendo a BIRMEX, gozan de exenciones en el pago de las contribuciones de comercio exterior y el cumplimiento de protocolos sanitarios más laxos, que podrían traducirse en una amenaza a la salud y la vida de las personas. Además de que el manejo de los recursos financieros estaría sin ningún control y supeditados a una supervisión estricta, lo que sería un caldo de cultivo a la opacidad y la corrupción.