



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN CONTRATOS DE SUMINISTRO DE
PRODUCTOS FARMACÉUTICOS**

**JOHN EDUARD SANTOS VARGAS
FACULTA DE DERECHO**

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

RESUMEN BIOGRÁFICO DEL AUTOR

John Eduard Santos Vargas, es un opita nacido en la ciudad de Neiva el 27 de junio de 1984. Allí, en su ciudad natal, realizó sus estudios hasta el grado sexto de bachillerato en el Colegio Claretiano de Neiva. A su corta edad y en virtud de la separación de sus padres, fue trasladado a la ciudad de Cali, Valle del Cauca, en la que culminó sus estudios secundarios.

Una vez culminados sus estudios de bachillerato, en el año 2007 obtuvo el título de Técnico Profesional en Manejo de Importaciones y Exportaciones del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Posterior a ello, se trasladó a la ciudad de Bogotá, en la que realizó sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, terminando materias en el año 2015.

Desde el inicio de sus estudios universitarios a la fecha, ha desempeñado diferentes cargos en Entidades Públicas tales como el Juzgado 5 Civil del Circuito, 18 Laboral del Circuito y 26 Civil Municipal de la Rama Judicial, la hoy extinta Dirección Nacional de Estupefacientes, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE y el Hospital Universitario de la Samaritana, Empresa Social del Estado en la que actualmente labora.

RESUMEN DEL ARTÍCULO

Los productos farmacéuticos se han constituido a lo largo de la historia en los bienes necesarios para el correcto y adecuado funcionamiento de los Hospitales Públicos, hoy Empresas Sociales del Estado. Estos recursos son adquiridos a través de las diferentes modalidades de contratación estatal establecidas en el ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior y de conformidad con los factores de selección objetiva (la oferta más favorable y económica para la Entidad), se adjudican a diferentes laboratorios farmacéuticos o distribuidoras de medicamentos, contratos de suministro por un plazo determinado cuya ejecución se efectúa en concordancia con las necesidades de los mencionados Hospitales. No obstante, y gracias a la potestad reguladora que tiene el Estado, surgen actos administrativos que modifican los precios máximos de venta de medicamentos, factor que puede o no afectar el equilibrio económico de los contratos.

Pharmaceuticals products have been established throughout history in the goods necessary for the proper and smooth functioning of Public Hospitals today the State Social Entities. These resources are acquired through different forms of state procurement set out in the law. By virtue of the foregoing and in accordance with the factors of objective selection (the most favorable financial offer), are allocated to different pharmaceutical or distributors laboratories medicines, supply contracts for a specified period whose execution is carried out in accordance with the needs of hospitals mentioned. However, thanks to the regulatory authority which has the state administrative acts arise that modify the maximum selling prices of medicines, a factor that may or may not affect the economic balance of contracts.

.

PALABRAS CLAVES

DESEQUILIBRIO ECONOMICO, IGUALDAD, GARANTIA, CONTRATOS SUMINISTRO, MEDICAMENTOS, REGULADOR, PREVISIÓN, HOSPITAL, GASTO PUBLICO, ELEMENTOS NATURALES DE LOS CONTRATOS, ESTADO, IMPREVISION, REGIMEN ESPECIAL CONTRACTUAL.

ECONOMIC IMBALANCE, EQUALITY, WARRANTY, CONTRACTS, SUPPLY MEDICINES, REGULATOR, FORECAST, HOSPITAL, PUBLIC SPENDING, NATURAL ELEMENTS OF CONTRACTS, STATE, IMPROVIDENCE, SPECIAL CONTRACTUAL REGIME.

SUMARIO

Introducción.

1. La intervención del Estado en la fijación de precios de medicamentos en Colombia.
2. Régimen legal de contratación en la red hospitalaria pública.
3. El desequilibrio económico.
4. La regulación de precios como causal de desequilibrio económico en los contratos de suministro de medicamentos.

Conclusiones.

Referencias

INTRODUCCIÓN

Siendo los medicamentos un compuesto químico indispensable para prevenir y tratar enfermedades y realizar diagnósticos en algunas patologías; se han constituido como un elemento esencial para el correcto y adecuado funcionamiento de las entidades públicas y privadas prestadoras de salud. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 49 de la Constitución Política de Colombia.

Aunado a lo anterior y virtud del artículo ya citado, recae sobre el Estado la potestad de regular aspectos relacionados con la autorización, fabricación, importación, comercialización y los precios de los medicamentos que son ofrecidos por los laboratorios y sus distribuidores a las entidades prestadoras de salud y al comercio en general.

Es por esto, que los hospitales públicos para su correcto funcionamiento y en razón a los servicios que presta, requieren como requisito sine qua non la adquisición de equipos médicos, medicamentos y materiales quirúrgicos, entre otros, a través de las diferentes modalidades de contratación. Como consecuencia de lo anterior, dichas entidades suscriben contratos de suministro y de ejecución continua cuyo objeto es la obtención de medicamentos; modalidades de contratación que se encuentran reguladas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, el Código Civil y el Código de Comercio, los cuales contienen principios dirigidos a buscar el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y efectiva prestación de los servicios públicos y la garantía de los derechos e intereses de la población en general.

Si bien es cierto las Empresas Sociales del Estado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, estarán sometidas al régimen de derecho privado, éstas podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de la Contratación, es más cierto aun, que el legislador mediante lo consignado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que; las ESE pese a contar con un régimen contractual distinto al Régimen de Contratación Público, deberán aplicar durante el desarrollo de la actividad contractual los principios de la función administrativa y la gestión fiscal que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Previo al inicio de un proceso de contratación en pro de satisfacer una necesidad surgida en razón a la correcta y adecuada prestación de los servicios y de conformidad con los principios de la función administrativa y de la contratación pública, se establecen unas reglas de juego por parte de la Entidad contratante con la cual se permiten que los oferentes de los productos farmacéuticos (medicamentos) interesados en participar, adelantan acciones propias de la economía (costo – beneficio), aspecto que es concluyente para establecer un margen de utilidad que les permita no solo ofrecer productos a bajo costo si no también continuar en el mercado ofreciendo precios que lo hagan competente frente a otros oferentes.

