

Al Contestar Cite Radicado UNGRD:



2021EE05211

Fecha: 12/05/2021

SUBCOVID19-RO-027-2021

Bogotá D.C.,

Señores

GERARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ MORALES

Director y Representante legal

CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA

andres.hernandez@transparenciacolombia.org.co

VIVIAN NEWMAN PONT

Directora y Representante legal

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD

vnewman@dejusticia.org

MARÍA PAULA MARTÍNEZ CONCHA

Coordinadora del Proyecto

ANTONIO NARIÑO

coordinación@pan.org.co

CARLOS RODRÍGUEZ CASTRO

Director y Representante legal

CORPORACIÓN OCASA

ca.rodriquez.castro@gmail.com

direccionejecutiva@ocasa.org.co

REFERENCIA: Recurso de reposición interpuesto en contra de la respuesta dada el diecisiete (17) de abril de 2021 frente a la solicitud de acceso a información pública (Radicado No. 2021EE04088)

Estimados señores:

Teniendo en cuenta el documento radicado ante esta entidad el día veintidós (22) de abril de 2021, contentivo del recurso de reposición contra la respuesta a la solicitud de acceso a información pública dada por la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), se señala que este tiene como fundamento inicial la petición de información formulada el seis (06) de abril de 2021, bajo el radicado No. 2021ER03370;

que fue resuelta el diecisiete (17) de abril del año en curso y en contra de la cual se interpone el recurso de reposición que se estudia dentro de este escenario.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO EL 22 DE ABRIL DE 2021 EN CONTRA DE LA RESPUESTA DEL 17 DE ABRIL DE 2021

Los argumentos presentados en el recurso se despliegan a partir de una premisa general que es enunciada por los recurrentes, de esta forma, se sostiene que la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) desconoce las exigencias legales y constitucionales de la negativa de acceso a la información pública, haciendo hincapié en los dictados del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014¹, así como también en lo que ha enunciado la Corte Constitucional en jurisprudencia relacionada con el asunto objeto de análisis. El recurso de reposición basa su razonamiento en tres aspectos que se dividen así:

(i) Razones y pruebas que fundamentan y evidencian que la información debe permanecer reservada o confidencial: Al interior de este, se efectúa una breve enunciación de la diferencia entre documento e información, esto con el objeto de asegurar que la entidad confunde tales nociones al momento de resolver la solicitud de información y que con base en tal diferencia, se cuenta con la posibilidad de que se realicen versiones públicas de los documentos, teniendo como base lo dictado en el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014.

Adicionalmente, acerca del sometimiento de la contratación únicamente al derecho privado, afirman que tal habilitación no implica que las normas de esta índole puedan desplazar las obligaciones constitucionales de transparencia y acceso a la información; ya que en el sentir de los recurrentes, la referencia que se hace a la utilización del régimen obligacional de los particulares, desconoce derechos fundamentales involucrados en el caso que nos compete.

Finalmente, dentro de esta primera sección se hace alusión al concepto de negociaciones reservadas; ya que bajo el entendido de los recurrentes, las cláusulas de confidencialidad solicitadas hacen parte de los resultados de esta clase de negociaciones, más no se constituyen como negociaciones en sí mismas. Además, sostienen que la Ley 1755 de 2015 estipula la reserva de las instrucciones y no de las negociaciones, de manera que, dado que las cláusulas de confidencialidad no son por su naturaleza instrucciones, las mismas -a su parecer- no están sometidas a la restricción que indica el artículo 1 de la Ley 1755, que modificó el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

¹ Ley 1712 de 2014. Artículo 28. Carga de la prueba. *"Le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información"*

(ii) Demostración de que la información se relaciona con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente: Se asegura en el recurso de reposición que la respuesta dada por la entidad no demostró la vinculación del contenido de las cláusulas de confidencialidad solicitadas, con el interés constitucionalmente protegido: la salud pública. En su entender, las cláusulas de confidencialidad exigidas, son las que tienen un vínculo más débil e indirecto con la salud -a comparación del contenido de otras cláusulas incluidas en acuerdos de adquisición de vacunas-, concluyendo que no cualquier vínculo entre un objetivo legítimo legal o constitucional habilita a la reserva invocada.

(iii) El último aspecto que se desarrolla en el recurso, tiene que ver con la ausencia de demostración de un daño presente, probable, específico y significativo que se generaría con la entrega de la información requerida; ya que bajo el análisis de los ciudadanos, la entidad no satisfizo la carga que impone el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, dado que para los mismos, no resulta clara la afectación de uno de los intereses públicos señalados en el artículo 19 con la publicación de la información solicitada.

