CCE-DES-FM-17

**ACCESO A DOCUMENTACIÓN PÚBLICA – Derecho fundamental – Transparencia – Información contractual**

El artículo 74 de la Constitución Política establece que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley». Esta disposición constitucional consagra el derecho fundamental de acceso a la información y a la documentación pública, salvo causal de reserva expresamente prevista en la Ley. Tal derecho se regula integralmente en la Ley 1712 de 2014 «Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional». Esta Ley establece el *deber de divulgación proactiva de la información* e indica que las entidades estatales deben publicar su información contractual (artículos 9, literales c, e y f; 10 y 11, literal g). El Decreto 1081 de 2015, en los arts. 2.1.1.2.1.5. al 2.1.1.2.1.10., reglamenta el deber de las entidades estatales de publicar su información contractual en el SECOP, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

**SECOP – Deber de publicación – Información contractual**

**En conclusión, con base en los fundamentos normativos y argumentos expuestos, además del Plan Anual de Adquisiciones, las entidades estatales regidas por el EGCAP deberán publicar en SECOP los documentos expedidos con ocasión del *proceso de contratación* […].**

**RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Actividad contractual – Información Pública – Máxima publicidad – Deberes – Divulgación parcial – Divulgación de la existencia**

[…] Aunque el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, *prima facie,* como información pública, cuando dicha documentación contenga información sometida a alguna reserva, que establezca la Constitución o la ley, operan algunas restricciones a su publicidad. Sin embargo, esto no necesariamente convierte el documento completo en reservado, es decir, en un documento que no puede publicarse. En efecto, el principio o regla general consiste en la máxima publicidad de la información pública y lo excepcional es la reserva, razón por la cual el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 incluso exige la divulgación parcial de la información contenida en un documento, cuando este contenga parte de información sometida a reserva, pero también incluya información que no esté afectada por la reserva. Además dicha disposición establece que la reserva de acceso a la información opera respecto al contenido de un documento público, pero no respecto de su existencia.

**RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Fundamento – Constitución – Ley – Aplicación – Procesos contractuales**

[…] por regla general o principio aplica la publicación proactiva de la información pública, incluyendo la relacionada en materia contractual, mediante su publicación en el SECOP, en la forma establecida en el numeral 2.1. de este documento. Sin embargo, reiterando una idea recurrente en este concepto, es posible que el constituyente o el legislador establezca *reservas* de cierta información pública. En este sentido, en desarrollo de cualquier proceso contractual, independientemente de la modalidad de selección, es posible que los documentos del proceso contengan información sometida a reserva, de acuerdo con las causales establecidas en la Constitución o en la ley, de manera que con fundamento en ellas corresponderá determinar a cada entidad estatal cuándo determinada información o documento está sometido a reserva, caso en el cual, este no debe ser publicado en el SECOP, de manera que dependiendo del supuesto en particular puede dejar de publicarse un documento o parte de él, por contener información reservada.

**RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Aplicación en cualquier proceso contractual – Contratación Estatal – Análisis particular**

De esta manera, en relación con la pregunta del peticionario, en desarrollo de un proceso de selección adelantado con fundamento en la causal de selección abreviada del artículo 2.2.1.2.1.2.26. –que reglamenta la causal del literal i, numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– o de cualquier otro procedimiento de selección, los documentos del proceso que contengan información reservada de acuerdo con alguna causal establecida en la Constitución o la ley no serán objeto de publicación en el SECOP. En tal sentido, el hecho de que el artículo 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015, al desarrollar la causal de contratación directa del literal d), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establezca que «Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva», no implica desconocer que en los demás procedimientos de selección sean aplicables las reservas, en caso de que eventualmente resulten aplicables.

En tal sentido, es posible que en cualquier procedimiento de selección se prescinda de publicar determinada información que esté reservada de acuerdo con la Constitución o la ley. Sin embargo, como se explicó con anterioridad, esto es lo excepcional, por lo que solo deberá omitirse la publicación de información de los documentos del proceso o parte de estos cuando aplique alguna de las reservas indicadas, correspondiéndole a cada entidad estatal definir en particular, frente a cada proceso contractual en específico, la procedencia de omitir publicar determinada información en el SECOP, debiéndose cumplir, en todo caso, los demás deberes establecidos en particular en la Ley 1712 de 2014.