Es por ello, que una vez suscritos los contratos con los laboratorios o distribuidores siguiendo los lineamientos indicados en la contratación estatal, puede la Comisión Nacional

de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, en adelante CNPMDM, expedir circulares mediante las cuales varíen los valores máximos de venta al público, de algunos productos.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que tanto en la invitación a cotizar como en los pliegos de las convocatorias públicas para la adquisición de medicamentos, se establece una cantidad de productos necesarios para la prestación de sus servicios durante un tiempo determinado, el cual se establece en el estudio previo teniendo en cuenta la proyección realizada por el hospital de acuerdo a los servicios que presta, es por esto que al adjudicar el proceso de contratación y con la posterior suscripción del contrato se establece un monto o valor que puede ser ejecutado o no, en su totalidad, dentro del plazo acordado, el cual depende directamente de los servicios solicitados por el hospital para su funcionamiento.

Pero, ¿se puede considerar la fijación de precios máximos de los productos farmacéuticos regulados por el Estado, como una causal de desequilibrio económico en los contratos suscritos entre los hospitales públicos y los laboratorios o distribuidores de medicamentos a través de las diferentes modalidades de contratación establecidas en Colombia, siendo el precio el factor determinante para la adjudicación de los procesos de contratación y posterior suscripción de los contratos?

Con el presente artículo se pretende demostrar que la regulación de precios en los productos farmacéuticos por parte de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, no es una causal para que se configure un desequilibrio económico que afecte al contratista y la ejecución de los contratos de suministro suscritos entre Empresas Sociales del Estado y los laboratorios farmacéuticos o compañías distribuidoras.

1. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS EN COLOMBIA.

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el sistema de salud en Colombia se encontraba delineado para ofrecer una cobertura de salud para la población trabajadora que permitía que algunas entidades por su carácter especial ofrecieran directamente a sus funcionarios el acceso al sistema de seguridad social en salud. ¿Pero y que pasaba con los ciudadanos que no laboraban y que por ende no tenían asegurada la cobertura en salud?, estas personas de escasos recursos eran atendidas por los hospitales públicos y para aquellos con capacidad económica, era atendidos en consultorios particulares, como lo señala Blázquez¹ en su libro “el gasto farmacéutico público es el que se financia dentro de los presupuestos públicos del sistema nacional de salud, a cualquier nivel de la administración del Estado, regional o local, el gasto privado es asumido por las familias de su bolsillo”.

Es por lo anterior y el alto costo económico en la adquisición de los productos farmacéuticos (medicamentos), que representaban para la época una porción notable del total del gasto público en materia sanitaria después de los recursos humanos; el Estado Colombiano definió la Política Farmacéutica Nacional, la cual permitió evidenciar entre otras cosas, una tendencia al aumento del consumo de algunos medicamentos que incrementaba el gasto público y por ende amenazaba no solo la estabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social sino también los recursos de los hogares colombianos. Por tal circunstancia, la administración pública debió ejecutar acciones tendientes a cumplir proyectos concretos a favor de la comunidad; tal y como lo explica Romero Pérez, Jorge Enrique,² “La administración es el trabajo contenido en la combinación y dirección del uso de los recursos para lograr propósitos específicos. Se incluye en este concepto: la planeación, organización, dirección y control”.

Para comienzos de la década de los 90, las casas farmacéuticas ya se habían industrializado, pasando a la producción de medicamentos a gran escala para lograr la entrada y posicionamiento en el mercado en países latinoamericanos, logrando así, la creación de grandes emporios, tal y como lo manifiesta Jácome Roca, Alfredo³ “Las producciones algo artesanales de la primera mitad del siglo XX, se convirtieron en grandes industrias para la segunda mitad”

Desde hace décadas, una de las grandes preocupaciones del Estado Colombiano en materia de salud, era la de garantizarle a las personas en general priorizando a las más pobres, el acceso no solo al sistema general de seguridad social en salud, sino también el acceso a los

¹BLÁZQUEZ et al. Presupuestos, contratos e incentivos, en el gasto sanitario público de medicamentos. Madrid – España. Editorial Gráficas Letras S.A., 2000. Pág. 74.

²ROMERO, Perez Jorge Enrique. Derecho administrativo general, Costa Rica. Editorial Universidad Nacional a distancia, 1999. Pág. 30

³JACOME, Roca Alfredo. La historia de los medicamentos. Bogotá – Colombia. Editorial Kimpres Ltda. 2003 Pág. 247.

medicamentos para el tratamiento de las diversas patologías; cumpliendo los requisitos de calidad previamente establecidos.

Con la expedición de la Constitución de 1991 y los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, se instituye ésta como un derecho fundamental como lo menciona Malagón, Galán y Pontón ⁴ “La salud es el más invaluable tesoro del ser humano, considerado como derecho fundamental en todas las constituciones del mundo, por lo mismo la piedra angular en la empresa social de todos los gobiernos.”

El Gobierno Colombiano respondió a las necesidades del país en cuanto al acceso oportuno a los servicios de atención en salud y a los medicamentos con un bajo costo, los cuales son necesarios para cada uno de los tratamientos y enfermedades.

Es por ello que el Estado colombiano en aras de garantizar y salvaguardar el derecho a la salud que tienen todos los individuos, profiere la Ley 100 de 1993, norma con la que creo dos regímenes de salud uno contributivo y otro subsidiado, mediante los cuales se incluyó el servicio asistencial, económico y la prescripción y entrega de medicamentos a todos los usuarios. Tal y como lo indico en su momento Yepes et al⁵ “De ahí la obligatoriedad constitucional de la universalización de la seguridad social, se vio entonces instrumentada por la Ley que estableció dos regímenes contributivo y otro subsidiado”.

Con el nacimiento de la Ley 100 de 1993, entre otros aspectos a regular, el legislador definió los lineamientos necesarios para garantizarles a los colombianos lo necesario para cumplir lo ordenado por el Constituyente mediante la carta política de 1991.

En virtud de lo anterior y la necesidad de expedir manuales de actividades, intervenciones y procedimientos, con el fin de que sean utilizados en el Sistema de Seguridad Social en salud para garantizarle a los individuos el acceso a los contenidos específicos del Plan Obligatorio de Salud, la calidad de los mismos y el uso racional de los medicamentos por parte de los usuarios, se expidió la Resolución 5261 de 1994 con la cual el Ministerio de Salud estableció el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con la resolución anterior, se definió por parte de la administración pública el Plan Obligatorio de Salud POS y los conceptos de cada uno de los servicios de salud, las clases de procedimientos médicos, la forma de atención a los usuarios, la formulación y despacho de medicamentos entre otros aspectos, así como la manifestación expresa de los tratamientos, procedimientos, medicamentos y demás servicios que por su naturaleza no se encuentran cubiertos por el POS.

⁴ MALAGÓN. Galán y Pontón. Administración Hospitalaria/Hospital Administración. Bogotá. Editorial Médica Panamericana. 3ª Edición. 2008 Pág. 8.