II. CONSIDERACIONES DE LA UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES

a. Requisitos de procedencia del recurso de reposición

Sobre este particular, es necesario mencionar lo dictado en el primer inciso del artículo 27 de la Ley 1712 de 2014, en donde se estipula que:

“Cuando la respuesta a la solicitud de información invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el solicitante podrá acudir al recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella (...)”²
(Subrayado fuera de texto)

En tal sentido, nos encontramos con que para el presente caso, en la respuesta a la solicitud de información³, no se invocaron las causales que se requieren en la mentada disposición normativa, de manera que para el caso concreto, no se encuentra configurada la procedencia del recurso de reposición.

Sin embargo, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), se permite establecer algunas consideraciones sobre lo esgrimido por los recurrentes en el documento del día veintidós (22) de abril de 2021, indicando desde este punto que se rechazará el recurso y se confirmará en su totalidad el contenido de la respuesta fechada el día diecisiete (17) de abril de 2021.

b. Frente a los argumentos presentados por los recurrentes

² Ley 1712 de 2014. Artículo 27. Recursos del solicitante.

³ Respuesta del 17 de abril de 2021.

Teniendo como base el contexto que nos antecede, el desarrollo argumentativo de este capítulo, tendrá lugar en el mismo orden propuesto por los ciudadanos dentro del documento allegado el veintidós (22) de abril de 2021, así:

(i) Sobre las razones y pruebas que fundamentan y evidencian que la información debe permanecer reservada o confidencial

El primer punto abordado tiene que ver con la diferencia existente entre documento e información, en tanto argumentan los recurrentes que con base en el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014⁴, resulta posible la elaboración de versiones públicas de los documentos que contengan de manera simultánea información pública e información clasificada o reservada.

Sobre este particular, es necesario considerar que la distinción que recuerdan los recurrentes ha sido tomada en cuenta en todo momento por esta entidad; sin embargo, la negativa que se ha dado para la divulgación de la información requerida no se basa en el soporte documental de la misma; sino en la naturaleza propiamente dicha de la información que requieren los ciudadanos.

No es dable afirmar que únicamente una parte de la información está sometida a la reserva legal que se alega sobre la misma; sino que justamente tal información, obrante en las cláusulas de confidencialidad exigidas, se encuentra cubierta por la reserva a que se hace referencia tanto en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, como en el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

El sustento legal precedente, claramente, va más allá de las obligaciones que fueron pactadas dentro de las cláusulas de confidencialidad contenidas en los acuerdos, en la medida que la reserva de las mismas se fundamenta en la calidad de la información que allí se encuentra dispuesta, lo cual está en línea con lo fijado en las mencionadas disposiciones legales que permiten invocar la reserva en casos como estos, situación que de ninguna manera vulnera el derecho al acceso a la información pública u omite la transparencia institucional sobre lo solicitado; sino que por el contrario se acompasa con la normatividad aplicable, que soporta la reserva bajo hipótesis específicas que se cumplen y configuran para el evento examinado.

Se recuerda que frente a la posibilidad de una revelación parcial de la información, las obligaciones asumidas por el Gobierno Nacional dentro de los acuerdos suscritos para la

⁴ Ley 1712 de 2014. Artículo 21. Divulgación parcial y otras reglas. *“En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia. Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un documento, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información (...)”*

adquisición de vacunas en el marco de la pandemia ocasionada por el Covid-19 imponen un despliegue de esfuerzos razonables tendientes a obtener la mayor efectividad de la confidencialidad pactada, esto con el objeto de salvaguardar la continuidad del Plan Nacional de Vacunación y con ello, el interés legítimo de máxima protección para el contexto actual como lo es la salud pública.

Dando paso al segundo punto desarrollado por los recurrentes, los mismos se refieren al asunto relacionado con el sometimiento de la contratación únicamente al derecho privado y frente a ello, es menester enunciar que si bien en la respuesta proferida el diecisiete (17) de abril de 2021, se hace mención a los contratos como instituciones jurídicas, lo relevante en este caso es que no se está invocando la reserva de la información de las cláusulas de confidencialidad con base en la aplicación del régimen obligacional del derecho privado.

Por el contrario, se enfatiza en que la razón que motiva la reserva se deriva del carácter de la información, que se encuentra dentro de las causales estipuladas en los artículos 19 de la Ley 1712 de 2014 y 1 de la Ley 1755 de 2015 -a los que se hizo referencia previamente- y de ninguna manera la reserva se alega únicamente en virtud de haber pactado las cláusulas o acuerdos de confidencialidad.

Lo anterior se acompasa con lo que mencionan los ciudadanos al sostener que *“el problema no está en la forma, sino en el contenido que debe ser acorde en todo caso a nuestro régimen de derechos fundamentales”*⁵, de manera tal que resulta de total pertinencia considerar lo fijado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 559 del 2020, en el que se establece:

*“Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias-COVID19, se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con observancia de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación”*⁶

De esta manera, es claro que la determinación de aplicación de un régimen de derecho privado para las obligaciones derivadas de los acuerdos a que se ha hecho referencia, en forma alguna omite la protección de derechos fundamentales; sino que la aplicación de tal régimen se efectúa en concordancia con los principios a que allí se hace referencia y especialmente, con observancia del principio de publicidad, que en este caso garantiza el derecho fundamental relacionado con el acceso a la información.

