
LA ADQUISICIÓN DE VACUNAS PARA COMBATIR EL COVID-19: ¿UN ASUNTO DE SEGURIDAD SANITARIA O TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN?

*Autoras: **Catalina Gallo y Heidi Lopez** - Abogadas Junior*

El día 17 de marzo de 2020 fue declarado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, mediante el Decreto 417, en atención al brote del COVID 19. A la fecha, próximo a cumplirse un año desde el arribo de este virus al País, se han recibido las primeras 50.000 vacunas Pfizer, correspondientes al 0.08% del total de dosis adquiridas hasta el momento por Colombia (61.500.000) con las cuales se pretende vacunar a más de 35.000.000 de personas en el transcurso de este año.

La controversia suscitada se encuentra la reserva en los contratos de adquisición de vacunas, en consideración de cláusulas de confidencialidad que limitan su publicidad.

Al respecto, señaló el Ministro de Salud y Protección Social, Fernando Ruíz Gómez, lo siguiente:

“Ningún país tiene la posibilidad de comenzar las negociaciones previas de acceso a los contratos de compra de la vacuna sin suscribir un acuerdo de confidencialidad, en atención a la información sensible que se está manejando. Si llegase a violarse esa confidencialidad, el país deberá atenerse a las sanciones y posible pérdida de la negociación y, por ende, de los biológicos. Si bien Colombia cuenta una Ley de Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública (Ley 1712 de 2014), esta tiene dos artículos que exceptúan al Gobierno Nacional de revelar información que afecte el interés general y en áreas de salud pública, como es el caso actual.”

Es relevante un análisis normativo para determinar la legalidad o no del Gobierno de mantener bajo completa discreción los negocios jurídicos celebrados con las diferentes farmacéuticas.

El Estatuto General de Contratación dispone que las Entidades, mediante la celebración y ejecución de contratos, deberán cumplir con los fines estatales, la continua y

eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; cumpliendo los principios de transparencia (artículo 24), economía (artículo 25) y responsabilidad (artículo 26)¹. La transparencia implica claridad y publicidad en toda la actuación contractual, la libre concurrencia e igualdad de los oferentes, la selección objetiva del contratista y el derecho a controvertir las decisiones adoptadas por la administración; en palabras del profesor Carlos Delpiazzo *“El Principio de Transparencia implica que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal”*

Principios que no pueden ser eludidos en el proceso de adquisición de vacunas en contra del COVID 19, por ello, la Ley 2064 de 2020, por medio de la cual se declara de interés general la estrategia para la inmunización de la población colombiana contra la covid-19 y la lucha contra cualquier pandemia y se dictan otras disposiciones, previo que el Ministerio de Salud y Protección Social deberá emitir mensualmente un informe que detalle todas las gestiones y medidas surtidas en el proceso de inmunización, el cual debe ser de fácil acceso para la ciudadanía y tiene que ser remitido a la Contraloría General de la República quien ejercerá control y vigilancia sobre el manejo de estos recursos (artículo 8).

El acceso a la información pública es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos², en el que toda persona debe conocer de primera mano la información pública que reposa al interior de las entidades obligadas a dicha publicidad. Este derecho se materializó en la Ley 1712 de 2014 (norma que paradójicamente es empleada por el Gobierno para argumentar la reserva en el proceso de compraventa de vacunas) en su artículo 5 previo que las personas naturales o jurídicas, de derecho privado o público, tienen la obligación de brindar la información que sea solicitada, así como también el deber de publicar los asuntos de interés general, disposición aplicable a la Presidencia de la República y los Ministerios, quienes han estado al frente del proceso de adquisición de vacunas a través de la celebración de contratos, acuerdos y gestiones con las farmacéuticas proveedoras.

¹ Ley 80 de 1993.

² Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

Es indiscutible señalar que **“toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”** (artículo 2, Principio de máxima publicidad para titular universal), y **“toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley”** (artículo 3, Principio de Transparencia).

Estableciendo esta norma general, es procedente llevar a cabo un análisis de las excepciones a la aplicación de este derecho, bajo las cuales el Gobierno sustenta por qué no ha puesto en conocimiento de la población colombiana lo suscrito en los contratos de la adquisición de vacunas.

El título III de la Ley 1712 de 2014 contiene las excepciones según las cuales será posible mantener la confidencialidad de convenios y contratos, aun cuando el titular de la información es un sujeto obligado; el artículo 18 señala que esta exclusión puede presentarse cuando el acceso a la información acarrea una vulneración al derecho a la intimidad, la vida, la seguridad, la salud y a los secretos comerciales, industriales y profesionales. En el caso objeto de estudio, debe cuestionarse cuál es la información pública clasificada por la cual el Gobierno sufriría una vulneración en el evento de ser publicada ¿Las cláusulas contractuales pactadas con las farmacéuticas? O ¿Intereses privados que hay de por medio y que no se acomodan al daño que prevé el artículo 18?³ De forma subsiguiente, el artículo 19 contempla que podrá ser negada o rechazada la solicitud de “información pública reservada”, siempre y cuando el acceso esté prohibido de forma expresa por una norma legal o constitucional; circunstancia que puede presentarse en aquellos casos en los que se vean comprometidos asuntos de: defensa y seguridad nacional, seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad macroeconómica y financiera del país, salud pública, entre otras. De esta lista surge una pregunta que es ¿Para la adquisición de las vacunas contra el COVID-19 el gobierno previó o reguló asuntos de confidencialidad y reserva, siendo esto un tema de salud pública que se encuentra exceptuado?