⁵ YEPES, et al. Luces y Sombras de la reforma de la Salud en Colombia Ley 100 de 1993. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Mayol Ediciones S.A., 2010 Pág. 15.

Pero y ¿Qué es el POS?. El Ministerio de Salud Colombiano ha definido el plan obligatorio de salud como el conjunto de servicios de atención en salud a que tienen derecho, en caso de necesitarlo, todos los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, servicios que se proporcionan a través de las entidades promotoras de salud, las cuales tienen el deber de garantizar la atención a todos sus afiliados.

Mediante el plan obligatorio de salud y en concordancia con todo lo anteriormente expuesto, el Estado Colombiano indicó de forma expresa el listado de los medicamentos cubiertos por el sistema de salud y que deben ser, no solo ordenados por los médicos tratantes si no también deben ser suministrados por las entidades promotoras de salud a la cual se encuentre adscrito cada uno de los usuarios.

Con la Ley 100 de 1993 y lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 1438 de 2011, mediante el cual se ordena la actualización integral del plan obligatorio de salud POS cada dos años, el Ministerio de Salud profirió la resolución 5592 de 2015 con la cual se actualizó el listado de los medicamentos incluidos en el POS y sobre los cuales recae directamente el control regulador que tiene el Estado como potestad de gendarme.

Las anteriores decisiones de la administración se originaron con el fin de adoptar una cantidad determinada de medicamentos necesarios para la asistencia humana como se efectuó en Europa respecto de los que son dependientes previo a la obtención de resultados necesarios para su clasificación, tal como lo indicó Benito, Canales y Orjuela.⁶ “Esto requiere clarificar, previamente, el concepto de dependencia”, productos que considero esenciales para la conservación y preservación de la vida humana, ingresándolos dentro del plan obligatorio de salud y otros que sin estar incluidos en el POS, son adquiridos por las personas con mucha frecuencia.

Adicional a ello y si bien es cierto los medicamentos adoptados son utilizados para el tratamiento de muchas patologías es más cierto aun, que existen enfermedades cuyos medicamentos no se encuentran cobijados por el POS, pero que por vía de sentencia (C-463 de 2008) la Corte Constitucional, autorizo en ciertos casos la cobertura de estos productos por parte del erario público.

Con base en lo anterior y la el gran porcentaje de colombianos que se encuentran protegidos por el Estado a través del régimen de salud subsidiado, personas que son atendidas por los hospitales públicos hoy llamadas Empresas Sociales del Estado; de ahí que a las ESE le sobrevienen un gran porcentaje de solicitudes de atención, es por eso que al Hospital le convergen las más comprometedoras promesas de un sistema de salud.

La estrategia principal del Estado Colombiano se ha apoyado en la competencia, manteniendo un esquema gradual pero adoptando un mecanismo de control directo sobre los

⁶ BENITO, Canales y Orjuela. Estado del Bienestar y Políticas Sociales: una aproximación a la situación Española y Colombiana. San Vicente – España. Editorial Club Universitario. 2008. Pág. 10

medicamentos con pocos oferentes y un mecanismo de libertad vigilada a los productos farmacéuticos con amplia oferta. De ahí, la creación de políticas públicas entendidas como la ciencia y el arte de gobernar que trata de la organización y administración de un Estado en sus intereses y asuntos, esto con el fin de garantizarle a las personas que así lo requieran el acceso a los productos farmacéuticos necesarios para el tratamiento de patologías, tal como lo expresa Lindblon, Charles E.⁷ “En el mundo democrático liberal, las dos cuestiones más sobresalientes sobre la política gubernamental se centran en su eficacia y en la solución de problemas”

Todo esto y como consecuencia del alto consumo de los medicamentos acogidos por el POS y los que sin estarlos son autorizados a través de los diferentes mecanismos, se incrementó el gasto público obligando al Ejecutivo a conformar el grupo técnico de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMDM) con el fin de regular los precios, tomando como referencia los valores internacionales establecidos, consiguiendo así una reducción significativa del gasto público. Esto en concordancia con el respeto y acatamiento de las normas tal y como lo indica López Díaz, Elvira.⁸ “Para que las normas jurídicas cumplan su finalidad de asegurar el orden social y la justicia es necesario que sea debidamente observadas y respetadas”.

Así mismo y toda vez que sobre el Estado recae la obligatoriedad de mantener equilibrios sociales como lo dijo Soto Gamboa, María de los Ángeles.⁹ “la misma necesidad de mantener la armonía social entre los miembros de la sociedad y de evitar el desorden y egoísmo, hace que el derecho posea una característica propia en relación con cualquier tipo de sistema normativo de conducta: es el elemento de la coactividad”, es así que el 21 de mayo de 2013 y al evidenciar que existían en Colombia productos farmacéuticos con precios más elevados que otros países tomados como referencia, la CNPMDM profirió la Circular 03 de 2013 con la cual definió el procedimiento para establecer los precios de los medicamentos en Colombia.

Igualmente la CNPMDM instauró que la vigencia de los precios máximos de venta de los productos es anual e indico los tiempos de publicación y entrada en vigencia de los precios establecidos por la comisión regladora.

Pero a pesar de los plazos fijados, solo hasta el 11 de marzo de 2015 se expidió la Resolución 718 de 2015, mediante la cual y en razón a la falta de autorización para el ajuste de los precios de los medicamentos desde el año 2013, el Ministerio de la Salud y Protección Social con base en las facultades otorgadas por el artículo 23 de la Ley 1751 de 2015, autorizó el ajuste de precios de acuerdo al IPC.

⁷ LINDBLON. Charles E. el Proceso de la Elaboración de Políticas Publicas. Madrid – España. Editorial Grupo Miguel Ángel Porrúa. 1991. Pág.10.

⁸ LÓPEZ Díaz, Elvira. Iniciación al Derecho. Madrid – España. Editorial Delta Publicaciones. 2006, pág. 70

⁹ SOTO, Gamboa, María de los Ángeles, Nociones Básicas del Derecho 2da Edición. Costa Rica. Editorial Universidad Estatal. 1987. Pág. 16.

Con el surgimiento de nuevas patologías surgen también medicamentos para su tratamiento obligando al CNPMDM a incorporar nuevos medicamentos a la lista de productos controlados con relación a los precios máximos de venta. Eventos, que son imprevisibles y que al incorporarse a los productos regulados por el Estado, indirectamente podrían modificar algunas cláusulas esenciales (precio) en los contratos de suministro pactados entre los laboratorios y/o los distribuidores de medicamentos con los hospitales públicos.