⁵ Folio 3 del recurso del 22 de abril de 2021.

⁶ Decreto Legislativo No. 559 del 15 de abril de 2020. “Por el cual se adoptan medidas para crear una Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -Covid 19- en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establecen las reglas para su administración, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” Artículo 4. Régimen Contractual.

Por tanto, no es posible afirmar que la utilización de dicho régimen de contratación entre particulares suspende el carácter público de la información discutida; sino que por el contrario, tal análisis debe efectuarse en completa relación con los derechos fundamentales que pueden vincularse con situaciones como las presentes, los cuales se garantizan con lo estipulado en el citado artículo 4 del Decreto Legislativo No. 559 de 2020. Por ende, aquí no tiene lugar un desplazamiento de las obligaciones constitucionales de transparencia y acceso a la información a raíz de la utilización de reglas de contratación de derecho privado; sino que estos dos escenarios, actúan en complementariedad para la garantía de tales obligaciones.

Así mismo, se reitera que la estrategia de inmunización de la población colombiana contra el COVID – 19, comporta un asunto de interés general, según lo determinó el artículo 1 de la Ley 2064 de 2020⁷, lo cual se une con lo fijado en el artículo 10 de esta misma normatividad⁸, en donde se establece la transparencia y el control ciudadano, que deben ser garantizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, que indica nuevamente la materialización del principio de publicidad sobre los acuerdos suscritos por el Gobierno, desvirtuando entonces lo que mencionan los recurrentes al tratar de argumentar que la utilización de un régimen de derecho privado dentro de la contratación a que se ha hecho referencia, desplaza el régimen de derechos fundamentales.

Para el tercer y último aspecto desarrollado por los recurrentes en este acápite, debe tenerse en cuenta que aun cuando se asegure que las cláusulas de confidencialidad hacen parte de los resultados de las negociaciones reservadas y no se constituyen como las negociaciones en sí, su reserva no descansa en que estas hagan parte o sean producto de las negociaciones de esta índole; sino en la naturaleza de la información que allí se deposita, la cual está directamente relacionada con las negociaciones de carácter reservado, que como se enunció en respuesta del diecisiete (17) de abril de 2021, obedecen a la necesidad de respetar la independencia y confidencialidad necesarias para el ejercicio de las funciones constitucionales propias del Gobierno⁹.

Es en este sentido que debe evaluarse el término de negociaciones reservadas, aplicable totalmente al caso que nos convoca y no efectuando una interpretación limitada que no permita que se respete la reserva que tiene lugar sobre esta clase de información, dado

⁷ 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" Artículo 1. Objeto. *"La presente ley tiene por objeto declarar de interés general la estrategia para la inmunización de la población colombiana contra la Covid-19 y establecer medidas administrativas y tributarias para la financiación y la gestión de los asuntos relacionados con la inmunización contra la Covid-19 y otras pandemias"*

⁸ Ley 2064 de 2020. Artículo 10. Transparencia y Control Ciudadano. *"El Ministerio de Salud y Protección Social emitirá y publicará mensualmente un informe de fácil acceso a la ciudadanía en relación con todas las gestiones y medidas que integran el objeto de la presente ley. Dicho informe deberá ser allegado y expuesto en sesiones ordinarias de las Comisiones Séptimas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. También deberá ser remitido a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las funciones constitucionales atribuidas a ese órgano de control"*

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-951 de 2014, Expediente: PE-041, M.P.: María Victoria Sáchica Méndez Correa, 04 de diciembre de 2014.

que para este evento en particular, las cláusulas de confidencialidad se encuentran comprendidas en el conjunto de negociaciones reservadas a que se refiere la Ley 1755 de 2015.

Adicionalmente, no se comparte la consideración de los ciudadanos al señalar que la Ley 1755 de 2015 determina la reserva no de las negociaciones en sí, sino de las instrucciones sobre las mismas, asegurando que, como las cláusulas de confidencialidad no son, por su naturaleza instrucciones, sobre ellas no recae la reserva que se establece en el artículo 1 de dicha Ley -que modificó el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011-.

Para desarrollar lo anterior, basta con leer dicho artículo y el numeral 2 de la misma disposición, en donde se dicta lo siguiente:

“Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas
(...)” (Subrayado fuera de texto)

De la lectura de tal disposición no se desprende de ninguna manera, que la reserva se predique exclusivamente de las instrucciones¹⁰.

A partir del lenguaje utilizado por la disposición, se tiene que allí la noción de “instrucciones en materia diplomática” se separa de “negociaciones reservadas” con la utilización de la conjunción disyuntiva “o”, que precisamente indica la aplicación de la regla establecida en el primer inciso del artículo (el carácter reservado de la información) sobre ambas expresiones, por ende, una comprensión adecuada de esta norma indica que la reserva a que allí se hace alusión, se predica tanto de instrucciones en materia diplomática, como de la información y documentos sobre negociaciones reservadas.