³ ARTÍCULO 18. INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑO DE DERECHOS A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS. <Artículo corregido por el artículo 2 del Decreto 1494 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

a) <Literal corregido por el artículo 1 del Decreto 2199 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

Es necesario hacer claridad que con las exigencias de publicidad al proceso de adquisición de vacunas no se pretende que el Gobierno suministre información que comprometa secretos profesionales, propiedad intelectual o industrial (formula y componentes de la vacuna), sino que se procura conocer las diligencias contractuales efectuadas por el ejecutivo como un mecanismo de vigilancia y control de la gestión pública.

En cuanto a la controversia suscitada por la reserva de estos negocios jurídicos, los órganos de control guardaron silencio hasta que el asunto generó revuelo mediático, por ello, se implementó una mesa permanente de trabajo, para la vigilancia y control del Plan Nacional de Vacunación, conformada por la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

Ante las diferentes peticiones y requerimientos de órganos de control el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda, en las sesiones de Prevención y Acción del Gobierno Nacional, han recalcado que el tema se circunscribe a la confidencialidad pactada con las farmacéuticas y que por ello, no puede publicar la información de la gestión contractual, ya que se pondría en riesgo las negociaciones realizadas y se estaría incurso en sanciones al tratarse de información reservada, exceptuada por el artículo 19 de la ley 1712 de 2014, y ser un tema de salud pública.

Otro factor a tener en cuenta en el presente análisis es la competencia que se ha generado en el mercado entre las farmacéuticas encargadas de elaborar vacunas para evitar la propagación del SARS-Co-V-2.

Al respecto, debe mencionarse que Colombia no es el único país que ha tenido conflictos en cuanto a la confidencialidad de estos contratos, por ello expertos en salud pública han mencionado:

⁴ ARTÍCULO 19. INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑO A LOS INTERESES PÚBLICOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

a) La defensa y seguridad nacional;

b) La seguridad pública;

c) Las relaciones internacionales;

d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;

e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;

f) La administración efectiva de la justicia;

g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;

h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;

i) La salud pública.

PARÁGRAFO. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.

ARTÍCULO 6. d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley;

"Esto no es nada nuevo; es frecuente que en los contratos entre los sistemas de salud de los países y las farmacéuticas se incluyan cláusulas de confidencialidad".

"Los laboratorios buscan fraccionar el mercado para poder negociar precios distintos con los distintos países", añade.

Esto les permite negociar con los países en función de sus recursos, ofreciéndoles precios más bajos a los países pobres o en desarrollo y exigiendo cantidades más altas a los más ricos.⁶"

Es así como encontramos dos posiciones encontradas respecto a las cláusulas de confidencialidad:

A FAVOR	EN CONTRA
No estamos frente a un libre mercado, sino que existe restricción de oferta de las farmacéuticas, y exceso de demanda de todos los países por ser una pandemia mundial. Al evaluar las condiciones del mercado y al estar frente a una contingencia se hace necesario aceptar las cláusulas de confidencialidad	Es una excepción a una regla general que permita que en la contratación estatal los privados impongan cláusulas al Estado, el interés particular por encima del general desconociendo los principios de publicidad y transparencia. Es una cláusula abusiva, desequilibrada a favor de las farmacéuticas.

Ahora bien, es relevante cuestionarse ¿Qué debe prevalecer? ¿la competencia en el mercado? o ¿el deber de los Estados de informar lo contratado a sus ciudadanos en atención al derecho fundamental a la información?

Pese a lo anterior, si bien la total publicidad de los contratos de compraventa de vacunas puede resultar contraproducente para el Estado, ello no implica necesariamente que estos negocios jurídicos se sometan a una reserva absoluta, por ello la intervención de los órganos de control de cada Nación en las negociaciones y al momento de la suscripción contractual con las farmacéuticas debería ser un requisito sine qua non que garantice su transparencia.

Para concluir, este es un tema controversial, en consideración que hay varios intereses que están en riesgo; por un lado, el provecho de las farmacéuticas al pretender mante-

⁶ Olmo Guillermo. 28 de enero de 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567>

ner bajo reserva los detalles contractuales con cada uno de los Estados – lo cual, puede resultar abusivo-; por otro, los intereses de los Gobiernos encargados de la negociación, pues no son un secreto los altos niveles de corrupción que están inmersos en la celebración de contratos públicos, escenario que ha contribuido en el incremento de la desconfianza por parte de la ciudadanía; y por último, el bienestar general de la comunidad que, en un Estado ideal, debería prevalecer ante cualquier interés de índole económico. Sin embargo, ese “Estado ideal” dista bastante de la realidad no solo colombiana, sino mundial, debido a esta contingencia que ha generado un retroceso de la humanidad, siendo de suma urgencia aunar esfuerzos que permitan evitar su mayor propagación.