202430001378
Fecha Radicado: 2024-12-03 14:43:12.38

MEMORANDO

No. Radicado: **202430001378**
Bogotá D.C., 03/12/2024

PARA: SERGIO ALEJANDRO MAZO BOHÓRQUEZ, Coordinador Grupo Interno de Trabajo Gestión Contractual

DE: ALIE ROCIO RODRÍGUEZ PINEDA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Respuesta a la solicitud de concepto con radicado 202430000972

Respetado Coordinador:

Consulta la viabilidad de aplicar reserva para la publicidad en el SECOP II de los documentos relacionados con los procesos de contratación para la selección de peritos en la modalidad de contratación directa con ocasión a las controversias de inversión iniciadas contra el Estado Colombiano, teniendo en cuenta que con la publicidad de los estudios previos, documentos de peritos y contratos se podría exponer información estratégica para la defensa del Estado Colombiano, y formula tres interrogantes que se proceden a contestar:

PREGUNTA:

"1- Dado que las causales de reserva son taxativas, ¿en qué disposiciones específicas de la normativa colombiana se puede justificar la aplicación de la reserva que se plantea sobre los contratos mencionados?".

RESPUESTA.

Establece el artículo 74 de la Constitución Política que:" Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley". En línea con ello, el artículo 209 ídem establece que la función administrativa se desarrolla con fundamento en el principio de publicidad, entre otros.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 establece que "*Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:*

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

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".*

Ahora bien, la información contentiva de la estrategia de defensa jurídica que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado adelante para proteger los intereses litigiosos del estado es reservada. Esto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de Ley 1955 de 2019, el cual dispone:

> ***"ARTÍCULO 129. RESERVA LEGAL DE LAS ESTRATEGIAS DE DEFENSA JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL.*** *Las estrategias de defensa jurídica nacional e internacional gozarán de reserva legal conforme lo dispuesto en los literales e) y h) y el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, o la norma que los modifique, adicione o sustituya.*
>
> *Las estrategias de defensa jurídica nacional e internacional son los documentos, conceptos, lineamientos e información a los que acuden la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y/o las entidades públicas encargadas de hacer efectiva la defensa jurídica del Estado y de proteger sus intereses litigiosos.*
>
> *La reserva cubrirá todas las etapas de la controversia o del proceso respectivo. Podrán publicarse parcialmente documentos y piezas de información cuya revelación no afecte la estrategia de defensa o los intereses legítimos del Estado.*
>
> ***PARÁGRAFO PRIMERO.*** *Cuando la publicación de los acuerdos o contratos producto del uso de los mecanismos alternativos de arreglo directo o negociaciones en materia de conflictos de inversión en el ámbito*

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

internacional, pueda incidir en la gestión de otros procesos o acuerdos, estos podrán ser materia de reserva."

A su turno, el artículo 19, ordinales e y f, de la Ley 1712 de 2014, establece lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 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:*
> *(…)*
> *e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;*
> *f) La administración efectiva de la justicia"*

Con fundamento en lo precedente, esta Agencia ha señalado algunos documentos que podrían ser catalogados como parte de la estrategia de defensa de las entidades públicas, entre ellos se relacionan los siguientes:

> *"a) el diagnóstico de las circunstancias que generan riesgo de litigio;*
>
> *b) la estimación y la valoración de los riesgos asociados a los procesos judiciales y su provisión contable;*
>
> *c) los documentos, conceptos, lineamientos y políticas en materia de prevención del daño antijurídico;*
>
> *d) los documentos, conceptos, lineamientos y políticas en relación con el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el campo nacional, y de arreglo directo, negociaciones o consultas en materia de inversión extranjera y e) los documentos, conceptos, lineamientos y políticas de defensa judicial nacional e internacional, y arbitral de carácter general y particular.*
>
> *Además, también pueden ser considerados objeto de reserva los documentos o información que contengan (i) opiniones o puntos de vista expresados en los procesos deliberativos que dieron lugar a la estructuración de la estrategia de defensa o la representación judicial, como por ejemplo, las actas o análisis de los Comités de Conciliación; (ii) la estrategia procesal que asumirán las entidades o el Estado y que pueden definir la suerte del litigio nacional o internacional; (iii) las debilidades y las fortalezas de las entidades o el Estado frente a las demandas y reclamaciones que contra ellas se formulen; (iv) la actividad probatoria que se desarrollará en los distintos procesos judiciales; (v) los argumentos y contraargumentos que podrían esbozarse por los interesados; y (vi) los*

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

mínimos y máximos de negociación que podrían implementarse en el marco de un acuerdo en que sea parte el Estado."[1]

Bajo ese entendido, los documentos, conceptos, lineamientos e información antes mencionada, en cuanto se relacionen con la estrategia de defensa se encuentran sujetos a reserva.

Lo anterior no implica que la Agencia pueda considerarse autorizada para contratar de forma directa y reservada cuando el objeto contractual se relacione con un litigio en curso. El marco normativo se refiere es a determinados documentos que, luego de examinados de manera individual, se determine que contienen elementos de la estrategia de defensa. Por ello no sería viable concluir que todo el proceso contractual tiene carácter reservado. En este sentido es pertinente recordar que la reserva es una excepción al principio de publicidad en materia contractual, por lo que la aplicación de ésta es de carácter restrictivo y solo aplica para los documentos que, analizado su contenido se verifique que son de carácter reservado.