Ante esto, se reitera que en sentencia C-951 de 2014, la Corte Constitucional determinó que la expresión de negociaciones reservadas no se circunscribe exclusivamente a asuntos diplomáticos, dado que esa limitación no se deduce del texto constitucional, de manera que la reserva invocada para tal información, es acorde con los postulados jurisprudenciales que rigen la materia y que efectivamente permiten que se aplique la restricción sobre dicha información.

(ii) Respecto de la demostración de que la información se relaciona con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente

Sobre este aspecto, es necesario hacer hincapié en lo mencionado dentro de la respuesta entregada con anterioridad por esta Unidad, en la medida que el eventual rompimiento de las obligaciones de confidencialidad, que tendría lugar con la entrega de la información solicitada, podría configurar un incumplimiento contractual, que a su vez devendría en un

¹⁰ Folios 3 y 4 del documento del 22 de abril de 2021.

efecto negativo sobre la continuidad del Plan Nacional de Vacunación, evento que se relaciona directamente con el objetivo legítimo de la salud pública.

Lo anterior, teniendo como base que las cláusulas de confidencialidad aquí discutidas, al contener información relacionada con los contratos para la adquisición de las vacunas en el marco de la pandemia ocasionada por el Covid-19, guardan un estrecho vínculo con la salud pública¹¹ que se intenta salvaguardar en el contexto actual, máxime cuando las circunstancias de incumplimiento que pudieren derivarse de la desatención de las obligaciones, afectarían directamente la ejecución del plan de inmunización y con ello, dicho objetivo legítimamente establecido.

De igual forma, se enfatiza que el vínculo existente entre la información solicitada y la salud pública, no resulta ser una relación débil o sobre la cual deba forzarse su argumentación, dada la notoriedad de la situación de carácter excepcional por la que se atraviesa en este momento y considerando que la información requerida si guarda relación con aspectos de salud pública que buscan ser salvaguardados en la actualidad y sobre los que se quiere evitar incumplimientos o situaciones de tal índole que puedan afectar la cabal protección de la salud pública.

Además, no se comparte la apreciación de los solicitantes al afirmar que “cualquier información sobre salud pública sería directamente reservada”¹², en la medida que la reserva que se alegue sobre cualquier información -incluyendo la relacionada con salud pública-, debe encontrar sustento legal dentro del ordenamiento jurídico, tal y como se configura en el caso objeto de estudio¹³, aunado a la excepcionalidad de las circunstancias que tienen lugar en este preciso evento, teniendo como base el panorama de emergencia que se presenta actualmente¹⁴.

A lo enunciado previamente, se suma que la cuestión crítica en términos de transparencia -alegada en el recurso de reposición- se desvirtúa con la argumentación ofrecida tanto en este documento como en la respuesta del día diecisiete (17) de abril de 2021, en la medida que la reserva legal que se sostiene para este evento se encuentra respaldada por el ordenamiento jurídico y en la existencia de mecanismos de Transparencia y control ciudadano, como el consignado en el artículo 10 de la Ley 2064 de 2020¹⁵; así como el

¹¹ Como objetivo legítimamente establecido, de conformidad con la carga impuesta por el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014.

¹² Folio 4 del recurso de reposición interpuesto el 22 de abril de 2021.

¹³ De conformidad con lo expuesto anteriormente, especialmente lo relacionado con el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 y el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, mediante el que se modificó el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011

¹⁴ Decreto No. 206 del 26 de febrero de 2021 (Ministerio del Interior) y Resolución No. 222 del 25 de febrero de 2021 (Ministerio de Salud y Protección Social)

¹⁵ Ley 2064 de 2020. Artículo 10. Transparencia y Control ciudadano. “El Ministerio de Salud y Protección Social emitirá y publicará mensualmente un informe de fácil acceso a la ciudadanía en relación con todas las gestiones y medidas que integran el objeto de la presente ley. Dicho informe deberá ser allegado y expuesto en sesiones ordinarias de las Comisiones Séptimas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. También deberá ser remitido a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las funciones constitucionales atribuidas a ese órgano de control”

control especial del Despacho del Contralor General de la Nación sobre los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias-COVID19, tal y como se estipula en el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 559 de 2020.

Tales mecanismos dan cuenta de las garantías dispuestas por el ordenamiento jurídico para asegurar la transparencia de los procesos que gestionan información sobre la que se alega la reserva legal; mecanismos que desvirtúan la afirmación de los recurrentes, en donde se menciona que con la no transparencia de las cláusulas de confidencialidad, parece legitimarse la opacidad de la información contenida en los contratos mencionados, juicio que se emite omitiendo una evaluación de la excepcionalidad de las circunstancias actuales y dejando de lado los mecanismos que se han establecido para garantizar la transparencia, que a su vez eviten la configuración de incumplimientos contractuales que devengan en consecuencias negativas para la salud pública como objetivo constitucional y legalmente protegido.

