

**AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD A PARTIR DE LA
REGLAMENTACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN POR GASTOS
RESERVADOS**

**HEIDY ASTRID GARCÍA BELTRÁN
NUBIA ALIETH HERNÁNDEZ REYES**

Presentado a: Dr. Rafael Francisco Díaz Vásquez

Artículo presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Contratación Estatal y
Negocios jurídicos de la administración

**POLITECNICO GRAN COLOMBIANO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN
AÑO 2020**

AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD A PARTIR DE LA REGLAMENTACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN POR GASTOS RESERVADOS

Heidy Astrid García Beltrán¹

Nubia Alieth Hernández Reyes²

RESUMEN

Los gastos que regula la Ley 1097 de 2006 tienen una destinación específica relacionada con la financiación por labores propias que se *“distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados”* (Ley 1097, 2006, art. 1).

Por tratarse de recursos especiales y con destinación específica, es claro que existen hechos sobrevinientes, por los cuales se deben mirar los casos especiales de los entes que utilizan esta clase de rubros, haciendo que las mismas sean imposibles de financiar, supervisar y controlar por los canales administrativos normales, por tanto es un tratamiento especial en cuanto a uso y reserva.

Para garantizar que las actividades antes mencionadas puedan y mantengan el carácter reservado, es necesario el uso de estos recursos especiales, sin embargo, esta reserva no debe vulnerar ni ir en contravía de los derechos, deberes y principios del Estado, pues estos se ofrecen para que las disposiciones y las Leyes no se infrinjan por parte de los servidores y de alguna forma sus actuaciones puedan ser vigiladas, contraladas, y si es caso sancionadas; *“la transparencia como opuesto a lo secreto, a lo reservado, hoy resulta ser un reclamo de la sociedad civil”* (Pesce & Estévez, 1996).

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia, candidata a título de Especialista en Especialista en Contratación Estatal y negocios jurídicos de la administración, por el Politécnico Grancolombiano.

² Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, candidata a título de Especialista en Especialista en Contratación Estatal y negocios jurídicos de la administración, por el Politécnico Grancolombiano.

Entonces, se hace necesario entrar a determinar si esta clase de contratación vulnera o no, el principio de publicidad de la contratación pública, ya que, según lo establecido por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-491 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño, exp. D-6583), dentro de los argumentos esgrimidos al momento de estudiar y de declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1097 de 2006, se manifestó:

“Ahora bien, en el caso estudiado se presenta a la Corte un dilema especial al cual ha debido enfrentarse en oportunidades anteriores. La declaratoria inmediata de inconstitucionalidad de la norma estudiada supondría que la contratación de gastos reservados tendría que sujetarse a lo dispuesto en el régimen general de contratación administrativa, uno de cuyos principios esenciales es la publicidad. Ello supondría, naturalmente, la pérdida de naturaleza- de los gastos reservados, pues el proceso de contratación de los mismos resultaría público. Con esta medida entonces se verían gravemente desprotegidos bienes jurídicos que, como la vida y la integridad de víctimas y testigos, son garantizados mediante la reserva de los gastos destinados a protegerlos. También podrán quedar al descubierto operaciones de inteligencia destinadas a proteger derechos fundamentales de los habitantes de Colombia gravemente amenazados por organizaciones criminales cuyo desmantelamiento depende de actividades financiadas con gastos reservados (...) En suma, la publicidad inmediata de los gastos reservados puede poner en riesgo derechos fundamentales de personas puestas en condición de indefensión o que han colaborado exitosamente con la justicia. Adicionalmente podría arriesgar el éxito de operaciones legítimas que, amparadas en la reserva, se encuentran destinadas genuinamente a conjurar graves e inminentes amenazas contra derechos humanos de los habitantes del territorio.”

Es por ello que se utilizan los gastos reservados en aras de que los mismos, permitan la consecución de bienes y servicios determinados como urgentes por el ordenador del

gasto público, dada la premura para la consecución de determinado requerimiento, por lo cual se contrata a través de un mecanismo autónomo, independiente al establecido en la Ley 80 de 1993, el cual no genera publicación y está sujeto a reserva, dejando al arbitrio de un servidor público, la selección y por ende el valor de la compra.

PALABRAS CLAVES: Contrato Estatal, principios, Autonomía, gastos reservados.

OBJETIVOS

GENERAL

Determinar en qué medida la contratación por gastos reservados, de la Ley 1219 de 2008, afecta la publicidad en la contratación pública, desde que entró en vigor la Ley 1097 del año 2006.

ESPECÍFICOS

- Analizar la reglamentación en la contratación por gastos reservados en Colombia.
- Establecer la importancia que tienen algunas excepciones en el régimen de contratación nacional, en casos específicos y debidamente justificados por la Ley.
- Analizar y contrastar la jurisprudencia nacional, referente a la relación entre gastos reservados y principio de publicidad.

