

Referencia: “Acuerdo por el que se modifica el diverso por el que se instruye a la Secretaría de Salud, a Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México, S.A. de C.V., al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, al Instituto Mexicano del Seguro Social y a Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social para el Bienestar llevar a cabo las acciones que se indican, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 2023”¹ (“Acuerdo”) y “Lineamientos generales para llevar a cabo el procedimiento de contratación consolidada de medicamentos e insumos para la salud, para los ejercicios fiscales 2025 y 2026”² (“Lineamientos”).

El 29 de octubre de 2024 se publicaron en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el Acuerdo emitido por la Titular del Ejecutivo y los Lineamientos emitidos por la Secretaría de la Función Pública (SFP), que tienen importante impacto en materia de contrataciones públicas en el rubro de salud (insumos para la salud³).

Tanto el Acuerdo como los Lineamientos tienen como origen el diverso Acuerdo por el que se instruyó al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), IMSS-Bienestar y al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (“ISSSTE”) (en adelante las tres -IMSS, IMSS-Bienestar e ISSSTE serán referidas como “las entidades”) para consolidar sus compras y a Laboratorio de biológicos y Reactivos de México, S.A. de C.V. (“Birmex”) fungir como área consolidadora, mismo que fue publicado en el DOF el 22 de diciembre de 2023⁴ (“Acuerdo de 2023”).

Con motivo del Acuerdo de 2023, Birmex, atendiendo la instrucción del entonces Titular del Ejecutivo, emitió diversos lineamientos que regularon las contrataciones consolidadas de insumos para la salud, la distribución de éstos, así como la denominada “Megafarmacia” (de hecho tales lineamientos establecían entonces que las entidades antes referidas se encontraban obligadas para adquirir los insumos para la salud exclusivamente a través de la consolidación de Birmex y que sólo por vía de excepción y autorización de Birmex podrían contratar por sí solas).

Sobre tal Acuerdo de instrucción de 2023 y los lineamientos emitidos para la consolidación ordenada en ese momento, se pueden consultar las notas correspondientes elaboradas por este despacho:

¹ https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5741967&fecha=29/10/2024#gsc.tab=0

² https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5741965&fecha=29/10/2024#gsc.tab=0

³ En términos del artículo 194 Bis de la Ley General de Salud “insumos para la salud” subsume los medicamentos, sustancias psicotrópicas, estupefacientes y las materias psicotrópicas, estupefacientes y las materias primas y aditivos que intervengan para su elaboración; así como los equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, material quirúrgico, de curación y productos higiénicos.

⁴ https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5712407&fecha=22/12/2023#gsc.tab=0

- a. http://www.mgk.mx/files/pAcuerdo_instruccion_Birmex.pdf
- b. http://www.mgk.mx/files/Segundos_Lineamientos_Birmex.pdf
- c. http://www.mgk.mx/files/pResumen_lineamientos_Birmex.pdf
- d. http://www.mgk.mx/files/pLineamientos_distribucion_Birmex%20.pdf

Lo anterior es modificado sustancialmente por la publicación del día de ayer del nuevo Acuerdo y Lineamientos, que respectivamente establecen lo siguiente:

I. ACUERDO

1. Se modifica el Artículo Primero del Acuerdo de 2023 que establecía la instrucción del entonces Titular del Ejecutivo a Birmex para consolidar la compra de insumos para la salud de las entidades con la “colaboración” de la Secretaría de Salud (“SS”). Birmex además administraría y ejecutaría las acciones de la cadena de suministro (incluyendo distribución). Es decir, implicaba la centralización de la adquisición en Birmex, una empresa de participación estatal mayoritaria otorgando a tal empresa facultades (en materia de compra de insumos para la salud) incluso mayores a las que tenía la Secretaría de Salud y las entidades, lo que jurídicamente resultaba cuestionable.

Ahora, en el Acuerdo se establece que:

- a. Birmex seguirá consolidando, pero ya no con la colaboración de la SS, sino con su coordinación, es decir, la SS coordinará la consolidación y emitirá las instrucciones a Birmex para consolidar las compras de insumos para la salud (no es lo mismo que la SS colaborara, a que ahora coordine);
- b. Se adiciona la intervención en el proceso de consolidación de la SFP (no es que no tuviese facultades, pero ahora se enfatiza su participación y tan es así que tal dependencia emitió los Lineamientos adelante referidos);
- c. Aunque las entidades deben seguir las instrucciones de Birmex (y ésta a su vez los de la SS), se establece que las mismas deben participar en el proceso. Lo anterior implica, en resumen, que se restan facultades e importancia a Birmex en la planeación, trasladando la misma a la SS y dando mayor intervención a las entidades (lo cual resulta lógico, pues son las entidades son quienes conocen sus necesidades y la coordinación con Birmex resultaba compleja para atender con premura y de manera integral tales requerimientos y las particularidades de éstos);
- d. En suma a las entidades a quienes solamente aplicaba la consolidación de conformidad con el Acuerdo de 2023, ahora se adiciona la participación en la consolidación de: i) los Institutos Nacionales de Salud, los Hospitales Federales de Referencia (nuevas instituciones obligadas a las que se les denominará en adelante “Instituciones”); y, ii) demás instituciones que presten servicios de salud y que se integren previa consideración de la Subsecretaría de Integración y Desarrollo del Sector Salud de la Secretaría de Salud (“instituciones voluntarias”);
- e. Es ahora la citada Subsecretaría a quien se instruye llevar a cabo la planeación de la contratación consolidada y la elaboración del diagnóstico de necesidades de los insumos