(iii) Acerca de la necesidad de demostrar que se causaría un daño presente, probable y específico con la entrega de la información solicitada

Los recurrentes señalan que el artículo 28 la Ley 1712 de 2014 obliga a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) a “presentar los argumentos por los cuales no se accede a la entrega de la información ya que de entregarse se causaría un daño presente, probable y específico, a lo que la Corte Constitucional agrega el requisito de “significativo”¹⁶, estimando que esta entidad no cumplió con la carga impuesta por dicha disposición normativa.

Respecto de estos requisitos, se aprecia que el daño presente, probable, específico y significativo que se vería materializado con la revelación de la información solicitada tiene que ver con que la información relativa al proceso de negociación, incluidos los documentos producidos en desarrollo suyo y las personas o entidades que han intervenido en él, son reservados; no únicamente por la suscripción de los acuerdos y pactos de confidencialidad; sino puntualmente por los efectos nocivos que tendría la revelación de la información sobre la garantía de la salud como derecho fundamental y como elemento base de la salud pública.

Así pues, se tiene que el incumplimiento de los compromisos contractuales alcanzados dentro de los acuerdos suscritos por el Gobierno Nacional para la adquisición de vacunas en el contexto actual, traen consigo la capacidad de comprometer la materialización del Plan Nacional de Vacunación, compromiso que deviene en un claro daño que excede el interés público representado en el acceso a la información y que al ser analizado para el caso concreto -como lo ordena la sentencia C-274 de 2013- resulta plenamente configurado¹⁷

¹⁶ Folio 5 del recurso de reposición del 22 de abril de 2021.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013, Expediente: PE-036, M.P.: María Victoria Calle Correa, 09 de mayo de 2013: “(...) para que sea posible restringir el acceso a información pública para proteger intereses públicos, no

Los efectos nocivos y significativos de no lograr la materialización de la estrategia de inmunización de la población colombiana contra el COVID – 19, corresponden a hechos de una gravedad notoria, teniendo en cuenta las dificultades en materia sanitaria que se enfrentan actualmente, así como la extensión en el tiempo de tales consecuencias a nivel nacional, situaciones de amplio conocimiento que no deben ser pasadas por alto por los ciudadanos recurrentes en este caso.

En estos términos, se estima suficientemente acreditada la ocurrencia de un daño presente probable, específico y significativo, el cual tendría lugar con la entrega de la información solicitada, que excede ampliamente el interés que representa el acceso a la información pública, tal y como lo dictamina el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014.

Para concluir, se responde a los recurrentes que el fin jurídicamente legítimo que justifica la reserva de las cláusulas de confidencialidad solicitadas, justamente reposa en los postulados legales que permiten la reserva de información relativa a esta clase de negociaciones, la salvaguarda del objetivo legítimo de la salud pública y la prevención de generación de daños con la revelación de dicha información, afectaciones que justamente se relacionan con el derecho fundamental a la salud y con la salud pública en general.

III. SOBRE LA ACTUACIÓN PROCEDENTE PARA EL CASO CONCRETO

Conforme se indica en el artículo 27 de la Ley 1712 de 2014¹⁸, el recurso de reposición puede ser interpuesto por los solicitantes cuando en la respuesta a la solicitud de información se invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales -numerales a) y b) del artículo 19 de la misma normativa-; sin embargo, del contenido de la respuesta dada por esta Unidad el día diecisiete (17) de abril de 2021, no se extrae que dichas causales hayan sido alegadas por la entidad para sustentar la reserva de la información, de manera que para este caso no se configura la procedencia del recurso de reposición.

A pesar de lo anterior, por medio del presente documento, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) se pronunció sobre los argumentos entregados por los ciudadanos en contra de la citada respuesta.

De esta forma, siguiendo lo consignado en el artículo 27 de la Ley 1712 de 2014, la actuación procedente en este caso, corresponde al envío de la respectiva documentación al Tribunal Administrativo competente, dentro del plazo señalado por la ley para el efecto.

sólo es necesario que el acceso a tal información tenga la posibilidad real, probable y específica de dañar esos intereses, sino que el daño a los mismos sea 'significativo' Estos criterios deberán examinarse en cada caso concreto, frente a los intereses autorizados en el artículo 19"

¹⁸ Ley 1712 de 2014. Artículo 27. Recursos del solicitante. "Cuando la respuesta a la solicitud de información invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el solicitante podrá acudir al recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella (...)"

En mérito de lo expuesto,

IV. RESUELVE

PRIMERO: Rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto en contra de la respuesta proferida por la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres el día diecisiete (17) de abril de 2021.