Y es que justamente para materializar la trasparencia y el principio de publicidad, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 estableció el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, *Secop*, el cual "c) 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". Esto implica que, por regla general, sea esta una herramienta para dar publicidad a todos los documentos de la gestión contractual.

Y, en la misma línea, los artículos 2.1.1.2.1.5[2] al 2.1.1.2.1.10. del Decreto 1081 de 2015 reglamentan el deber de publicar la información en SECOP, y en particular el artículo 2.1.1.2.1.7. dispone lo siguiente:

"*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 cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.
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)".

---

[1] https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/?smd_process_download=1&download_id=11788

[2] ***PARÁGRAFO 2.*** *La publicación de la información de los contratos de prestación de servicios en el Sistema de Gestión del Empleo Público (SIGEP) no releva a los sujetos obligados que contratan con recursos públicos de la obligación de publicar la actividad contractual de tales contratos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).*

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

A su turno, el Decreto 1082 de 2015, determina lo siguiente:

"***Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el Secop.*** *La Entidad Estatal está obligada a 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 oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.*

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto".

Además de lo anterior, para determinar el alcance del deber de publicar, es pertinente señalar que el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, a manera enunciativa, establece que los documentos del proceso "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".

PREGUNTA

> ***"2. ¿En caso de que sea viable la reserva, se podría utilizar la funcionalidad de SECOP II en la cual no se da publicidad a los documentos relacionados con el contrato?* "**

RESPUESTA

Respecto de la gestión de los documentos con carácter reservado dentro de los procesos de contratación estatal es necesario acotar que el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 imponen a las autoridades la obligación de publicar los actos derivados de la actividad precontractual, contractual y postcontractual.

Para cumplir dichas disposiciones, como se señaló en precedencia, se creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP- que, en su primera versión, fue una plataforma para publicar los documentos de las fases de contratación, pero que actualmente, el SECOP II, pasó a ser una plataforma transaccional que permite realizar el proceso de contratación en línea.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

No obstante, la publicidad de los documentos contractuales tiene sus límites en las disposiciones legales que imponen la reserva de la información, como se señaló en la pregunta anterior

La documentación que tenga la calidad de reservada deberá ser administrada conforme al tratamiento establecido en el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 1437 de 2011, en lo relativo a la formación de cuadernos separados[3] .

Al respecto, en concepto C- 322 del 16 de junio de 2020, radicado 2202013000005088, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, indicó:

[…] 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.

Si bien es cierto que en los procesos de contratación adelantados mediante la plataforma SECOP II no solo dan lugar a la formación de un contrato electrónico sino también a la formación de un expediente electrónico en el que deben constar todos los documentos y actos administrativos del proceso, el certificado de antecedentes judiciales analizado en el presente concepto está eximido del deber de publicidad por estar sometido a reserva en los términos antes descritos. Sin embargo, en atención al deber de verificación de la referida inhabilidad creada por la Ley 1918 de 2018, es necesario que las entidades al realizar dicha verificación dejen constancia de la mismas a través del certificado, el cual deberán insertar dentro de un cuaderno separado en medio físico de conformidad con el artículo 36 del CPACA, toda vez que la plataforma SECOP II aún no cuenta con alguna funcionalidad para implementar este tipo de cuadernos con información reservada".

Sobre el mismo asunto, en concepto C-327 de 2023 de 18 de septiembre de 2023, dicha Agencia señaló lo siguiente:

"(…) el cumplimiento del deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas

[3] "Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado."

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

contienen. Lo anterior significa que, respecto de datos sensibles, 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 las ofertas, o las partes pertinentes en las que se evidencie este tipo de información. Para dichos eventos, la plataforma SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen (…)

El enunciado constitucional, 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, 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 numeral 3° del artículo 3° del Decreto 1377 de 2013, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas. Pero esto 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, tal como sucede con los derechos de los menores, de conformidad con el artículo 7° de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 2.1.1.4.1.2 del Decreto 1081 de 2015. 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 deberá excluir del documento entregado por el proponente en el procedimiento contractual la información que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar las demás piezas de la oferta o los apartados que no gozan de reserva o que no están protegidos por las disposiciones de habeas data.".

En este orden, ese sería el procedimiento por aplicar para los casos de documentos que contengan información reservada, como puede ser la que se relaciona con la estrategia de defensa, cuya divulgación puede afectar la misma.

PREGUNTA

> ***"3- De no ser viable la reserva, ¿sería procedente publicar de forma parcial la información que hace parte de los documentos contractuales, ya sea mediante tacha de las partes del estudio y documentos que contengan información relevante sobre la controversia, la estrategia y el perito seleccionado?"***

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

RESPUESTA

De conformidad con lo señalado anteriormente, la reserva de documentos relacionados y cuya publicación pueda afectar la estrategia de defensa sí es posible.

A partir de lo conceptuado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente**,** las entidades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial, sin embargo, conforme al 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*".

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Atentamente,
FIRMA_UNO
ALIE ROCIO RODRIGUEZ PINEDA
Jefe de Oficina Asesora Jurídica
OFICINA ASESORA JURIDICA

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador: (+57) 601 255 8955

Digitally signed by UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO
Date: 2024.12.03 14:43:19 COT
Reason: ALIE ROCIO RODRIGUEZ PINEDA