Señor

**Carlos Andrés Sambo Tafur**

Bogotá, D.C.

**Concepto C ‒ 104 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ACCESO A DOCUMENTACIÓN PÚBLICA – Derecho fundamental – Transparencia – Información contractual / SECOP – Deber de publicación – Información contractual / RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Actividad contractual – Información Pública – Máxima publicidad – Deberes – Divulgación parcial – Divulgación de la existencia / RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Fundamento – Constitución – Ley – Aplicación – Procesos contractuales / RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Aplicación en cualquier proceso contractual – Contratación Estatal – Análisis particular |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20210211001157 |

Estimado señor Sambo Tafur.

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 11 de febrero de 2021.

1. **Problema planteado**

El peticionario realizó las siguientes preguntas: «[…] conforme la naturaleza reservada de algunos de los procesos contractuales que realiza la Armada de Colombia, es bien sabido que de conformidad con la normatividad existente como lo es el Decreto No. 1082 de 2015 en su **artículo “*No. 2.2.1.2.1.4.6.*Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.** *Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas”.*

»Teniendo en cuenta el artículo antes mencionado, se eleva la consulta en el sentido de saber si al existir un proceso cuyos documentos requieren reserva para su adquisición, se encuentran también exentos respecto del **Artículo “2.2.1.2.1.2.26.** **Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional del Decreto No. 1082 de 2015”**,con el fin que se prescinda de la **PUBLICACION** en el portal transaccional del SECOP II; atendiendo a la misionalidad de esta institución como parte integral de las Fuerzas Militares de Colombia, y propendiendo así por la seguridad nacional».

1. **Consideraciones**

Para abordar los interrogantes planteados se analizarán los siguientes temas: i) el deber de publicar la información contractual en el SECOP, como garantía del derecho fundamental a acceder a la documentación pública y ii) la reserva de información pública como límite al deber de divulgación proactiva de la información en la contratación estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha tenido la oportunidad de estudiar en diferentes ocasiones los temas que se abordarán en el presente concepto, relacionados con la publicación de documentación contractual en las plataformas SECOP I y SECOP II. Así lo hizo en el concepto con radicado No. 4201912000007253 del 4 de diciembre de 2019, reiterado en el concepto con radicado No. 4201912000007289 de la misma fecha, así como en el C-336 del 2 de junio de 2020, donde se estudió la publicidad de los procedimientos contractuales en el SECOP I y SECOP II, respecto de entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En los conceptos C-046 del 19 de febrero de 2020, C-095 del 16 de marzo de 2020, C-197 del 26 de marzo de 2020, C-170 del 6 de abril de 2020, C-172 del 6 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020 y C-015 del 29 de abril de 2020, se analizó el SECOP I como medio de publicidad de las actuaciones contractuales, la naturaleza transaccional y obligatoriedad de SECOP II y los documentos que deben publicarse en estas plataformas. Dichas ideas se unificaron en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, reiterado en el C-672 del 11 de noviembre de 2020, cuyas consideraciones se reiteran y complementan en lo pertinente.

**2.1. Derecho de acceso a la información y a la documentación pública. Su garantía en la contratación estatal materializada en el deber de publicar la información contractual en el SECOP**

El artículo 74 de la Constitución Política establece que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley». Esta disposición constitucional consagra el derecho fundamental de acceso a la información y a la documentación pública, salvo causal de reserva expresamente prevista en la Ley. Tal derecho se regula integralmente en la Ley 1712 de 2014 «Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional». Esta Ley establece el *deber de divulgación proactiva de la información* e indica que las entidades estatales deben publicar su información contractual (artículos 9, literales c, e y f; 10 y 11, literal g). El Decreto 1081 de 2015, en los arts. 2.1.1.2.1.5. al 2.1.1.2.1.10., reglamenta el deber de las entidades estatales de publicar su información contractual en el SECOP, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[[1]](#footnote-2).

 El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos».

 De otra parte, la Ley 1712 de 2014 identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública los de máxima publicidad y transparencia en la información. El principio de máxima publicidad establece 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»[[2]](#footnote-3). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

 La ley citada establece en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[3]](#footnote-4), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue en principio desarrollada por el Decreto 103 de 2015, hoy compilado en el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[4]](#footnote-5), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–.

 Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP.

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto de 4 de diciembre de 2019 –4201912000007289–, sostuvo que la disposición del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 debe armonizarse con lo dispuesto por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

En la anterior disposición se relacionan los documentos que se deben publicar en el SECOP, como un desarrollo de los principios de transparencia y publicidad, que busca permitir, mediante la publicación, que la ciudadanía pueda conocer la actividad contractual de las entidades. Lo anterior por cuanto tales documentos dan cuenta de las decisiones de la Administración pública en beneficio del interés general y que, por tanto, incumben a la ciudadanía.

 Del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 se desprende un deber de publicar las actuaciones contractuales, el cual implica que todas las entidades estatales publiquen los documentos en los que se evidencia el desarrollo de sus procesos de contratación. Esto, comoquiera que el objetivo del deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir en las decisiones de la Administración Pública.

Ahora bien, las entidades estatales, conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, tienen la obligación de publicar en el SECOP «[…] los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición […]». La expresión *Documentos del Proceso* está definida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, donde se establece que: «son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación».

No obstante, para identificar los documentos que deben publicarse, es necesario realizar una interpretación sistemática de las disposiciones del Decreto 1082 del 2015, ya que el anterior no es un listado taxativo, sino enunciativo, porque además de los documentos enlistados, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 *Ibídem* recoge en la noción de *Documentos del Proceso* «cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el *Proceso de Contratación»*. Este mismo artículo define la expresión *Proceso de Contratación* como el «Conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde».

Nótese que la norma hace referencia a los documentos «expedidos por la entidad estatal» durante el proceso de contratación, excluyendo de la noción de *Documentos del Proceso* los expedidos por un sujeto distinto a la entidad, salvo la oferta, la cual se incluye expresamente en el artículo 2.2.1.1.1.3.1.

En ese sentido, la interpretación sistemática de los preceptos del Decreto 1082 de 2015, de acuerdo con el principio de publicidad, inicialmente, indica que las entidades estatales tienen la obligación de publicar todos los documentos que expidan con ocasión del *Proceso de Contratación*. Así, desde la fase de planeación hasta «el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde», lo que significa que todos los documentos expedidos por la entidad durante las etapas precontractual, de ejecución y postcontractual deberán ser publicados en SECOP dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, para cumplir el deber de publicidad regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

De conformidad con lo anterior, esta interpretación de las disposiciones analizadas permite incorporar al EGCAP importantes principios desarrollados por la normativa de la transparencia y acceso a la información pública. Entre *estos principios se encuentran el de* máxima publicidad para un titular universal*[[5]](#footnote-6)*, transparencia, facilitación y divulgación proactiva de la información*[[6]](#footnote-7)*. Lo anterior en la medida en que, al ampliarse la actividad contractual sobre la que recae el deber de publicación, se divulga un mayor volumen de información, que de por sí es pública, mediante un mecanismo como el SECOP. Esta plataforma facilita el acceso a la misma desde cualquier dispositivo con acceso a internet. De este modo, garantiza mayor transparencia, al obligarse a las entidades estatales a publicar sus actuaciones de manera proactiva y rutinaria. Ello permite que la ciudadanía conozca con detalle y actualidad el desarrollo de la gestión contractual de la Administración, fomentándose en la contratación pública estándares altos de transparencia.

**En conclusión, con base en los fundamentos normativos y argumentos expuestos, además del Plan Anual de Adquisiciones, las entidades estatales regidas por el EGCAP deberán publicar en SECOP los documentos expedidos con ocasión del *proceso de contratación*. Entre estos documentos se encuentran: el estudio de oportunidad y conveniencia;** los estudios y documentos previos –técnicos o no–; el aviso de convocatoria; el proyecto de pliego de condiciones y las observaciones que le formulen; el pliego de condiciones o la invitación.

 De igual manera, dentro de los documentos del proceso, se deben publicar en el SECOP las observaciones que se les realicen al pliego de condiciones; las actas de la audiencia de asignación de riesgos; el acta de cierre del plazo para presentar ofertas; y las adendas.