INTRODUCCIÓN

Introducción e información general

Este trabajo de investigación se centrará en determinar la importancia que tiene la publicación de los contratos y la reserva de algunos gastos que se establece cuando entra en vigor la ley 1097 de 2006. (Congreso de la República, 2006)

En primera medida y para poder formular el problema, se hace necesario definir qué significa una reserva legal de información, como está contemplado en el ordenamiento jurídico y por último la línea jurisprudencial que lo ha venido definiendo.

Iniciaremos con el derecho al acceso de la información pública, la cual se encuentra ligada con el derecho de petición, que finalmente se convierte en el mecanismo para acceder a la información de carácter público.

Existen documentos que son producidos por entidades públicas y reposan en las mismas, no obstante, existen documentos privados que por ley se constituyen o entienden como públicos, es decir que adquieren esta calidad, en la medida que sus titulares declaran formalmente alguna situación, creando así alguna actuación que por tal motivo debe permanecer reservada.

El artículo 74 que la Constitución de 1991 establece “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 74); así mismo, (República, Ley 1712 de 2014, , 2014)art. 2º el artículo 2º de la ley 1712 de 2014 estableció “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”, no obstante esta ley que acabamos de referenciar, es denominada ley de transparencia y acceso a la información en Colombia, y establece, como reservada en su artículo 19, como toda aquella información que pueda perjudicar los intereses públicos, mientras que la información clasificada, según el artículo 18 es toda aquella que involucre intereses de los particulares y que enunciaremos crecidamente en el desarrollo del texto.

Las limitaciones del acceso a la información encuentran sustento en la Constitución, en leyes, algunos decretos y un acuerdo reglamentario, hasta aquí, lo referente a la reserva de la información.

Implícito a las obligaciones del servidor público, inherentes a su calidad, le atañen entre ellas, la obligatoriedad de que toda decisión queda debidamente motivada, en el evento de que se niegue el acceso a la información pública solicitada; en ese sentido, la decisión debe reunir por Ley los requisitos requeridos, particularmente, debe indicar que norma funda legalmente la reserva, el tipo, y cuáles son las condiciones que se opone para poder dar información de dicha reserva, debe indicar cuales son las únicas autoridades que están autorizadas para aplicarlas y que controles se ejercen sobre las mencionadas actuaciones, dado que es la razón por la que deben permanecer en estado de reserva.

Acceder a la información es un derecho que esta constitucionalmente legitimado, no obstante presenta limitantes para acceder a ella, fundamentalmente cuando se tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales o de bienes que constitucionalmente son considerados como seguridad nacional, el orden público o información que se relaciona con la salud pública, considerados valiosos tanto para el Estado como para las autoridades;

es así, como la información que de ella refiere algún dato son consideradas como una excepción a su publicación, de manera pues que dicha información o datos no pueden ponerse a la orden del ciudadano, estos se establecen como una excepción a la publicidad de tal información pública y será objeto de proporcionar gradualmente a juicio de la autoridad o entidad a cargo.

Es así, cuando nos referimos a la contratación pública, podemos hacer referencia inmediatamente al Estatuto de Contratación, para considerar, las normas y principios que los regulan, así como lo dispone la Ley 80 de 1993 en su artículo 1°.

Sí bien es cierto, existe una disposición y obligatoriedad de publicar las actuaciones de las entidades al considerarse actos administrativos, en especial, las que se enmarcan en la contratación pública, también existe un lineamiento que prohíbe la publicación de algunas actuaciones, en especial los referentes a los gastos reservados.

Esta clase de contratos que refieren en todo o en parte temas relacionados con gastos reservados, y que se utilizan para las actividades concernientes a la financiación de investigación criminal, inteligencia, contrainteligencia y aquellos que se relacionen con la protección de informantes o testigos (2006, 2006); es así, que el servidor público acarreara con las correspondientes sanciones de tipo penal, disciplinaria, civil o las que considere el ente de control o entidad a cargo; por la divulgación de la información de cual hayan tenido y que hubiese estado en la obligación de mantener la reserva por su participación en el proceso. (Por la cual se establece el régimen de contratación con cargo a gastos reservados, 2008. Atr. 4.3 Reserva).

Así las cosas, entraremos a definir algunos conceptos, ver sus aplicaciones,

restricciones e implicaciones en materia contractual y como las entidades autorizadas deben ejercer control.

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA O CONTRATOS ESTATALES

1.1. Concepto

La contratación pública se ha venido entendiendo como un acto administrativo o contrato civil en donde mínimo una de las partes es el Estado como persona jurídica la cual deberá contar con capacidad para contratar y generar obligaciones.

El contrato estatal tiene varios elementos que lo caracterizan según (ALARCON QUIROGA, 2010):

- a) El objeto del contrato: Es la parte esencial del contrato y es donde se deja los fines de la administración, es decir, es lo que da línea al contrato.
- b) La participación de la entidad en ejercicio de la función estatal. Es una declaración bilateral, debe ser escrita, se debe pactar valor

1.2 Naturaleza

En los contratos que se realizaran se tienen en cuenta tanto derecho público como derecho privado, puesto que en ellos se debe realizar un objeto, consentimiento valido y causa lícita; lo anterior se encuentra señalado en el derecho privado especialmente código civil y comercial.