El 27 de abril de 2016 mediante el Decreto 705 de la misma anualidad y en razón a la competencia otorgada por la Ley 1751 de 2015, se modificó el procedimiento para la regulación de precios establecido mediante la circular 03 de 2013.

La Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos profirió el 01 de junio de 2016 la circular 01 del mismo año, con la cual autorizó el ajuste a los precios máximos de venta de los productos que se encuentra regulados por el Estado Colombiano.

Pese a que la circular 03 de 2013, indicó los tiempos de publicación de las circulares reguladoras de precios y la entrada en vigencia de la misma, estas no se han cumplido, creando así circunstancias que eventualmente podrían tener injerencia en los precios ofrecidos por los laboratorios o sus distribuidores disminuyendo, en algunas ocasiones el margen de utilidad esperado al momento de la presentación de la oferta.

2. RÉGIMEN LEGAL DE CONTRATACIÓN EN LA RED HOSPITALARIA PÚBLICA

Los hospitales públicos hoy denominados Empresas Sociales del Estado, por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, son entidades que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica privada, patrimonio propio y autonomía administrativa. En concordancia, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 establece que las ESE son:

(...) “Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”.

Igualmente las ESE se sujetaran al régimen de contratación privado de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993.

El Decreto 1876 de 1994 en su artículo 15 y 16 indicó que las empresa sociales del Estado, las ESE estarán sujetas al régimen jurídico propio de las entidades de derecho público con las excepciones allí consagradas, no obstante en materia de contratación y para el régimen jurídico de los mismos se aplicaran las normas de derecho privado.

Dentro del compendio normativo que integran las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 consideradas las leyes marco de la contratación pública, se encuentran definidos los conceptos relacionados con contratistas, capacidad, régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las excepciones a las mismas, entidades estatales, descentralización territorial o por servicios, modalidades y formas de contratación. Para el caso que nos ocupa y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 y 195 numeral 6 de la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1876 de 1994, es el régimen jurídico mixto que recae sobre las empresas sociales del Estado, ya que estas constituyen una categoría especial de entidad pública. Esto por cuanto se dispuso que las ESE en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero con la facultad de utilizar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto de contratación de la administración pública.

Como consecuencia de lo consagrado en el numeral 6 del artículo 195 y lo estipulado en el artículo 196 de la Ley 100 de 1993, algunos de los hospitales públicos o Empresas Sociales del Estado habrían adoptado manuales de contratación, los cuales y en virtud de las potestades otorgadas por el legislador registraban el procedimiento para la adquisición de bienes y servicios, manuales cuyos procedimientos no eran uniformes y en otros eventos no existían procedimientos definidos, aumentando las posibilidades de corrupción durante el manejo de los recursos.

En razón a lo anterior el legislador expidió la Ley 1150 de 2007 a través de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993, se limitó las facultades otorgadas a las ESE con la ley 100 de 1993, restricción descrita en el artículo 13 de la norma anteriormente citada; la cual dice:

(...) “PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DEL CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General del Contratación de la Administración Pública, aplicaran en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.” (...) (Aparte fuera de texto)

De la misma manera la Ley 1438 de 2011 en su artículo 76 indico qué, todas las empresas sociales del Estado y en aras de promover la eficiencia y transparencia durante el proceso de contratación adelantado por cada ESE con el fin de obtener los bienes y servicios necesarios para su adecuado y correcto funcionamiento, podrán asociarse entre sí; constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a tales entidades. Esto con el fin de garantizar la calidad, oportunidad y eficiencia respecto de los bienes o servicios a contratar, claro está, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Igualmente y en pro de la materialización de lo manifestado, ordenó que las Juntas Directivas de las ESE, deban adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina la autoridad competente que para el caso en concreto es el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Pese a que en el año 2007, con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 se restringió de alguna forma la libertad contractual de las Empresas Sociales del Estado, solo hasta el 19 de enero del año 2011 se expidió la Ley 1438 del mismo año, norma con la cual se reformó el sistema general de seguridad social en salud cuyo objeto (art. 1) se basa en la necesidad del fortalecimiento del SGSS en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud, que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

Adicionalmente se incluyeron otras disposiciones con el fin de establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, en un marco de sostenibilidad financiera.

Que el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado deberán adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los

lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social entre otros, con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación de las ESE

El Ministerio de Salud y de la Protección Social en virtud de las funciones que sobre esta Entidad recaen, profirió el 14 de diciembre de 2013, la Resolución 5185 de la misma anualidad, acto administrativo con el cual se manifestó y dijo que pese a la calidad especial que tienen las ESE respecto del régimen contractual, éstas deben sujetarse a los lineamientos establecidos para la elaboración de los respectivos manuales de contratación y así respetando los principios contenidos en la constitución buscó garantizar una seguridad jurídica respecto de la universalidad en los procedimientos, condiciones y requisitos para contratar con la administración pública, tal como lo ha escrito en sus obras Ruiz Orejuela, Wilson.¹⁰ “principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados”

Es por todo lo anterior que las ESE, en aras de satisfacer las necesidades propias del servicio de salud y garantizar una adecuada y correcta prestación de los servicios habilitados al público en general; adoptaron su propio estatuto de contratación por medio del cual establecieron las modalidades de contratación y los procedimientos necesarios para adelantar los procesos de contratación. Modalidades que incluyen contratación directa, convocatoria pública y subasta inversa.

Pero ¿cómo funciona el proceso de contratación de conformidad con la resolución 5185 de 2013? Las empresa sociales del Estado deben elaborar el plan anual de adquisiciones el cual en concordancia con el artículo 7 de la resolución 5185 de 2013, es el documento que contiene la lista detallada de bienes, servicios y obras necesarias para el funcionamiento de la ESE, empero éste debe estar acorde a los servicios que presta y los recursos disponibles para su ejecución. Un aspecto clave de este artículo y como medida de anticorrupción, es la obligatoriedad de publicar en el sistema electrónico de contratación pública SECOP el plan anual de adquisiciones.

Si bien es cierto el artículo 5 de la resolución 5185 de 2013 manifiesta qué, las empresas sociales del Estado dentro de los manuales de contratación, deberán adoptar las modalidades de contratación que estimen pertinentes pudiendo tener en cuenta las indicadas con anterioridad, es más cierto aun, que mediante el artículo 8 del acto administrativo ya mencionado, el Ministerio estableció que todo proceso de contratación deberá estar dividido por las fases de planeación, selección, contratación, ejecución, la liquidación y las obligaciones posteriores que se puedan generar como consecuencia de la ejecución del contrato.