para la salud, para lo cual debe realizar gestiones asociadas con el intercambio de información, identificación y revisión de necesidades de cada entidad o institución de salud (se eliminan tales facultades a Birmex, quien en realidad quedará como un ejecutor material de la consolidación);

- f. La citada Subsecretaría realizará la revisión de los requerimientos (se entiende de manera implícita que no solo revisar sino que “aprobará”), hecho ello, las instituciones entregarán Birmex su listado de necesidades de insumos (se entiende el ya aprobado por la Subsecretaría) para que Birmex realice el procedimiento de contratación consolidada (es decir, el proceso implica que la Subsecretaría revise las necesidades, las apruebe y, hecho ello, las entidades, las instituciones y las instituciones voluntarias presenten a Birmex su listado para que ésta proceda a realizar el procedimiento de contratación pública); y,
- g. Birmex, además de ser el ejecutor de la consolidación con las instrucciones que reciba, conservará las facultades de administrar y ejecutar las acciones que integran la cadena de suministro y en su caso (no de manera obligatoria como era antes, sino opcional) recibir, transportar y almacenar los insumos para la salud. Ello permitirá que Birmex pueda realizar tales actividades, pero también que las entidades u otras instituciones que participen en la consolidación puedan determinar si los insumos los transporta Birmex o el contratista, o si es a un almacén de Birmex, a la Megafarmacia, o bien directamente a las instituciones de salud.

Lo anterior, por un lado, podría ayudar a resolver o minimizar el importante problema logístico que existe, en donde no necesariamente faltaban insumos, sino que éstos no eran entregados oportunamente a las entidades, sin embargo, por otro lado, si ello no es bien regulado en lineamientos o en las Bases de Licitación, podría generar incertidumbre jurídica.

2. Se modifica el Artículo Segundo del Acuerdo de 2023 que establecía que la SS emitiría e instruiría la política nacional de abasto de medicamentos e insumos para la salud en colaboración con Birmex y las entidades. Ahora, se establece la misma obligación de emisión e instrumentación de la política, pero ya no en colaboración, sino con la participación de Birmex, de las entidades y se suma a las instituciones y a las instituciones voluntarias (se considera que ello es benéfico, en tanto no sólo se restaba importancia a la SS y a las entidades en favor de Birmex, sino también en general a otros participantes públicos del Sistema Nacional de Salud, en todo caso, la cuestión será si la centralización del sector que se intenta será o no funcional).

Que la SS solicite la opinión del Consejo de Salubridad General sobre la citada política sigue siendo opcional.

3. Se modifica el Artículo Cuarto del Acuerdo de 2023 que establecía que Birmex debería implementar el sistema de compensación para casos de excepción de insumos para la salud entre las entidades. Ahora, se establece que Birmex de manera coordinada con la SS, las entidades, las instituciones y las instituciones voluntarias, deben operar el sistema de compensación⁵ (entonces,

⁵ Conforme al documento denominado “República Sana”, se puede presumir que se entiende por compensación el establecimiento de un sistema que permita gestionar de manera eficaz y transparente las transacciones en las entidades participantes en la consolidación, garantizando la correcta asignación de costos y

el sistema de compensación será de mayor alcance, pues no sólo podrá implementarse entre entidades, sino en realidad con cualquier institución que participe en la consolidación, lo cual si bien por un lado puede ser útil para evitar el desabasto, si ello no es debidamente regulado -como no ha ocurrido a la fecha- se puede generar incertidumbre jurídica y actos contrarios a derecho.

4. El Artículo Tercero del Acuerdo de 2023 (se compone de cuatro artículos) no es modificado y por tanto continúa vigente, mismo que establece que para el cumplimiento del Acuerdo Birmex debe observar los principios previstos en el artículo 134 Constitucional, en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (“LAASSP”) y en su Reglamento.