Según el tratadista (DAVILA VINUEZA, 2001) en primera medida se deberá determinar cuál es la noción que se le va a dar al acto en el comercio, es decir, se deberá determinar que tipo de relación contractual es, si se está hablando de un acto en materia comercial o si es

civil.

Así mismo el (Código de Comercio , 2020) ARTÍCULO 822. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. Se aplicara en los negocios mercantiles el derecho civil, cuando estén incorporados aquellos principios que rigen los actos, contratos y obligaciones de derecho civil, así como los efectos, anularse o rescindirse, modo de extinguirse y su interpretación, se aplicará las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, claro está, si no existiese ley encontraría.

Ahora bien, como lo señala (ESCOBAR GIL, 1998) la contratación estatal tiene su asiento en el derecho civil, sin embargo es de aclarar que la contratación pública despliega sus principios y normativa particular, teniendo entonces:

- Autonomía de la voluntad, que es el poder con el cual cuenta la administración para la satisfacción el interés público, alejándose del privado.
- Prevalencia del interés público por encima del interés privado, y
- La igualdad económica del contrato.

En lo relacionado en la norma contractual, caso puntual (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993) artículo 13, este señala que aquellos contratos que están contemplados en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se manejarán por lo contemplado en la legislación comercial y civil, caso contrario cuando exista una norma especial aplicable. Así mismo se deja claridad que algunos contratos realizados en el extranjero pero que su ejecución se realizara en el territorio colombiano podrán regirse por las normas aplicables de dicho país, salvo que se deban cumplir con la Ley Colombiana. Como sucedería en caso contrario existen contratos que se suscriben en nuestro país, pero su ejecución se lleva en el

extranjero, lo que implica que se debe cumplir con la normativa del país donde se realice la ejecución.

De lo anterior se puede extraer que la contratación estatal no se puede manejar con iguales características ni tienen los principios absolutos, por ello se debe tener presente, el caso particular a fin de determinar si se va a regir por el derecho privado o público.

Por otro lado, nos encontramos con el (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO , SECCION TERCERA SUBSECCION A, 31 de marzo de 2011) quien señala que la naturaleza jurídica de los contratos reside en el estudio de cada entidad, por ello, si se determina con quien se realiza la contratación, y sí uno de sus extremos es una entidad pública sin importar el régimen especial, se entenderá que se está frente a un contrato estatal. Esta aseveración está señalada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

1.3 Finalidad

La Contratación pública o Estatal lo que busca es acatar los postulados de la Constitución Política en lo atinente a los fines Estado, cumpliéndose con lo contemplado en los artículos 1º, 2º y 209; para ello en la materia en contratación pública, se centra en que uno de los fines del Estado, es proveer los bienes y servicios.

La Corte Constitucional se ha pronunciado frente a la (Sentencia C-932/07, 2007) estableciendo, que el sustento más importante es en la fase precontractual, contractual y en la ejecución de ellos, serán con base al cumplimiento de satisfacer las necesidades de la colectividad; pues lo que se busca es defender el principio del interés general, no siendo este

solamente a la finalidad de la contratación estatal. Y en caso de no aplicarse así, se tendrían consecuencias negativas para los servidores que realizaron el proceso.

Así mismo, la Corte Constitucional en su (Sentencia C-207/19 , 2019) señaló lo siguiente: que estamos frente a un Estado Social de Derecho en donde la finalidad de función pública es velar por el interés general, siendo la contratación pública una de las formas de desarrollar los fines esenciales del estado; es por ello que la contratación estatal debe estar regulada por el legislador no siendo facultad ilimitada, por el contrario, debe estar sujeta a la Constitución Política y satisfacer el interés general.

En la (Ley 80, 1993) en su artículo 3 define “*De los Fines de la Contratación Estatal*. Las entidades públicas podrán realizar contratos y ejecutar los mismos, cumpliéndose con los fines estatales. En la celebración de los contratos son los servidores públicos quienes deben buscar y garantizar el cumplimiento de esos fines del estado, para que de forma continua y de manera eficiente los servicios públicos sean prestados de forma efectiva, en consideración a los intereses y los derechos de los administrados.

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, estas entidades deberán buscar el cumplimiento de los fines estatales, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Para ello, la contratación pública debe cumplir con unas características que establece la Ley 80 de 1993, en donde establece que estos deben ser solemnes, conmutativo, bilateral, de libre negociación.

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA O ESTATAL

Según el tratadista (ALEXY, 1993) afirma que los principios “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; por eso la finalidad del estado es prestar los servicios públicos de manera efectiva y protegiendo los interés y derechos de los adminsitrados*”.

Es por ello, que en la (Constitución Política de Colombia, 1993) en su artículo 209 señala a favor de los intereses generales debe estar la función pública, cumpliéndose con los principios de contratación tales como moralidad, igualdad, economía imparcialidad, eficacia, publicidad, y celeridad; cumpliéndose con las funciones por medio de las figuras de delegación, desconcentración y descentralización. Las entidades públicas deberán cumplir con los fines esenciales del Estado, a través de sus delegatarios quienes coordinarán entre ellos mismos sus actuaciones.