SEGUNDO: Remitir la documentación correspondiente a este asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, atendiendo lo estipulado en el segundo inciso del artículo 27 de la Ley 1712 de 2014.

Cordialmente,



EDUARDO JOSÉ GONZÁLEZ ANGULO
Director General
Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – UNGRD
Ordenador del Gasto del FNGRD

Elaboró: Pinilla, González & Prieto / Contratista Subcuenta COVID19
Carlos Quintero / Contratista Subcuenta COVID19

Revisó: Pedro Felipe López Ortiz / Asesor Dirección General



Bogotá, 22 de abril de 2021

Señor
EDUARDO JOSÉ GONZÁLEZ ANGULO
Director General
Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – UNGRD
E.S.D.

REFERENCIA: Recurso de reposición
contra respuesta a solicitud de acceso a
información pública

RADICADO: SUBCOVID19-RO-021-
2021

Gerardo Andrés Hernández Montes, director y representante legal de la Corporación Transparencia por Colombia, Vivian Newman Pont, directora y representante legal del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, Carlos Rodríguez, director y representante legal de la Corporación OCASA, y María Paula Martínez Concha, coordinadora del Proyecto Antonio Nariño, miembros de la Alianza Más Información Más Derechos, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos **recurso de reposición** contra la respuesta de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – UNGRD que, mediante radicado No. SUBCOVID19-RO-021-2021 notificado el 19 de abril de 2021, decide negar el acceso a información pública, en concreto, las cláusulas de confidencialidad de los contratos suscritos por la sociedad Fiduprevisora S.A., para la adquisición de vacunas contra la covid-19. Solicitamos que la UNGRD revoque dicha decisión en tanto su respuesta vulnera nuestro derecho fundamental de acceso a la información pública.

1. Fundamentos de hecho

1. El 5 de abril de 2021, presentamos una solicitud de acceso a la información pública en la que solicitamos la entrega de las cláusulas de confidencialidad de cada acuerdo suscrito por el Gobierno Nacional para la adquisición de vacunas en el marco de la pandemia ocasionada por la covid-19.
2. El 17 de abril de 2021, obtuvimos respuesta de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – UNGRD en el sentido de negar el acceso a la información solicitada. Según la Unidad, “no es procedente revelar el contenido de las cláusulas de confidencialidad”, de conformidad con los literales b) e i) del artículo 19, de la Ley 1712 de 2014. Según estos literales, la reserva de la información se fundamenta por su relación “con la seguridad pública y la salud pública, respectivamente”.



2. Fundamentos de Derecho

La respuesta de la UNGRD desconoce las exigencias legales y constitucionales de toda negativa de acceso a la información pública. En concreto desconoce el mandato del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, tal y como ha sido interpretado por la Corte Constitucional en su sentencia C-247 de 2013. Dividiremos nuestra argumentación en tres aspectos que trata la respuesta.

1. Razones y pruebas que fundamentan y evidencian que la información debe permanecer reservada o confidencial

a) Confusión entre “documento” e “información”

La respuesta de la UNGRD indica lo siguiente:

“Si bien los acuerdos de confidencialidad constituyen contratos accesorios al principal, vale destacar que dentro de los acuerdos principales para la adquisición de vacunas en el marco de la pandemia ocasionada por la Covid-19 también se han pactado cláusulas de confidencialidad, de las cuales se derivan una serie de compromisos y obligaciones asumidas en relación con la negociación, suscripción y ejecución de los citados compromisos.”

Confunde el uso de los conceptos “documento” e “información”. El primero es el soporte en el que se encuentra la segunda. Y la segunda, esto es, la información, es precisamente parte del objeto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Esta distinción es relevante para efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales y constitucionales de transparencia, y en especial, para asegurar la eficacia del mandato de la divulgación parcial, establecido en el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014. Sobre este punto, la Corte Constitucional es muy clara al señalar, en su sentencia C-274 de 2013, lo siguiente:

“El artículo 21 recoge la posibilidad de permitir el acceso a documentos que contengan simultáneamente información pública e información clasificada o reservada. Esta disposición ordena la creación de versiones públicas de documentos en la que sea posible conocer aquellos apartes no protegidos por excepciones o reservas constitucionales o legales, con lo cual se garantiza el principio de máxima divulgación, de manera armónica con los parámetros constitucionales que protegen el derecho a acceder a la información pública. En estas versiones públicas se debe mantener la reserva solo de la parte indispensable, y hacer entrega de tales versiones a quienes lo soliciten. Igualmente, obliga a la entrega de la información pública no amparada por ninguna regla excepcional.”