En procesos cuya publicación deba realizarse en SECOP I, se debe publicar la oferta del adjudicatario y las aclaraciones que se le realicen; el informe de evaluación y las observaciones que se formulen; las respuestas a las observaciones; el contrato y los otrosíes o modificaciones; el acta de inicio; las garantías y el acta de liquidación.

También deben publicarse en el SECOP los actos administrativos expedidos con ocasión del procedimiento de selección o la ejecución del contrato, como las resoluciones de apertura, de adjudicación, las que se impongan multas, la cláusula penal o declaren la caducidad del contrato; así como los documentos de los procesos por incumplimiento contractual que se lleven a cabo conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como la citación, las pruebas que se practiquen, la resolución que resuelve la actuación y demás documentos que se produzcan.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que en virtud del principio de transparencia, específicamente por cuenta de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[7]](#footnote-8), así como por el principio de máxima publicidad establecido en el artículo 2 de la Ley 1712 de 2014[[8]](#footnote-9), el contenido del expediente en el que reposa la actuación es información pública, independientemente de si se trata de documentos que deban ser publicados en SECOP. Por lo anterior, el contenido del expediente puede ser objeto de solicitud de copias, en ejercicio del derecho de petición, en cualquier momento del proceso de selección, en la medida en que las normas señaladas no imponen ningún condicionamiento, así que podrán solicitarlas cualquier persona, en desarrollo de la vigilancia de la contratación pública, cuestión que podría interesar a cualquier ciudadano[[9]](#footnote-10). Esta posibilidad solo se encuentra limitada respecto de la documentación que tenga la calidad de reservada[[10]](#footnote-11), que deberá someterse al tratamiento establecido en el artículo 36 del CPACA, en lo relativo a la formación de cuadernos separados[[11]](#footnote-12).

**2.2. La reserva de información pública como límite al deber de divulgación proactiva de la información en la contratación estatal**

No obstante lo expresado en el numeral anterior, vale la pena aclarar que el cumplimiento del deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen. Lo anterior significa que respecto de la información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose, de ser el caso, de publicar algunos documentos del proceso contractual o algunos apartes de dichos documentos en los que se evidencie este tipo de información.

En otras palabras, aunque el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, *prima facie,* como información pública, cuando dicha documentación contenga información sometida a alguna reserva, que establezca la Constitución o la ley, operan algunas restricciones a su publicidad. Sin embargo, esto no necesariamente convierte el documento completo en reservado, es decir, en un documento que no puede publicarse. En efecto, el principio o regla general consiste en la máxima publicidad de la información pública y lo excepcional es la reserva, razón por la cual el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 incluso exige la divulgación parcial de la información contenida en un documento, cuando este contenga parte de información sometida a reserva, pero también incluya información que no esté afectada por la reserva. Además dicha disposición establece que la reserva de acceso a la información opera respecto al contenido de un documento público, pero no respecto de su existencia[[12]](#footnote-13).

Por ello, el artículo 74 de la Constitución, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Así mismo, hay información que goza de protección especial y no puede divulgarse. La información pública que contiene datos semiprivados o privados, definidos en los literales g) y h) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008, clasificados o reservados, según los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, o datos personales o sensibles, según lo previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley 1581 de 2012 y en el artículo 2.2.2.25.1.3., numeral 3 –que compiló al Decreto 1377 de 2013 (art. 3)–, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas. Lo anterior no quiere decir que todo el documento se convierta en reservado, sino que se debe proceder como se indica a continuación.

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial o está sometida a reserva. Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal puede dejar de publicar algún documento del proceso o aparte del mismo que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar los demás documentos o los apartados de los mismos que no gozan de reserva.

En efecto, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de las altas cortes, la reserva de información pública solo puede crearla el constituyente o el legislador. Además, como se viene explicando, para efectos de la consulta realizada a la Agencia, las Leyes estatutarias 1712 de 2014 y la 1755 de 2015 –que sustituyó los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011– establecen reservas particulares de información pública, coincidiendo ambas en establecer la reserva relacionada con la «defensa y seguridad nacional»[[13]](#footnote-14). En armonía con lo anterior, cabe reiterar lo que se afirmó anteriormente en el sentido de que la creación de reservas de información pública es un asunto reservado al legislador o el constituyente. De esta manera, en relación con la causal de contratación directa del literal d), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada parcialmente en el artículo 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015 –que compiló el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013–, el Consejo de Estado en sentencia del 24 de mayo de 2018, realizó un pronunciamiento de mucha relevancia para efectos de la consulta del peticionario, estableciendo en relación con la reserva de información lo siguiente[[14]](#footnote-15):