Acorde a lo anterior, es importante señalar lo manifestado por (PINO RICCI, 2005) el tratadista señala que la contratación estatal está enmarcada con unos principios y fundamentos básicos, los cuales se encuentran establecidos en la Constitución Política de Colombia como una regla y un derecho fundamental del Estado social de derecho, atendiendo al derecho a la igualdad que se resume en que prevalece del interés general sobre los intereses particulares, permitiendo el acceso a la contratación pública sin ser discriminatorio.

En el ordenamiento de Colombia, específicamente en la Ley 80 de 1993, se estipularon unos principios como economía, responsabilidad y transparencia conforme a los criterios que enmarcan la función administrativa. Así mismo, se designarán los postulados que

reglamentan el actuar del servidor público, las normas y reglas que se tendrán en cuenta en materia de interpretación para la contratación y los principios generales establecidos para el derecho administrativo. (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993)

Adicionalmente de la Ley 80 de 1993 en la Contratación pública, existe otra normativa como es la (Ley 1150, 2007) en su Artículo 13, donde establece, cuáles son los principios generales que deben seguir aquellas entidades que tienen un régimen especial y que no se encuentran sometidas a la regulación de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, estas Entidades que se encuentran bajo el imperio de un régimen contractual excepcional, igualmente deben cumplir con los principios que regulan la función pública, y sus actuaciones y gestión, están sometidas a lo establecido en los artículos 267 y 209 de la Constitución política; así mismo estarán sometidas al régimen de incompatibilidades e inhabilidades las señaladas legalmente para la contratación estatal.

3. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este presente principio es uno de los más importantes en la contratación pública sin desmerecer los otros, pero en este la administración le da la oportunidad a los administrados, de enterarse de los procesos y así, ellos poder participar, éste, principio se encuentra ligado con el de transparencia.

El tratadista (Jara, 2018) señala que en la contratación estatal los actos jurídico realizados por las entidades públicas deben ser claros en la contratación en sus diferentes etapas, es decir desde el inicio de los procesos de selección, ejecución y liquidación contractual. Es por ello, que en los avances de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación)

permitiendo que el Estado implemente el uso de las tecnologías como herramienta, para que los administrados conozcan los actos jurídicos realizados por las entidades públicas en la gestión contractual. Esto, ha generado que la contratación pública sea hoy por hoy, en su mayoría llevada a cabo por medios electrónicos, pretendiendo reemplazar el método tradicional.

La Corte Constitucional (Sentencia C-259/08, 2008)³ señala, que el principio de publicidad en relación con los medios electrónicos; permite que el interesado se entere y conozca el estado de cada una de las etapas que se constituyen en actuaciones que realizan las entidades y por ende ser impugnados mediante recursos o actuaciones correspondientes, soportado así, el principio de participación.

De igual manera la (Sentencia C-711/12, 2012) de la Corte Constitucional, señala cuales son los medios electrónicos por medio de los cuales se puede llevar acabo la publicación de la información, ello conlleva que todo lo relacionado a los procesos de contratación se pueda difundir - la corte, establece cuáles son los medios electrónicos que sustituyeron los medios físicos que permiten dar cumplimiento al principio de publicidad y difusión – de los procesos contractuales dentro del marco constitucional, esto permite que exista imparcialidad y se cumpla así con la transparencia de la información, en resumen refiere, que todas las actuaciones de la administración en el desarrollo del proceso son garantistas al momento de publicar sus actuaciones; así se permite que exista una participación de forma oportuna para los interesados en el proceso, para que tengan conocimiento de la información, igualmente aplica para los diferentes órganos de control, el interés que tengan en el particular de la

³ Corte Constitucional, sentencia C-259/08 (Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO).

actuación. Así, se están garantizando los derechos constitucionales al debido proceso, defensa, y acceso a los documentos públicos.

El Congreso de la Republica expidió la (Ley 1712, 2014)⁴ el cual establece en el Artículo **10. PUBLICIDAD DE LA CONTRATACIÓN**. Lo que se señala en la presente Ley es que las entidades que son sujetas a la Ley 80 de 1993, y las de régimen especial, deberán publicar en medios electrónicos cada uno de los procesos que adelanten para el cumplimiento de los fines esenciales del estado.

En atención a diferentes fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se reglamenta el procedimiento de publicidad lo cual se consagra en el (Decreto 1082, 2015) en la **SUBSECCIÓN 7 Artículo 2.2.1.1.1.7.1. *Publicidad en el SECOP***. En donde se señala el término que tiene la administración para realizar la publicación en la página de Colombia compra eficiente, tiempo que no es superior a los tres días desde la suscripción de los actos administrativos o documentos del proceso.

Así mismo, contemplar de acuerdo con cada modalidad los documentos que se deben publicar dentro de los términos previstos a fin de no vulnerarse el principio de publicidad y que los administrados tengan la oportunidad de participar en los diferentes procesos que adelantan las entidades.