En otras palabras, es impertinente para el ejercicio del acceso a la información pública dónde documentalmente está depositada dicha información. De hecho, la diferencia entre “documento” e “información” permite, como indica la Corte Constitucional en el pasaje citado, que se realicen versiones públicas de los documentos. Por tal motivo, la información



relacionada con las cláusulas de confidencialidad debe ser divulgada, como mínimo, de manera parcial a través de una versión pública de los contratos.

b) Sometimiento de la contratación únicamente al derecho privado

Más adelante, la respuesta indica que:

“En cuanto a la garantía de confidencialidad y la capacidad de vincularse a esa clase de obligaciones, es preciso recordar que, de conformidad con el artículo 4º del Decreto Legislativo 559 de 2020 [...] se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares.”

Estas líneas son preocupantes. Por un lado, la previsión citada refiere a los contratos como institución jurídica, lo que no es objeto de la solicitud. Por el otro, en ningún caso un contrato, por básica cuestión de jerarquía normativa, puede vulnerar un derecho fundamental. En otras palabras, que el Gobierno pueda formalmente obligarse contractualmente, a partir de diferentes regímenes de contratación (público o privado) y que en cualquiera de estos dos decida obligarse mediante la inclusión de cláusulas de confidencialidad, no puede servir de argumento habilitante para que estas disposiciones de derecho privado, por ejemplo, permitan el desconocimiento de un derecho fundamental. El problema no está en la forma, sino en el contenido que debe ser acorde en todo caso a nuestro régimen de derechos fundamentales.

El hecho de que la naturaleza de los contratos y el régimen aplicable a los mismos sea el del derecho privado internacional, no hace que la información contenida en ellos pierda su carácter de información pública. Porque dicha información está en poder del Estado, porque dicha información concreta el ejercicio de funciones públicas, y sobre todo porque dicha información, contenida en tales contratos, revela la ejecución y la destinación de recursos públicos. De hecho, la sociedad Fiduprevisora S.A. es una sociedad de economía mixta que tiene la obligación de reportar su información contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP I) y que solo excepcionalmente —los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional— puede contratar bajo las reglas del derecho privado. Esta habilitación, sin embargo, no supone que las reglas de derecho privado desplacen las obligaciones constitucionales de transparencia y acceso a la información.

c) La mención al concepto de negociaciones reservadas

La alusión a las negociaciones reservadas no supone *per se* la inclusión del caso que nos ocupa en dicha categoría. Las cláusulas de confidencialidad son cronológica y ontológicamente distintas al concepto de negociaciones reservadas que trae la Ley 1755 de 2015. Son cronológicamente distintas porque el contenido de las cláusulas es parte de los resultados de dichas negociaciones, no las negociaciones en sí. Son ontológicamente distintas porque la Ley



1755 de 2015 determina la reserva, no de las negociaciones en sí, sino de las instrucciones sobre las mismas. Las cláusulas de confidencialidad no son, por su naturaleza, instrucciones.

2. Demostración de que la información se relaciona con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente

La respuesta con la cual se niega la entrega de la información pública solicitada se centra en la siguiente hipótesis: el interés constitucional afectado es la salud pública porque la revelación de las cláusulas de confidencialidad supondría un incumplimiento contractual que derivaría en la pérdida del acceso a las vacunas.

Sin embargo, los incumplimientos contractuales solo se derivan de la violación de una de sus cláusulas, por lo que en el caso presente o bien las cláusulas de confidencialidad establecen su propia confidencialidad o existen unas terceras cláusulas de confidencialidad que reservan el contenido de las cláusulas de confidencialidad solicitadas. Pero en cualquiera de los dos casos, la respuesta de la UNGRD desconoce los mandatos del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014, que ordena a los sujetos obligados agotar una “prueba del daño”, como veremos en el numeral 3. En especial, porque la UNGRD no demostró en su respuesta la vinculación del contenido de estas cláusulas con el interés constitucionalmente protegido de la salud pública.

En ese sentido, recordemos que, del acuerdo de adquisición de vacunas, las cláusulas de confidencialidad son precisamente las que tienen, por contenido que refiere a otras cláusulas, un vínculo más débil e indirecto con la salud. Esto no es baladí porque no cualquier relación entre un objetivo legítimo legal o constitucional habilita a la reserva. En caso contrario, cualquier información sobre salud pública sería directamente reservada.

Además, la no transparencia de las cláusulas de confidencialidad en el caso de los contratos que celebra el gobierno nacional con las farmacéuticas para la compra y suministro de vacunas en contexto de pandemia, cláusulas que a su vez son las que parecen legitimar la opacidad la información contenida en estos contratos, nos lleva a una cuestión crítica en términos de transparencia. En concreto, impide conocer el fundamento primordial de la falta de transparencia de toda esta contratación. Es más, nos impide saber a ciencia cierta sobre la existencia de dichas cláusulas y poder saber si la autoridad pública al negar el acceso a la información sobre estos contratos actúa conforme a derecho o de forma arbitraria, y nos impide conocer los términos específicos (cobertura, alcance, temporalidad, etc.) en que el gobierno nacional pactó la confidencialidad de la información contenida en estos contratos.