Finalmente, resulta importante añadir que, de acuerdo con la Corte Constitucional [62][[15]](#footnote-16), la reserva a la que se refiere la causal legal de contratación directa en cuestión [refiriéndose al literal d), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007] no constituye una fórmula abierta que cobije cualquier información concerniente a los contratos suscritos al amparo de la misma y, de conformidad con el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado [63][[16]](#footnote-17), la determinación precisa y clara de su contenido implica un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que, por causa de la defensa y seguridad nacional, debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones que deban hacer constar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. (Corchetes fuera del original).

 En las líneas anteriores el Consejo de Estado armoniza la regulación en materia contractual con el esquema legal en materia de reserva de información pública. Manteniendo dicha argumentación, en la misma providencia, al decidir sobre la legalidad del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, compilado actualmente en el artículo 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015 –que es una de las disposiciones a las que hace referencia el peticionario–, reiteró la anterior argumentación precisando que:

En este punto es preciso advertir que para el caso de lo establecido en la letra d) del número 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionales debe reservarse la información contractual que corresponda.

Lo anterior no quiere desconocer que la decisión de una entidad que decida no entregar determinada información, soportándose en la reserva legal, debe suponer la aplicación de normas de rango constitucional o legal que la consagran y cuyo correcto ejercicio dependerá de la adecuada motivación de dicha decisión. En otras palabras, aunque las normas que consagran la reserva legal implican un ejercicio reglado de funciones en cuanto concierne con la limitación en el acceso a determinado tipo de información, en últimas son los servidores públicos los responsables de asegurar que dicha limitación sea aplicada de forma restrictiva y sin hacerla extensiva a supuestos no previstos por el legislador.

En definitiva, dado que le corresponde al legislador y no al Gobierno Nacional determinar las limitaciones al acceso de la información concerniente a los bienes y servicios que adquieran las entidades estatales al amparo del literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el inciso segundo y las 20 categorías del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 comportan una extralimitación en el ejercicio de la función reglamentaria e invaden la órbita competencial del Congreso de la República, por lo cual resulta menester expulsarla del ordenamiento jurídico declarando su nulidad.

Así las cosas, de conformidad con las demás consideraciones expuestas en este concepto, cabe reiterar la idea en que se ha insistido de forma recurrente, en el sentido de que la definición de las reservas de información pública es un asunto reservado al constituyente y al legislador. Además, en desarrollo de cualquier proceso contractual, independientemente de la modalidad de selección, es posible que los documentos del proceso contengan información sometida a reserva, de acuerdo con las causales establecidas en la Constitución o en la ley, de manera que con fundamento en ellas corresponderá determinar a cada entidad estatal cuándo determinada información, documento o documentos del procesos están sometidos a reserva, caso en el cual, estos no deberán publicarse en el SECOP, de manera que dependiendo del supuesto en particular pueden dejar de publicarse estos documentos o parte de ellos, por contener información reservada.

Sin embargo, como se indicó, la definición anterior corresponde realizarla a cada entidad estatal en particular, de acuerdo con la información que contengan los documentos del proceso contractual en específico, los cuales deben analizarse de acuerdo con las reservas establecidas por la Constitución y la ley, observando los demás deberes establecidos en el ordenamiento, particularmente la regulación establecida de la Ley estatutaria 1712 de 2014, que establece, entre otros, el deber de publicación parcial –art. 21–, que se desarrolló con anterioridad y la obligación de mantener un «índice de información clasificada y reservada»[[17]](#footnote-18).

De esta manera, en relación con la pregunta del peticionario, en desarrollo de un proceso de selección adelantado con fundamento en la causal de selección abreviada del artículo 2.2.1.2.1.2.26. –que reglamenta la causal del literal i, numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– o de cualquier otro procedimiento de selección, los documentos del proceso que contengan información reservada de acuerdo con alguna causal establecida en la Constitución o la ley no serán objeto de publicación en el SECOP. En tal sentido, el hecho de que el artículo 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015, al desarrollar la causal de contratación directa del literal d), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establezca que «Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva», no implica desconocer que en los demás procedimientos de selección sean aplicables las reservas, en caso de que eventualmente resulten aplicables.