Así mismo, la Entidades Públicas tienen la obligación de realizar la publicación en el SECOP de los avisos de convocatoria, invitación de procesos de las diferentes modalidades de selección licitación pública, selección abreviada, procesos de mínima cuantía y demás

⁴Congreso de Colombia. (06 de marzo de 2014) Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 1712 de 2014]. DO: 49.084. Artículo **10**.

procesos de contratación pública, para que las personas naturales o jurídicas tengan la oportunidad de presentar propuestas, observaciones y aclaraciones.

GASTOS RESERVADOS

Los gastos reservados, como ya se mencionó anteriormente, son aquellos que están directamente relacionados con actividades que tienen que ver con la financiación de investigación criminal, inteligencia, contrainteligencia y aquellos que se relacionen con la protección de informantes o testigos (Congreso de la República, 2006), y que como su definición lo indica, trasluce el hecho de velar por la protección y garantía tanto de los servidores públicos que resulten involucrados, como de las actividades realizadas para llevar a cabo su ejecución.

En sentido estricto, las únicas entidades autorizadas para su ejecución son aquellas que la misma ley faculta, en razón a sus funciones y actividades relacionadas con esta clase de gastos reservados, ateniéndose a sus manuales y procedimientos internos para su ejecución, pero no por ello, se escapan del control fiscal, el cual es llevado a cabo por un grupo especial auditor a cargo de la Contraloría General de la República, y por razón a su reserva, esa información no goza de publicidad, pero sí podrá ser consultada por el órgano de control competente de tipo penal, fiscal, disciplinaria o político (Congreso de la República, 2006).

4. IMPORTANCIA QUE TIENEN ALGUNAS EXCEPCIONES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN NACIONAL, EN CASOS ESPECÍFICOS Y DEBIDAMENTE JUSTIFICADOS POR LA LEY.

artículo 66), establece:

“ARTÍCULO 66. DE LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA. Todo contrato que celebren las entidades estatales estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.

(...)

Las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

La información está disponible para la comunidad, lo que quiere decir, que cualquier persona puede pretender iniciar vigilancia y control, respecto de las actuaciones administrativas, especialmente tratándose de contratación,

Es oportuno, que recordemos que “información” según (wikipedia, 2020), son los datos procesados, que constituyen un mensaje organizado del emisor al receptor y cambia el estado de conocimiento del sujeto o sistema que lo recibe al momento de transmitirlo.

Algunos autores como (Chiavenato, 2012), afirmaba que siendo la información un conjunto de datos que poseen un significado, de alguna manera reducen la incertidumbre y aumentan el conocimiento de quien los recibe. Es así, que se encuentran disponibles para su uso inmediato de tal forma que clarifican incertidumbres sobre un tema en particular, de acuerdo con el grado de interés.

Para el estudio que estamos desarrollando, brindaremos información acerca de lo relacionado en la información que se contiene en los documentos que nos interesan, archivo tiene unas políticas, que nos atañe directamente, en la medida que esta reglado por la ley 6 del Decreto 2609 de 201 referente a la gestión documental (Colombia, 2019): en el entendido

que las directrices que emite una entidad, son el conjunto de estándares conceptuales que establece dentro del marco de la gestión de la información ya sea física y electrónica, será imprescindible para su acceso, preservación, uso, mantenimiento y retención de la información.

Como se indicó en la parte introductoria de este escrito, la información a la que hicimos referencia está contenida en documentos que además tienen ciertas restricciones de reserva por ser denominado gastos reservados, pues tratándose de contratación en la que se obliga a su publicidad, es decir que la información esté expuesta al acceso y conocimiento público, también se encuentran algunas limitantes para ello.

Estos encuentran su sustento normativo, en la ley (Ley1097, 2006), quien establece que los gastos reservados son los que se utilizan para financiar actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes; o aquellos gastos que se asignan para la expedición de documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten las citadas actividades.

La reserva aplica igualmente para proteger tanto a los familiares como el servidor, que tienen vinculación con actividades de inteligencia y contrainteligencia o conocieron un proceso específico.

El presupuesto de dichos gastos será del rubro de inversión o presupuesto de funcionamiento; los cuales se pueden realizar en cualquier parte bien sea dentro y/o fuera del país. Distinguiéndose entonces por ser actuaciones secretas por parte del personal que tiene a cargo tales actividades de programación, control y su justificación en razón a su especialidad.

Pese a tener restricción normativa en la reserva por 20 años de esta clase de gastos, los cuales se cuentan a partir de que la información es recopilada, no quiere decir, que no se controlen, “todo gasto reservado tiene que cumplir con unas normas, con unos parámetros, tiene que cumplir con la documentación, tiene que existir unas constancias de a quien se le pagaron, inclusive tiene que haber una foto del momento de la entrega, un cheque, una cuenta bancaria”, (radio, 2017).