Es decir, Birmex debe licitar conforme a la normatividad de la materia. Sin embargo, en los últimos meses se ha podido apreciar que, aunque se aplican tales ordenamientos, ello se hace de manera irregular, existiendo entre otros muchos ejemplos, centenares de adjudicaciones directas derivadas de estudios de mercado que hacen las veces de bases de licitación y que sustituyen al procedimiento de licitación pública, la no observancia al principio de prelación del carácter de las licitaciones (internacionales bajo tratados o nacionales, favoreciendo las internacionales abiertas), las solicitudes de canje injustificadas por falta de planeación y consumo al interior de las entidades, el cambio constante e injustificado en el calendario y lugares, entre otras cuestiones.

5. El régimen transitorio del Acuerdo establece que:

- a. Entró en vigor el 30 de octubre de 2024;
- b. Las entidades, las instituciones y las instituciones voluntarias deben enviar sus requerimientos a la Subsecretaría en el tiempo y forma en que ésta lo determine;
- c. Birmex debe adecuar sus lineamientos de consolidación a más tardar el 11 de noviembre de 2024 para que sean congruentes con el Acuerdo;
- d. Los procedimientos de contratación consolidada iniciados previamente a la entrada en vigor del Acuerdo deben continuar y concluir con la normatividad aplicable al momento de su inicio (es interpretable si los actuales estudios de mercado que se encuentra realizando Birmex para contratación “complementaria” y que posiblemente terminarán en adjudicaciones directa, puedan ser entendidos como “procedimientos de contratación en vigor”); y,
- e. Que las instituciones que se integren a la consolidación cuentan con 30 días naturales para realizar las modificaciones necesarias a su normativa interna y demás gestiones necesarias para el cumplimiento del Acuerdo.

responsabilidades financieras, que Birmex llevará a cabo el cumplimiento en la entrega de órdenes de surtido, entre otras modalidades, a través de entregas mediante el sistema de compensación que subsume los procesos de solicitudes internas que son recibidas y entregadas entre las diferentes entidades, incluyendo la recepción del producto, la proveeduría, la notificación del pedido, selección del producto, empaque, preparación, programación de transporte y entrega.

Revisar: http://www.mgk.mx/files/pREPUBLICA_SANA.pdf

II. LINEAMIENTOS

Con motivo de la instrucción del Acuerdo para la participación de la SFP en las contrataciones consolidadas de Birmex, el mismo día se emitieron los lineamientos por parte de la SFP. Éstos medularmente establecen:

1. Son emitidos para procurar el abasto de insumos para la salud y garantizar las mejores condiciones de contratación en observancia a los principios previstos por el artículo 134 Constitucional (eficiencia, eficacia, economía, transparencia, honradez, sobre cerrado, publicidad, precio, calidad, financiamiento y oportunidad) para las contrataciones consolidadas de 2025 y 2026. Son obligatorios para la SS, Birmex, las entidades, las instituciones y las instituciones voluntarias.

Con ello, cuando menos en dos ejercicios fiscales (existe la probabilidad para que el evento de contratación que se realice sea bianual) existirá cierta certeza de la forma en que el Estado adquirirá los insumos para la salud (los lineamientos solo hacen referencia a 2025 y 2026), ello después de las contrataciones y/o compras consolidadas en el sexenio previo por parte de la Oficialía Mayor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, del Instituto de Salud para el Bienestar, de la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos, del IMSS-Bienestar o de la SS. Es decir, con el Acuerdo y los Lineamientos se agregará un diverso sistema de adquisición de insumos para la salud, cuando menos -al parecer-, por dos años.

2. Establecen que siendo que la SS conforme al Acuerdo tiene a su cargo la elaboración del diagnóstico de necesidades de insumos para la salud que requieran las instituciones del sector salud, se indica que tal diagnóstico debe tener por objeto:

- a. Garantizar el abasto y acceso de insumos para la salud considerando “los diversos tratamientos que pueden emplearse para la atención de un determinado padecimiento o enfermedad” (ello implica la posibilidad de enfatizar el análisis de los insumos denominados como “sustitutos” -así como tratamientos-, lo que podría por un lado coadyubar en el abasto, pero por otro discriminar la innovación o insumos con mayor eficiencia);
- b. Facilitar la obtención de un mejor precio en la compra de insumos para la salud, realizando una optimización a través de determinación de claves y bienes de alto impacto (se entiende, implícitamente, impacto presupuestario);
- c. Identificar las mejores estrategias de contratación; y,
- d. Que para el diagnóstico de las necesidades debe considerarse el Compendio Nacional de Insumos para la Salud “sin perjuicio de las autorizaciones que puedan ser emitidas por las autoridades competentes en términos de la normatividad aplicable” (se entiende, implícitamente, la posibilidad de adquisición de claves fuera de Compendio).

