



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

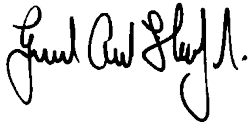
en una disposición cuyo contenido es desconocido. Un escenario de pura arbitrariedad y además exenta de cualquier tipo de control ciudadano.

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 inadmisibles y no está prevista en nuestra Constitución, ni en nuestra ley de transparencia.

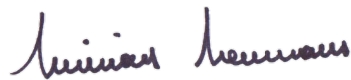
3. Notificaciones

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