En tal sentido, es posible que en cualquier procedimiento de selección se prescinda de publicar determinada información que esté reservada de acuerdo con la Constitución o la ley. Sin embargo, como se explicó con anterioridad, esto es lo excepcional, por lo que solo deberá omitirse la publicación de información de los documentos del proceso o parte de estos cuando aplique alguna de las reservas indicadas, correspondiéndole a cada entidad estatal definir en particular, frente a cada proceso contractual en específico, la procedencia de omitir publicar determinada información en el SECOP, debiéndose cumplir, en todo caso, los demás deberes establecidos en particular en la Ley 1712 de 2014.

**3. Respuestas**

«[…] conforme la naturaleza reservada de algunos de los procesos contractuales que realiza la Armada de Colombia, es bien sabido que de conformidad con la normatividad existente como lo es el Decreto No. 1082 de 2015 en su **artículo “*No. 2.2.1.2.1.4.6.*Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.** *Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas”.*

»Teniendo en cuenta el artículo antes mencionado, se eleva la consulta en el sentido de saber si al existir un proceso cuyos documentos requieren reserva para su adquisición, se encuentran también exentos respecto del **Artículo “2.2.1.2.1.2.26.** **Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional del Decreto No. 1082 de 2015”**,con el fin que se prescinda de la **PUBLICACION** en el portal transaccional del SECOP II; atendiendo a la misionalidad de esta institución como parte integral de las Fuerzas Militares de Colombia, y propendiendo así por la seguridad nacional».

De conformidad con las consideraciones expuestas en este concepto, por regla general o principio aplica la publicación proactiva de la información pública, incluyendo la relacionada en materia contractual, mediante su publicación en el SECOP, en la forma establecida en el numeral 2.1. de este documento. Sin embargo, reiterando una idea recurrente en este concepto, es posible que el constituyente o el legislador establezca *reservas* de cierta información pública. En este sentido, en desarrollo de cualquier proceso contractual, independientemente de la modalidad de selección, es posible que los documentos del proceso contengan información sometida a reserva, de acuerdo con las causales establecidas en la Constitución o en la ley, de manera que con fundamento en ellas corresponderá determinar a cada entidad estatal cuándo determinada información o documento está sometido a reserva, caso en el cual, este no debe ser publicado en el SECOP, de manera que dependiendo del supuesto en particular puede dejar de publicarse un documento o parte de él, por contener información reservada.

Sin embargo, como se indicó, la definición anterior corresponde realizarla a cada entidad estatal en particular, de acuerdo con la información que contengan los documentos del proceso contractual en específico, los cuales deben analizarse de acuerdo con las reservas establecidas por el legislador o el constituyente, observando los demás deberes establecidos en el ordenamiento jurídico. Concretamente, la regulación establecida de la Ley estatutaria 1712 de 2014, que establece, entre otros, el deber de publicación parcial –art. 21–, que se desarrolló con anterioridad y la obligación de mantener un «índice de información clasificada y reservada», por señalar algunos aspectos relevantes.

De esta manera, en desarrollo de un proceso de selección adelantado con fundamento en la causal de selección abreviada del artículo 2.2.1.2.1.2.26. –que reglamenta la causal del literal i, numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– o de cualquier otro procedimiento de selección, los documentos del proceso que contengan información reservada de acuerdo con alguna causal establecida en la Constitución o la ley no serán objeto de publicación en el SECOP. En tal sentido, el hecho de que el artículo 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015, al desarrollar la causal de contratación directa del literal d), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establezca que «Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva», no implica desconocer que en los demás procedimientos de selección sean aplicables las reservas, en caso de que eventualmente resulten aplicables.