Es necesario resaltar que cada fase tiene un procedimiento y un orden, la fase de planeación tiene dos ítems el primero de ellos los estudios previos el cual debe contener la descripción de

¹⁰ RUIZ, Orejuela, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes 2da Edición. Bogotá – Colombia Editorial Ecoe Ediciones .2012 Pág. 145

la necesidad a satisfacer, el objeto a contratar con todas sus especificaciones, requisitos y condiciones necesarias de los bienes o servicios a adquirir o las obras a adelantar, la modalidad de selección mediante la cual se va a adelantar el proceso de contratación con su respectiva justificación, el valor estimado del contrato, los criterios para seleccionar la oferta que le sea más favorable a la ESE, los riesgos eventuales que se puedan presentar durante todo el proceso de contratación y las garantías necesarias para la presentación de la oferta y la suscripción del contrato; y el segundo ítem denominado términos y condiciones, el cual es más específico en cuanto a los requisitos que deben presentar cada oferente dentro del proceso de contratación, el plazo de ejecución del mismo, las causas que dan lugar al rechazo de la oferta, la descripción técnica, detallada y completa del bien, servicio u obra a adquirir o adelantar entre otras cosas.

Es de anotar que las ESE al manejar presupuestos públicos se encuentran obligados a adoptar y ejecutar las acciones tendientes a prevenir los riesgos que se pueden presentar durante la ejecución del contrato. Todo ello en concordancia con la clasificación de los riesgos efectuada por parte del CONPES 3714 de 2011, el cual identificó los tipos de riesgos que a continuación se indican:

- **Riesgos Económicos:** son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.
- **Riesgos Sociales o Políticos:** son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.
- **Riesgos Operacionales:** son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes.
- **Riesgos Financieros:** son, (i) el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos para cumplir con el objeto del contrato, y (ii) el riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías, y refinanciaciones, entre otros.
- **Riesgos Regulatorios:** derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten la ecuación económica del contrato.
- **Riesgos de la Naturaleza:** son los eventos naturales previsible en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros.

- **Riesgos Ambientales:** son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control, entre otras.
- **Riesgos Tecnológicos:** son los derivados de fallas en los sistemas de comunicación de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica.

Así mismo, las Empresas Sociales del Estado previo a convocar a un proceso de contratación y durante el estudio de las necesidades a satisfacer mediante la suscripción de contratos de suministro de medicamentos de conformidad con lo establecido en el Decreto 1510/13. **Deber de análisis de las Entidades Estatales**, realiza un estudio y análisis del sector; lo anterior con el fin de establecer todos los aspectos necesarios para determina las condiciones económicas, jurídicas y técnicas que deban cumplir los interesados en participar dentro del proceso de contratación. El procedimiento indicado por el Legislador en el Decreto antes mencionado es el siguiente:

(...) **ARTÍCULO 2.2.1.1.6.1. DEBER DE ANÁLISIS DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** “La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documento del Proceso.” (...) (Aparte fuera de texto)

ANÁLISIS DEL MERCADO:

- Aspectos generales del mercado (desempeño del sector, participación en PIB, cifras comerciales, etc.
- Económico (factores que influyen, por ejemplo, devaluación, inflación, fluctuaciones, forma de adquisición)
- Internacional (Importación y exportación de mercancías, tasa de cambio)
- Técnico (Especificaciones)
- Legal (normativa vigente – ambiental)

ANÁLISIS DE LA DEMANDA:

- Adquisiciones previas de la entidad.
- Adquisiciones por parte de otras entidades.

ANÁLISIS DE LA OFERTA:

Dentro de la fase de selección y con base en los resultados obtenidos de los estudios y análisis realizados por las ESE, lo más importante es determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las condiciones aplicables a cada una de las modalidades de selección y el

principio de igualdad que como dijo (Castro, García, Martínez¹¹, “la igualdad hace alusión a la prohibición de tratos irracionales o discriminatorios que no tengan una justificación objetiva y razonable”, una vez culminada esta etapa y adjudicado el proceso de contratación al proponente que hayan presentado la mejor oferta para las Empresas Sociales del Estado comienza la etapa denominada contratación.

Es aquí donde se materializan las obligaciones contractuales para el contratista y la ESE de respetar las condiciones indicadas de forma integral en el pliego de condiciones, se suscribe el contrato, se expide el registro presupuestal, se aprueban las garantías necesarias para su ejecución, quedando así perfeccionado el contrato tal y como lo explica Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando¹², “Serán pues, requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal los siguientes: i) que los sujetos contratantes se pongan de acuerdo con el objeto contractual; ii) que dicho acuerdo se eleve por escrito, y iii) que se obtenga el registro presupuestal”. Constituye por parte del contratista y se aprueba por parte de la ESE, la garantía única, requisitos previos para poder iniciar la ejecución, lo cual se materializa cuando se suscribe la correspondiente acta de inicio; documento que pauta el inicio de la etapa de la ejecución culminando la cual finaliza con la suscripción del acta de liquidación del contrato, la cual puede darse de manera bilateral o unilateral o mixta, dentro de los plazos que establece el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Es por todo lo anterior, que los hospitales públicos o Empresas Sociales del Estado, para adquirir los productos farmacéuticos (medicamentos) necesarios para prestar los servicios de salud a la población, deben una vez cumplido todos los procedimientos establecidos los cuales van desde la elaboración de los estudios previos como consecuencia del surgimiento de una necesidad hasta la suscripción del contrato previa la expedición de la resolución de adjudicación o la carta de recomendación para contratar proferida por el departamento de compras o la que haga sus veces. No obstante y en pro de cumplir con las obligaciones adquiridas puede presentarse la subcontratación dentro de la ejecución de los contratos lo cual beneficia el cumplimiento de los fines perseguidos, como lo expresó Baeza Campos, María del Pilar,¹³ “el fenómeno de la contratación se presenta en la vida jurídica como una alternativa posible que, en ciertas circunstancias, pueda tener una de las partes de un contrato”

Ahora bien y en aras de mitigar los riesgos de corrupción y el cumplimiento de los principios de la administración pública, las Empresas Sociales del Estado deberán ajustar todas sus actuaciones a los manuales de contratación que las mismas expidan, los cuales habrán de estar con arreglo al conjunto normativo integrado por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 y la Resolución 5185 de 2013; de lo

¹¹ CASTRO, García, Martínez, la Contratación Estatal: Teoría General, Perspectiva Comparada y Regulación Internacional. Bogotá – Colombia. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág., 96).