3. Demostrar que se causaría un daño presente, probable y específico

El último de los requisitos que debe satisfacer toda respuesta negativa por parte de un sujeto obligado por la ley de transparencia, en este caso la UNGRD, es el test del artículo 28 de la Ley 1712 de 2014. Esta norma obliga a la UNGRD a presentar los argumentos por los cuales no se accede a la entrega de la información ya que de entregarse se causaría un daño presente, probable y específico, a lo que la Corte Constitucional agrega el requisito de “significativo”, a uno de los intereses públicos señalados en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014. Este mandato no fue cumplido por la UNGRD, como puede verse a lo largo de su respuesta, y en especial en el siguiente párrafo que parece buscar, sin lograrlo, descargar esta obligación:

“El daño que se presenta con la divulgación de la información solicitada, tiene que ver con que el Estado colombiano se vería envuelto en escenarios de incumplimiento contractual, considerando que cada uno de los acuerdos suscritos, se encuentra cobijado por cláusulas de confidencialidad sobre las que se exige obligatorio cumplimiento, so pena de comprometer el suministro de las dosis de vacuna adquiridas, sin perjuicio de lo que esa circunstancia implicaría para la continuidad del Plan Nacional de Vacunación.”

El texto de la respuesta es ambiguo, por lo que es necesario clarificarlo. En ese orden de ideas, refiere el párrafo citado a dos entidades: 1) la información solicitada; 2) las cláusulas de confidencialidad que se vulnerarían si se entregase la información solicitada. Pero toda vez que la información solicitada es el contenido de las cláusulas de confidencialidad de los acuerdos para la adquisición de vacunas, solo son posibles dos escenarios: a) existen unas cláusulas de confidencialidad terceras que impiden la comunicación de las cláusulas de confidencialidad (las solicitadas) que a su vez impiden la comunicación de los acuerdos; b) las cláusulas de confidencialidad solicitadas impiden a su vez la comunicación de su contenido.

En el caso a), la argumentación se basa en la existencia de unas cláusulas sobre unas cláusulas y cuyo incumplimiento supondría el compromiso de las vacunas adquiridas. Sin embargo, no se comunica en la respuesta el contenido de dichas cláusulas, lo que implica un incumplimiento de la carga de la prueba, en los términos exigidos por la Ley 1712 de 2014. Por que como ya lo referimos, las cláusulas de confidencialidad sobre las cláusulas de confidencialidad, ya no tienen relación con el interés constitucionalmente protegido de la salud pública. Y si este es el caso, nos deberían ser entregadas.

El caso b), la existencia de unas cláusulas de confidencialidad que determinan la reserva de sí mismas supone la denegación de un derecho fundamental imposible de controvertir. De modo más grave que el anterior, la prueba del daño no se entregaría porque se autorreserva. La mera posibilidad de la existencia de este tipo de cláusulas supondría el quiebre del régimen de la Ley 1712 de 2014 y la desaparición *de facto* del derecho de acceso a la información pública, pues bastaría que el Estado estableciese la reserva de cualquier información en un documento que se reserva a sí mismo para poder denegar el acceso a información pública, sin que exista la posibilidad de escrutar la legalidad y constitucionalidad de dicha denegación, pues se basaría

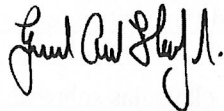
en una disposición cuyo contenido es desconocido. Un escenario de pura arbitrariedad y además exenta de cualquier tipo de control ciudadano.

No basta con la existencia de una cláusula de confidencialidad para impedir el acceso a información pública; el contenido de la misma debe ser acorde a Derecho. La pregunta central es, por tanto, ¿qué fin jurídicamente legítimo justifica la reserva de una cláusula de confidencialidad? Si la respuesta pasa única y exclusivamente por la fuerza del hecho de que así lo exigen las farmacéuticas, estaríamos ante la situación en la que un actor privado puede dejar sin vigencia, aunque sea temporalmente, nuestro régimen constitucional de derechos fundamentales. Esa posibilidad es inadmisibile y no está prevista en nuestra Constitución, ni en nuestra ley de transparencia.

3. Notificaciones

Recibimos notificaciones en los correos electrónicos vnewman@dejusticia.org, andres.hernandez@transparenciacolombia.org.co, ca.rodriguez.castro@gmail.com, coordinacion@pan.org.co, y direccionejecutiva@ocasa.org.co

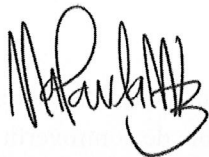
Atentamente y en espera de su oportuna respuesta,



Gerardo Andrés Hernández Montes
Director
Corporación Transparencia por Colombia
C.C. 79.948.827



Vivian Newman Pont
Directora
Dejusticia
C.C. 32.691.759



María Paula Martínez Concha
Coordinadora
Proyecto Antonio Nariño
C.C. 1.020.715.323



Carlos Rodríguez Castro
Director
Corporación OCASA
C.C. 1.010.176.436