Las altas cortes, se han pronunciado al respecto, señalando lo siguiente (Bogotá, 2007):

“La legalización de gastos respaldada con una relación detallada de actividades no responde de la mejor manera al principio de moralidad y eficiencia de la administración pública. Sin embargo, en el presente caso parece razonable la excepción. En este sentido, nada dice la demanda sobre las razones por las cuales no exigir soportes exactos como facturas o recibos de pago para la ejecución de los gastos directamente relacionados con las operaciones de infiltración y penetración de grupos al margen de la ley cuando tal exigencia por circunstancia de modo tiempo y lugar o por razones de seguridad no resulte factible, resulta desproporcionado o irrazonable. En este sentido, no sobra recordar que la relación de gastos debe quedar por escrito, debe ser avalada por su responsable, por el Comandante de la unidad táctica u operativa y/o sus equivalentes y puede ser escrutada por el grupo especial de la Contraloría de que trata la misma ley además de las autoridades penales o disciplinarias cuando quiera que exista denuncia al respecto. En las condiciones anteriores no existe una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma estudiada por considerar que la misma relaja

de manera desproporcionada o irrazonable las exigencias propias de la Constitución en materia de moralidad, eficiencia y transparencia. Lo que resultaría desproporcionado sería exigir una legalización completa de los gastos incluyendo la entrega de facturas, recibos, etc., cuando esta exigencia, en los estrictos términos de la norma demandada, pone en peligro la vida y la seguridad del servidor público que adelanta la respectiva operación de inteligencia”.

Así las cosas, se denota que ya ha existido interés particular, en declarar la norma inexecutable, para que tales gastos, gocen de publicación en virtud del principio de publicidad, pero no encontró razón alguna la autoridad competente, para que perdiera su carácter excepcional.

Según la norma y la razón que ha considerado la Corte Constitucional (2007, 2007), es la siguiente:

“(…)

que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las

actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información. En particular la Corte ha señalado que la finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede establecerse la reserva de cierta información. Sin embargo, en cada caso es necesario "acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva". En otras palabras, no basta con apelar a la fórmula genérica "defensa y seguridad del Estado" para que cualquier restricción resulte admisible. Adicionalmente es necesario que se satisfagan los restantes requisitos que han sido mencionados.”

Los casos en que resulta legítima la reserva de la información pública, según la Corte Constitucional, (Bogotá, 2007) ha señalado las siguientes: (1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) ante la necesidad de mantener la reserva para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) frente a la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales. En todo caso cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los

fines que se busca alcanzar.

De acuerdo a las razones y excepciones que expone la Ley 1097 de 2006 (Ley 1097 de 2006), encuentra la Corte constitucional, justificación suficiente, para no expulsar del ordenamiento jurídico, ninguna de las excepciones contempladas en la norma (Sentencia C-491 de 2007), y por el contrario, avalar como guardiana integral de la Constitución la protección integral de todos los bienes constitucionalmente protegidos y la afectación a los derechos fundamentales comprometidos, (Sentencia C-491 de 2007).

En este sentido, la Constitución Política en su artículo 209, establece el principio de publicidad, dejando claro que, como fuente orientadora de la actividad administrativa, va de la mano con la aplicación del principio de moralidad cuya afectación, será directamente proporcional con su efectividad, (Olga Sofía Morcote González, 2015). Pese a lo ordenado por la ley 80 de 1993 en lo referente a los principios de la contratación estatal, remite con proximidad a la ley 1150 de 2007 en su artículo 2 numeral 5 párrafo 2 estableciendo las reglas y procedimiento aplicable para la ejecución contractual, en lo referente a la publicidad de todos los procedimientos y actos administrativos (Republica, 2007), sin perjuicio, de lo señalado por la Ley 1097 de 2006.

Como ya se mencionó anteriormente, la Ley 1097 de 2006, reglamenta lo relacionado con gastos reservados, no obstante, con posterioridad se promulga la Ley 1219 de 2008 (República, 2008), y entra a reglamentar todo lo relacionado con contratación pública de bienes y servicios en actividades relacionadas con la defensa y seguridad nacional pero siempre y cuando, no se hagan con cargo a estos gastos, es decir gastos reservados.

Esta ley, (República, 2008) entra como principio rector de todo lo relacionado con el

procedimiento especial de los gastos reservados, toda vez, que estas erogaciones no pueden ser ejecutadas como normalmente se viene realizando de acuerdo a lo permitido por la norma. El procedimiento especial, será llevado a cabo por el ordenador del gasto, siempre y cuando cumpla con los principios de la contratación, en procura de la buena administración pública y la protección de los derechos del contratista ejecutor.

Esta última norma (República, 2008), involucra los principios ya mencionados en la Constitución, que define como orientadores para este procedimiento especial en lo referente a ejecución de los gastos reservados; específicamente, define el principio de “reserva” así:

(...)

4.3. Reserva: Los servidores públicos, contratistas y en general quienes intervengan a cualquier título en el trámite, desarrollo y concreción de los contratos con cargo a gastos reservados, están obligados a mantener con clasificación reservada toda la información a la que tengan acceso por razón de su participación en el respectivo proceso, so pena de las sanciones civiles, penales y disciplinarias a que haya lugar.