¹² RODRÍGUEZ Tamayo, Mauricio Fernando, la Acción ejecutiva ante la Jurisdicción Administrativa, Bogota D.C., Editorial Universidad del Norte 2007. Pág. 44

¹³ BAEZA Campos, María del Pilar, la Subcontratación, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1981. Pág. 9.

contrario deberán ser investigados disciplinariamente, así como lo dijo Ramírez et al.¹⁴ “el derecho disciplinario pretende en buena medida garantizar el debido funcionamiento de la función público, la conducta transparente de la administración y su buen nombre”, y los manuales de contratación que las mismas expidan, los cuales habrán de estar con arreglo al conjunto normativo integrado por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 y la Resolución 5185 de 2013.

¹⁴ RAMÍREZ, et al. Debates Contemporáneos sobre Derecho Público en Colombia. Barranquilla. Editorial Universidad del Norte. 2015. Pág. 20

3. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

El desequilibrio económico ha sido entendido como aquel evento imprevisible y posterior a la suscripción del contrato que afecta al contratista por cuanto se aumentan los costos de producción o importación necesarios para el cumplimiento de la propuesta presentada durante el proceso de contratación, disminuyéndole en una cantidad considerable el margen de ganancia que esperaba obtener con la adjudicación del proceso de contratación y la posterior suscripción del contrato. Es de aclarar, que la disminución de la utilidad debe ser tan notoria que la misma ocasione pérdidas al contratista por sobre costos en la ejecución del contrato.

Es por eso que una vez proferida cada una de las resoluciones de regulación de precios de productos farmacéuticos (medicamentos), las ESE deberán ajustar siempre y cuando se produzcan fenómenos que se generen un desequilibrio financiero en contra de la ESE o del contratista, reajustar los valores contratados y descritos en cada contrato vigente. Esto, con el fin de garantizar la estabilidad de las condiciones pactadas y las expectativas de utilidad esperadas. Tal y como lo manifestó Dussan Hitscherich, Jorge¹⁵ “como una obligación de la administración, la de garantizar a los particulares la obtención de utilidades”.

Así mismo en el artículo 19 del Decreto Nacional No. 2150 de 1995, se instituyó que los contratistas tendrán derecho previa petición elevada a que se les restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdidas.

Pero, ¿cuáles son esas causas que originan el desequilibrio económico en los contratos? Más que causas, son eventos que pueden presentarse durante la ejecución del contrato que deben estar relacionadas con situaciones imprevistas o que sean ajenas a actuaciones del contratista.

Como lo manifestó el Consejo de Estado dentro del fallo proferido dentro del proceso 14577 de 2003, el Estado debe no solo proteger los intereses económicos del Estado sino también la de los contratistas; es por eso que las facultades que recaen sobre el Estado dentro de los contratos públicos como la terminación unilateral de los contratos, la declaratoria de caducidad, entre otras, se encuentran limitadas por la protección que se le debe garantizar a los contratistas respecto de la utilidad esperada con la suscripción y ejecución del contrato.

No obstante lo anterior, los hechos que eventualmente puedan ocasionar un desequilibrio económico que afecte al contratista deben ser probados e imputados al Estado, es decir: que lo que motivo la disminución de las utilidades esperadas por el contratista y que puedan generar pérdidas, sean situaciones originadas por decisiones del mismo Estado o eventos que el contratista pese a toda los análisis del mercado y su comportamiento no hubiere podido identificar, como por ejemplo: paro de transporte terrestre, marítimo o aéreo que incremente los costos de producción o importación, hechos causados por la naturaleza que aumente el

¹⁵ DUSSAN Hitscherich, Jorge Elementos del Contrato Estatal. Bogotá – Colombia. Editorial Fundación Universitaria Jorge Tadeo Lozano. 2005. Pág. 221

valor de la materia prima necesaria para la producción de éstos, o cualquier otro suceso que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista.

Los hechos que pueden ser imputados a la Administración por parte del contratista con el fin de que le sean restablecidos los valores inicialmente contratados cuando sus expectativas de utilidad han disminuido como consecuencia de actos propios de la administración, se encuentran recogidos por la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, que indican que todas aquellas medidas administrativas que sean proferidas con posterioridad a la suscripción e inicio del contrato y que sin hacer parte directa de los elementos esenciales o naturales del contrato, modifiquen directamente cláusulas ya pactadas tales como el precio o plazos de entrega, es decir, todo acto que vuelva más oneroso el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratos y que tengan origen en decisiones tomadas por el mismo Estado como lo es el aumento del IVA, la creación de un arancel, la creación de un nuevo impuesto, etc., siempre y cuando la aplicación de la norma que se pretenda establecer como causante de la pérdida del equilibrio contractual sea de aplicación general; por el contrario la teoría de la imprevisión, se da cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran el margen de utilidad esperado por el contratista.

De lo anterior, se deduce que para que se dé el desequilibrio económico , deben presentarse los siguientes eventos: a) La existencia de un hecho no ejecutado por las partes y que éste se presente con posterioridad a la celebración del contrato, b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal el equilibrio económico del contrato, c) Que el hecho presentado no hubiese sido previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato pese a las actuaciones diligentes de los mismos. Situación que deberá ser restablecida total o parcialmente con el fin de restaurar las utilidades esperadas dentro del contrato o disminuir las pérdidas a un punto cero. De la misma forma como lo expresó Bernad Mainar, Rafael¹⁶, “la causa de un negocio jurídico, es el fin o la función económica - l pretendida por las partes

En conclusión los hechos generadores de desequilibrio financiero y que pretendan ser denominados como imprevisibles deben ser situaciones que pese a todos los análisis de riesgo realizados previo a la suscripción del contrato no se hubiesen podido prever y los hechos que les sean imputados a la administración en virtud de la teoría del príncipe con ocasión a las decisiones proferidas por la misma administración solo tendrán efecto a favor del contratista, si estas se originaron en razón a decisiones proferidas por la Administración. .

Por lo anterior y con relación a los hechos imprevisibles y los recogidos por la teoría del príncipe, vale la pena aclarar que para el primero, la circunstancia aludida y que sirve de base para la solicitud de reajuste de los valores previamente pactados dentro del contrato debe ser verdadera y razonablemente imprevisible, de lo contrario, sería un hecho imputable al contratista por su negligencia o falta de diligencia al momento de la elaboración del análisis

¹⁶ BERNAD Mainar, Rafael, Curso de Derecho Privado Romano. Caracas – Venezuela. Editorial Universidad Católica Andrés Bello. 2006. Pág.175

costo beneficio y que imposibilita entonces al contratista a solicitar reajuste alguno respecto de los valores contratados y en cuanto al segundo, esto es, el hecho del príncipe deben ser en razón a los gravámenes o cargas impositivas que afecten verdaderamente la economía o ecuación financiera de los contratos estatales.