En tal sentido, es posible que en cualquier procedimiento de selección se prescinda de publicar determinada información que esté reservada, por ejemplo, con fundamento en las causales del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, literal a; o el artículo 24, numeral 1, del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, ambas relacionadas con la defensa o seguridad nacional[[18]](#footnote-19). Sin embargo, como se explicó con anterioridad, esto es lo excepcional, por lo que solo deberá omitirse la publicación de información de los documentos del proceso o parte de estos cuando aplique alguna de las reservas, correspondiéndole a cada entidad estatal definir y justificar en particular, frente a cada proceso contractual en específico, la procedencia de omitir publicar determinada información en el SECOP, debiéndose cumplir, en todo caso, los demás deberes establecidos, entre otros, en las Leyes estatutarias citadas en este párrafo.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboraron: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. 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». [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

»a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». Obsérvese que este artículo no efectúa distinción alguna sobre el régimen jurídico aplicable a los sujetos obligados. [↑](#footnote-ref-4)
4. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

[…].

»Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1712 de 2014 «Artículo 2°.Principio de máxima publicidad para titular universal. 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». [↑](#footnote-ref-6)
6. Ley 1712 de 2014 « Artículo 3°.Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública. En la interpretación del derecho de acceso a la información se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios:

  »Principio de transparencia. Principio conforme al cual 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.

   […]

   »Principio de facilitación. En virtud de este principio los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.

   […]

   » Principio de la divulgación proactiva de la información. El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros […]». [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 80 de 1993 «Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

[…]

»4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios».

 [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 1712 de 2014«Artículo 2°.Principio de máxima publicidad para titular universal. 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». [↑](#footnote-ref-9)
9. MATALLANA CAMACHO Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma a la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia, Cuarta edición, 2015, pp 139.

 [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 1437 de 2011 «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

»2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.

»3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

»4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

»5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

»6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

»7. Los amparados por el secreto profesional.

»8. Los datos genéticos humanos.

»Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información». [↑](#footnote-ref-11)
11. Resultan relevantes las consideraciones expuestas en el concepto C- 322 del 16 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005088–, sobre la aplicación del artículo 36 del CPACA en torno al manejo de información reservada en cuadernos separados: «tratándose de información sometida a reserva, considera esta Agencia que el tratamiento que corresponde a esta información es el procedente a partir de lo dispuesto en el artículo 36 del CPACA sobre la formación y examen de expedientes, en el que se establece que los documentos sometidos a reserva deberán insertarse en un cuaderno separado del expediente principal, el cual no podrá ser consultado por la ciudadanía o interesados en general. El manejo de estos documentos conforme lo indica esta norma, permite guardar la reserva a la que están sometidos dichos documentos en el marco de procesos de contratación, sin que se vean lesionados los intereses de los titulares de la información o contrariadas las normas del régimen de protección de datos personales». [↑](#footnote-ref-12)
12. «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.

»Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones». [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 1712 de 2014. «Art. 19 Información exceptuada por daño a los intereses públicos. 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;».

De otro lado, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015 establece: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales». [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Exp. 50.222. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-15)
15. (Cita propia de la sentencia) Sentencia C-274/13. MP. María Victoria Calle Correa. En esta providencia la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del parágrafo 2 del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado*,* “*por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional*” - hoy Ley 1712/04 -, el cual exceptuaba de la aplicación de dicha ley varias normas, entre ellas, el literal d) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07. Indicó dicha Corporación *“Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP).*

*"Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional. Así por ejemplo, con esta fórmula abierta, quedan cobijadas por la reserva tanto el detalle de gastos reservados como la cuantía de los mismos, impidiendo así el control ciudadano sobre la forma como las entidades utilizan los recursos. También podían quedar amparados el contenido de un documento público y su existencia, y todo tipo de información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional.*

*"Por lo anterior, este parágrafo desconoce el principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, según el cual el legislador puede establecer límites al acceso a la información pública que sean excepcionales, ‘razonables y ajustadas a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales’ ".* [↑](#footnote-ref-16)
16. (Cita propia de la sentencia) CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-17)
17. «Artículo 20. Índice de información clasificada y reservada. Los sujetos obligados deberán mantener un índice actualizado de los actos, documentos e informaciones calificados como clasificados o reservados, de conformidad a esta ley. El índice incluirá sus denominaciones, la motivación y la individualización del acto en que conste tal calificación». [↑](#footnote-ref-18)
18. Ley 1712 de 2014. «Art. 19 Información exceptuada por daño a los intereses públicos. 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;».

De otro lado, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015 establece: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales». [↑](#footnote-ref-19)