Así mismo, la Ley (República, 2008) señala en su artículo 7º, lo relacionado con la publicidad de estos contratos.

ARTÍCULO 7o. PUBLICIDAD DE LOS CONTRATOS. Por la naturaleza de la contratación por el rubro de gastos reservados, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 1097 de 2006, no requieren publicación en el Diario Único de Contratación Pública, ni en el portal de contratación de la Entidad. Los contratos así celebrados, gozarán de reserva legal.

Esta excepción, es la única que se considera como ajena a lo establecido por el estatuto de contratación (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993) y su reglamentación (República, 2007), pues pese incluso a lo dispuesto por uno de los entes rectores en contratación, Colombia compra eficiente, no requiere publicación tampoco en el SECOP.

CONCLUSIÓN

Expuesto y argumentado los anteriores conceptos, en este trabajo de investigación, pasaremos a resolver la pregunta planteada inicialmente.

¿Se afecta el principio de publicidad de los procesos de contratación cuando tienen gastos reservados, establecidos en la Ley 1219 de 2008, estando en vigencia la Ley 1097 de 2006?

Como ya se indicó la Ley 1097 de 2006 por la cual se regulan los gastos reservados y establece estos, como las actividades que se enmarcan en funciones de inteligencia, contrainteligencia, protección de testigos e informantes, su carácter de secreto, las entidades que están a cargo y la clase de controles a los que están sometidos, y señalando el presupuesto por el que se ejecutaran, refiere también, su carácter de reservado.

En la contratación pública, además de que se sigue un riguroso seguimiento a los principios orientadores establecidos por la Constitución Política, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, se da cumplimiento a los pronunciamientos que han sentado precedentes como marco jurisprudencial en la línea de publicidad en la contratación. Aunado a lo anterior, se da aplicación a los lineamientos de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE y las directrices y

circulares del SECOP en lo que respecta a publicidad, siendo de la mano con el principio de transparencia y moralidad.

Pese a que toda actuación contractual, es de las que más regulación y observancia tiene a nivel legal, jurisprudencial y judicial, se le sobreponen las garantías y especial protección en lo que refiere a los derechos fundamentales, relacionados con los asuntos de orden nacional en lo que respecta a la seguridad y defensa del Estado.

Sí bien es cierto, la sentencia C-491 de 2007, concluyo, que la Corte Constitucional tenía facultades para expulsar del ordenamiento jurídico, normas que fueran en contravía o atentaran contra los principios de alta importancia, y entre ellos se configura el de publicidad, también recalcó, que el hecho que los gastos reservados no dieran cumplimiento al principio de publicidad no se encontró justificación alguna para que se sacaran de la excepción.

Lo anterior quiere decir, que, pese a que por mandato Legal y Constitucional el principio relacionado con la publicidad debe ser honrado en todas las actuaciones administrativas tratándose de contratación, aquellos que refieren a gastos reservados, encajan en actividades de zumo cuidado tratándose de garantías constitucionales tanto de los contratistas como de los servidores involucrados en razón de sus funciones, máxime los relacionados con seguridad y defensa nacional.

Así pues, que el objeto de la Ley 1097 de 2006, no trasgrede en ningún momento, derechos constitucionales ni vulnera las garantías que el Estado ofrece tanto a los ciudadanos como a los servidores que ejercen funciones de control vigilancia y sanción; por el contrario, toda actuación encaminada a inteligencia contrainteligencia, protección de testigos,

investigación criminal, seguridad y defensa nacional, esta revestida de garantías para protección y de seguridad de quienes ejercen tales labores. (2007, 2007)

Para el Estado Colombiano, en procura de ser garantista, permite el acceso a la información, pero no quiere ello decir que toda la información puede estar disponible para ser consultada por los ciudadanos o que sea de conocimiento público, pues la excepción se encuentra prevista en el Artículo 74 de la Constitución Política, (Constitución Política de Colombia, 1993), y precisamente reseña los “gastos reservados”, ello implica recursos especiales, y en consecuencia requieren de trámites y procedimientos especiales de acuerdo a cada entidad, donde se le apunta a situaciones excepcionales que requieren protección.

Por último, la **entrada en vigencia** de la Ley 1096 del año 2006, inhibe la trasgresión de la publicidad establecida en la ley 1219 de 2008, y más aún, no atenta mandatos constitucionales ni viola derechos fundamentales, por el contrario, da seguridad para ejercer labores que impliquen estas actividades de ceda por parte de sus ejecutores en cumplimiento de los fines del Estado.