En todos los restantes casos, se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Es por todo esto que los contratistas, una vez publicado el pliego de condiciones que fija los requisitos para participar en el proceso de contratación a adelantar, el objeto a contratar, el monto a contratar, el plazo de ejecución y las garantías necesarias, deben realizar un ejercicio económico, con el cual se hace un análisis del costo – beneficio, es decir lo que a mí como laboratorio o distribuidor me va a costar suministrarle a la ESE los medicamentos requeridos y así saber qué precio puedo ofertar para que sea tenido en cuenta siempre y cuando cumpla con todos los requisitos exigidos dentro del pliego de condiciones.

En razón a los múltiples controles establecidos por legislador para mitigar los riesgos de corrupción y la obligatoriedad de publicar todo lo relacionado con el proceso de contratación en la página del SECOP, el monto a contratar entre otras, las Empresas Sociales del Estado adquieren bajo la modalidad de licitación o convocatoria pública los contratos necesarios para la satisfacción de las necesidades propias de las Empresas Sociales del Estado, proceso de selección que indica que la oferta más favorable en precio debe ser escogida siempre que cumpla con todos los requisitos establecidos con anterioridad. De ahí, que deben los contratistas, analizar todos los supuestos o posibles eventualidades que se pudiesen presentar durante la ejecución del contrato por las obligaciones contraídas; esto en concordancia con el concepto dado por Ramos Pazos, Rene¹⁷ “se define la obligación como el vínculo jurídico entre dos personas determinadas –deudor y acreedor-, en virtud de la cual la primera se encuentra en la necesidad jurídica en dar, hacer o no hacer algo en contra de la segunda”

Para terminar, la ESE dentro del proceso contratación y en razón a los principios de la función administrativa, los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 019 de 2012, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 y las demás normas que les sean concordantes, debe, solo sí cumple con todos los requisitos jurídicos, técnicos, económicos y los que por la modalidad de selección deba cumplir, escoger la oferta más económica para la Entidad (la oferta más favorable para la entidad); tal como lo manifestó Herrera Robles, Aleksey¹⁸. Desde una perspectiva económica, teniendo en cuenta la limitación de los recursos, es necesario adoptar principios, reglas y procedimientos que permitan hacer eficiente su uso”.

¹⁷ RAMOS Pazos, Rene. de las Obligaciones. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999 pág. 14

¹⁸ HERRERA Robles, Aleksey Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano. Barranquilla. Editorial Grupo Ibáñez. 2012, pág.25

4. LA REGULACIÓN DE PRECIOS COMO CAUSAL DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS

En virtud de los altos costos que generaba para el erario público, la obtención de los medicamentos necesarios para el correcto y adecuado funcionamiento de los hospitales públicos hoy llamados Empresas Sociales del Estado, se reguló por parte del Gobierno los topes máximos de precio de venta al público de los medicamentos que se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud y los que sin estarlo, son considerados como esenciales para la vida humana y el otros de alto consumo.

La anterior decisión fue tomada no solo con el fin de regular los altos precios establecidos por los laboratorios y/o sus distribuidores si no también con el fin de asegurarles a aquellas personas que así lo requieran, los medicamentos necesarios y acordes a las patologías padecidas o a los tratamientos médicos requeridos para una vida digna como ser humano. Esto último, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política de 1991.

No obstante y si bien es cierto existe un control del Estado sobre los precios máximos de venta al público de los productos farmacéuticos (medicamentos) es más cierto aún que, estos precios no son fijos, ni se ha indicado que los medicamentos deben ser vendidos a esos precios, por el contrario, lo que pretendió el Gobierno al intervenir los costos de venta y fijar topes máximos de los mismos, fue la de crear un margen entre los costos de producción y los de venta, esto con el fin de que los oferentes, pudiesen ofertar precios competitivos al público, y la más favorable para las ESE, permitiendo al contratista claro está, obtener las utilidades comerciales esperadas, cual es la razón de ser de toda actividad comercial .

Ahora bien, el hecho de establecer los máximos de venta no es una causal que le genere un desequilibrio financiero al contratista, ya que los valores fijados no alteran los costos de producción o de importación, solo fijan un tope máximo de venta al público respetando un margen considerable de utilidad para que los contratistas obtengan una utilidad comercial competitiva frente a los demás laboratorios o distribuidores.

Es de anotar que la fijación de precios máximos de venta al público tiene como finalidad la de garantizarle todos los colombianos el acceso a los tratamientos y medicamentos necesarios para preservar la vida humana en condiciones dignas.

Los laboratorios y distribuidores como comerciantes, conocen de primera mano las fluctuaciones que pueden presentarse dentro de los giros normales de los negocios como por ejemplo el incremento del dólar frente al peso colombiano u otros factores económicos, elementos que han sido recogidos por escritores como lo dijo Molina S. Luis Eduardo¹⁹ “ La inflación, el déficit fiscal, el déficit de la balanza de pagos y el desempleo”, igual que las

¹⁹ MOLINA S. Luis Eduardo. Introducción a la Política Económica de Corto Pazo: Caso Colombia. Medellín. Editorial Fondo Universidad EAFIT. 2001, pág. 9.

mismas resoluciones de regulación de precios emitidas con anterioridad, etc., es por eso que los análisis de costo – beneficio deben ser acordes a la realidad y a lo que sucede en países de Latinoamérica, los cuales son tenidos en cuenta como referencias a la hora de verificar los precios de los medicamentos por el Estado ya que esos mercados son similares a los nuestros.

Todo lo anterior en razón a las políticas públicas que debe asumir el Estado en pro de garantizarles a todos sus coasociados el acceso a los productos farmacéuticos necesarios para preservar la vida en condiciones dignas y humanas conforme lo ha ratificado Colombia en los diferentes tratados suscritos. Políticas, que deben ser constantemente evaluadas con el fin de regular cuando así lo considere necesario la autoridad competente. Como lo manifestó Bañon i Martínez, Rafael.²⁰ “el objetivo de los procesos de evaluación de políticas públicas es facilitar a la administración y al parlamento información relevante para redefinir políticas”.

Es por lo ya manifestado que la regulación de precios no es una causal a la cual se le pueda imputar un desequilibrio económico; por el contrario es la forma que tiene el Estado de garantizar a sus coasociados el acceso a los medicamentos y tratamientos necesarios para cumplir con las finalidades establecidas en la Constitución y en la Ley.