3. Respecto de las necesidades y requerimientos que presenten las entidades, las instituciones y las instituciones voluntarias, la SS debe revisar si los mismos son acordes o no a la política en materia de salud y a las necesidades de salud pública (incluyendo tratamientos terapéuticos), es decir, la SS

autorizará qué insumos se pueden adquirir y cuáles no (centralización en la decisión de las compras).

Finalizada la revisión por parte de la SS, informará de ello a las entidades y demás instituciones que participen en la consolidación, para que éstas acudan a presentar los requerimientos autorizados a Birmex para que éste realice la correspondiente investigación de mercado.

4. Establece lineamientos para la realización del estudio de mercado que realice Birmex, siendo éstos:

- a. Procurar contar con más de un proveedor para un mismo insumo para la salud, promoviendo competencia económica, mejores condiciones para el Estado y en su caso el abastecimiento simultáneo (se busca no depender de un solo proveedor para la misma clave, por lo que se estima el favorecimiento del abastecimiento simultáneo);
- b. Verificar la existencia de insumos y proveedores a nivel nacional e internacional (posiblemente se continúe con la política de procedimientos internacionales abiertos sin observar la prelación prevista en el artículo 28 de la LAASSP, pero ello es interpretable), pero también considerar los diversos tratamientos terapéuticos (es decir, los insumos y tratamientos sustitutos, lo que puede generar una comparación desleal en los precios si se confrontan en el mismo rubro productos disímolos);
- c. Identificar precios de medicamentos con los participantes en los procedimientos de contratación consolidada, organismos públicos y privados, fabricantes de bienes nacionales o internacionales (de no realizarse adecuadamente el estudio de mercado, pueden compararse precios en prácticas desleales de comercio exterior); y,
- d. Obtener las cotizaciones necesarias para la contratación consolidada en las que considere el costo de los medicamentos e insumos a adquirir, plazos para su fabricación, tiempo de entrega y el desglose del costo por transportación a almacenes centrales, estatales o en las unidades de salud finales.

5. Birmex debe dar difusión a los insumos susceptibles de contratarse a través de CompraNet para promover la participación y competencia en la contratación (esto es favorable, en tanto podría coadyubar a limitar la afectación que a la libre competencia generan las adjudicaciones directas sin justificación -como aquéllas realizadas a través de estudio de mercado en sustitución de licitación- y puede permitir la presentación de ofertas para estudio de mercado no solicitado).

6. Se indica que las personas titulares de las Unidades de Administración y Finanzas o equivalentes⁶ deben actualizar y mantener actualizado el registro, control y difusión de las personas con las que se encuentren impedidas de contratar y difundirlo a través de CompraNet.

⁶ Mismas autoridades que conforme al artículo 24 fracción V del Reglamento Interior de la Comisión del Compendio Nacional de Insumos para la Salud deben justificar la demanda y necesidad de actualización del Compendio -implícitamente, en su aspecto económico, del cual depende el inicio de la propia solicitud.

Ello es parcialmente benéfico, en tanto la figura del impedimento prevista en el artículo 50 de la LAASSP (diferente a la inhabilitación, en donde sólo se impide ser contratado ante una sola autoridad por un periodo de tiempo) ha sido indebidamente aplicado por las autoridades.

En efecto, la inhabilitación prevista en el artículo 60 de la LAASSP encuentra en el mismo ordenamiento el procedimiento de audiencia que debe realizarse, así como la publicación de la resolución que en su caso inhabilite, procedimiento para el que existe certidumbre en su tramitación. No es así el caso del impedimento previsto por el artículo 50 de la LAASSP, en donde al no existir en la LAASSP un procedimiento de audiencia expreso (aun cuando las autoridades se encuentren obligadas a otorgarlo en términos del artículo 14 Constitucional y aplicando supletoriamente el procedimiento de imposición de sanciones previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de aplicación supletoria a la LAASSP), no se otorgaba audiencia a los particulares e incluso no se notificaba la resolución, éstos se enteraban normalmente por la referencia a ello en algún fallo en donde fue desechada su propuesta. Incluso, autoridades como el IMSS simplemente llevaban un archivo “Excel” con la lista de proveedores impedidos que no era de acceso público.

El Acuerdo no subsana las irregularidades que ocurren en los impedimentos al no otorgarse audiencia, pero cuando menos otorga seguridad para conocer públicamente si una persona física o moral se encuentra impedida o no.

7. La interpretación de los Lineamientos corresponde a la Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas de la SFP (ante tal autoridad podrán presentarse consultas de los particulares y, en nuestra experiencia, tal Unidad ha estado dispuesta a responder los cuestionamientos que contribuyan a generar certidumbre y transparencia a los procesos).

8. Los lineamientos entraron en vigor el 30 de octubre de 2024

Ciudad de México a 30 de octubre de 2024