²⁰ BAÑON. I Martínez, Rafael. La Evaluación de la Acción y las Política Públicas. España. Editorial Ediciones Díaz de Santos S.A.2003 pág., 64)

CONCLUSIONES

- Los actos administrativos proferidos por la autoridad competente y cuyo objeto sea el de regular y fijar los precios máximos de medicamentos para venta al público, no son considerados como causantes de desequilibrio económico, por cuanto los valores allí establecidos no solo permiten obtener por parte de los contratistas un margen de utilidad considerable, sino que permite también evitar la manipulación de valores y agrupaciones con fines de incrementar los precios afectando el interés general.
- En concordancia con el ordenamiento jurídico, según el cual el objetivo principal de un proceso de selección en cualquiera de sus modalidades entre otros es la de seleccionar de manera objetiva al contratista, con la oferta más favorable (que se a la más económica pero que además de ello, cumpla con los requisitos jurídicos, técnicos y todos los demás que le sean inherentes al objeto contractual) para las Empresas Sociales del Estado, las resoluciones que expida la Comisión Nacional de Regulación de Precios de Medicamentos o la que haga sus veces, con relación a la fijación de topes máximos de venta al público, no es una causal para solicitar el reajuste de los valores establecidos en el contrato suscrito.
- Es válido indicar que las resoluciones de regulación de precios de medicamentos, no son normas de aplicación general por cuanto se encuentra encaminadas a un sector determinado, ni tampoco su expedición puede llegar a catalogarse como un hecho imprevisible por el contratista, por cuanto dentro de los procedimientos realizados por la comisión para proferir un acto administrativo de esta índole, realiza una consulta pública con el fin de recibir observaciones y comentarios a los precios que son objeto de estudio para su ordenar su incremento.
- Sin bien es cierto la norma consagra derechos al contratista en cuanto al restablecimiento del equilibrio financiero cuando este se vea afectado como consecuencia de las causas indicadas durante la investigación, es más cierto que solo adquiere exigibilidad cuando sea probado como nexo causal generador de la pérdida económica los actos de la administración.
- Los contratistas que suscriben contratos con el Estado, deben asumir el mismo riesgo que asumen los contratistas privados y los factores económicos que puedan generar sobrecostos, situaciones que son razonablemente previsibles como por ejemplo la desvalorización del peso.
- Teniendo en cuenta que solo es imputable un desequilibrio económico en los contratos de suministro de medicamentos suscritos entre las entidades del Estado y los contratistas, cuando las causas que se aducen son razonablemente imprevisibles (teoría de la imprevisión) y de aplicación general cuando sea una norma jurídica o cualquier otra manifestación del Estado la causante del variabilidad presentada en la ecuación

económica (teoría hecho del príncipe), las resoluciones de regulación de precios no cumplen con los requisitos de imprevisibilidad y mucho menos como una norma o actuación administrativa como las recogidas por la teoría del hecho del príncipe.

REFERENCIAS

1. Baeza Campos, María del Pilar. (1981). La Subcontratación, Santiago – Chile; Editorial: Jurídica de Chile, Pág. 9.
2. Bañon i Martínez, Rafael. (2003). La Evaluación de la Acción y de las Políticas Públicas, España; Editorial: Ediciones Díaz de Santos S.A., Pág. 64.
3. Benito, Canales y Orjuela. (2008), Estado del Bienestar y Políticas Sociales: Una aproximación a la Situación Española y colombiana. San Vicente – España; Editorial Club Universitario, Pág. 10.
4. Bernad Mainar, Rafael. (2006). Curso de Derecho Privado Romano. Caracas – Venezuela; Editorial: Universidad Católica Andrés Bello, Pág. 175.
5. Blázquez et al. (2000). Presupuestos Contratos e incentivos, en el gasto sanitario público del medicamento, Madrid – España; Editorial Graficas Letras S.A., Pág. 74.
6. Castro, García, Martínez. (2010), La Contratación Estatal: Teoría General, Perspectiva Comparada y Regulación Internacional. Bogotá – Colombia; Editorial Universidad del Rosario, Pág. 96
7. Dussan Hitscherich, Jorge (2005). Elementos del Contrato Estatal. Bogotá – Colombia, Editorial: Fundación Universitaria de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Pág. 221.
8. Herrera Robles, Aleksey. (2012). Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano. Barranquilla y Bogotá – Colombia; Editorial Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez, Pág. 25.
9. Jácome Roca, Alfredo. (2003). Historia de los Medicamentos. Bogotá – Colombia; Editorial Kimpres Ltda., Pág. 247.
10. Lindblon, Charles E. (1991).El Proceso de la Elaboración de Políticas Públicas. Madrid – España; Editorial Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, Pág. 10.
11. López Díaz, Elvira. (2006), Iniciación al Derecho, Madrid – España. Editorial: Delta Publicaciones, Pág. 70.
12. Malagón, Galán y Pontón. (2008). Administración Hospitalaria / Hospital Administration 3ra Edición, Editorial Medica Panamericana, Pág. 8
13. Molina S. Luis Eduardo. (2001), Introducción a la Política Económica de Corto Plazo: El Caso Colombiano. Medellín – Colombia; Editorial: Fondo Editorial Universidad EAFIT., Pág. 9

14. Ramírez et al. (2015), Debates Contemporáneos Sobre Derecho Público en Colombia, Barranquilla – Colombia, Editorial: Universidad del Norte, Pág. 20
15. Ramos Pazos, Rene. (1999), De Las Obligaciones, Santiago – Chile, Editorial: Jurídica de Chile, Pág. 14.
16. Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando, (2007), La Acción Ejecutiva ante la Jurisdicción Administrativa, Bogotá – Colombia, Editorial: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Pág. 44.
17. Romero Pérez, Jorge Enrique. (1999), Derecho Administrativo General, Costa Rica; Editorial: Universidad Estatal a Distancia, Pág. 30.
18. Ruiz Orejuela, Wilson. (2012), Responsabilidad del Estado y sus Regímenes 2da Edición, Bogotá – Colombia, Editorial: Ecoe Ediciones, Pág. 145.
19. Soto Gamboa, María de los Ángeles. (1987), Nociones Básicas de Derecho, 2da edición, Costa Rica; Editorial: Universidad Estatal a Distancia, Pág. 16.
20. Yepes et al. (2010), Luces Y Sombras de la Reforma de la Salud en Colombia Ley 100 de 1993, Bogotá – Colombia; Editorial Universidad del Rosario y Mayol Ediciones S.A, Pág. 15.