1. BIBLIOGRAFÍA PRELIMINAR

- Aguilera, A. (2009). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *InDret Revista Para El Análisis Del Derecho*, 1, 1-30.
- Alfonso G., E. (1983), *El principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, *Revista de Administración pública*, 21-72.
- Amat, J. (2012). La contratación pública en España. *Foment Del Treball Nacional*, 2136, 17-20.
- Arboleda, E. (2011). *Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Editorial Legis.
- Archila, E. & Almanza, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos. *Contexto*, 38, 9-31.
- Ayala, J. (1999). *Elementos de derecho administrativo*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ballesteros M., L., (2010), *La adjudicación de contratos en el sector público*. Civitas.
- Bernal, M. (2011). El principio de objetividad en la contratación pública. *Revista Documentación Administrativa*, 289, 129-150.
- Castro, J. (2009). Las penalidades en la contratación pública y sus consecuencias. *Doctrina*, 12-16.
- Causa, J., (2004). Alcance del anticipo y el pago anticipado. *Revista De Derecho Universidad Del Norte*, 21, 96-105.
- Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 80 de 1993. Por El Cual Se

Expide El Estatuto de Contratación Estatal.

Congreso de la República de Colombia (2006). Ley 1097 de 2006. Por la cual se regulan los gastos reservados.

Congreso de la República de Colombia (2007). Ley 1150 de 2007. Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 80 de 1993.

Congreso de la República de Colombia (2008). Ley 1219 de 2008. Por la cual se establece el Régimen de Contratación con Cargo a Gastos Reservados.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-491 de 2007. Expediente D-6583.

M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá. Junio 27 de 2007.

Dávila, L. (2001), *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Segunda Edición. Bogotá:

Legis.

De Castro & Bravo (1971). *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Madrid.

De Robles, C. (1995). La moralidad en la contratación pública. *Cuenta y Razón*, 94, 46-

52.

De Vivero, F. (2007). *Contratación Estatal Aspectos Controversiales en Colombia*, Bogotá D.C., Edición Uniandes. Erudito Practico de Contratación.2010-2011, Legis S.A.

Dussán, J. (2005). *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: UJTL.

Dutto, M. & Beltrán, C. (2012). Contratación de obra versus concesión de obra pública.

Un análisis de los esquemas de incentivos. *Saberes*,4,17-35.

Escobar, R. (1999). *Teoría General De Los Contratos De La Contratación Pública*, Editorial Legis, Edición 1999

Fernández, M. (2005). Contratación Pública con criterios de sostenibilidad. *Boletín Económico de ICE*, 2830, 35-46.

García de E., E. & Fernández T. R. (1981). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Edit. Civitas.

Gerardo, M. & González, N. (1982-1984). *Diccionario Jurídico*, 4TS., Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE.

Gimeno, J. (2004). La utilización de las nuevas Tecnologías en la Contratación Pública. *Documento de Trabajo Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*. Universidad de Zaragoza, 03, 1-25.

Gorbaneff, & Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 21, 67-91.

Lesmes, S. (2005). Contratación pública y descremación positiva Clausulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre en el mercado laboral. *Lan Harremanak*, 13, 53-86.

Llanos, W. (1999). Las personas jurídicas extranjeras en la contratación estatal. *Revista de Derecho*, 11, 27-39.

Mastny, L. (2004). *El poder de la compra Cómo realizar compras públicas en favor de las personas y del planeta*.

Mendoza T., A. (2003). Los contratos de concesión. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 20, 89-91.

Monroy C., M. (1983). *Introducción al derecho*, 6ta Edición, Bogotá, Ed. TEMIS.

Morales, D. (2012). *Régimen de Contratación Estatal Anotado*, Bogotá D.C.: Editorial

Leyer.

Moreno M., J. (2010). *La nueva Ley de contratos de sector público*. Estudio sistemático, 3ª Ed., La Ley.

Oller, M. (2010). La inclusión de las cláusulas ambientales en la contratación pública. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. Vol. 1, núm. 1, 1-34.

Palacios, J. (2008). *La Transparencia en la contratación del Estado*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

Pérez, E. (2012). Las Uniones temporales de empresas en la contratación pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 04, 361-402.

Pesce, M. & Estévez, E. (1996). Los gastos reservados en el gobierno nacional. *Serie de Estudios*, núm. 11. Buenos Aires: Fundación CECE Centro de Estudios para el Cambio Estructural.

Pleite G., F. (2009). *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de contratos del sector público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*, La Ley.

Presidencia de la República de Colombia (2013). Decreto 1510 de 2013. Por medio del cual se reglamenta el Sistema de Compras y Contratación Pública.

Ramos, M. (2000). De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. *Revista de Derecho*, 13, 20-39.

Ramos, J. (2008). *Contratación estatal. Teoría general y especial*. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Ed. Gustavo Ibáñez.

Rasquin L., J. (2010). El sistema especial de los recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de contratos del sector público. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25.

Razquin, M. (2010). Las fundaciones y la contratación pública. *R.V.A.P.*, 87-88, 905-941.

Rico P., L. (2009). *Teoría y práctica de la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Editorial

Leyer.

Ruiz de C., A. (2009). *Solvencia de los contratistas*. En: Bermejo V., J. (Dir.) y Bernal B.,

M. (Coord.). *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel.

Simón, H. (1972), *El comportamiento administrativo*. Madrid: Aguilar.

Solano S., J. (2010). *Contratación Administrativa*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Vanegas, J., & Orozco, D. (2003). De las nulidades contractuales y el arbitramento en materia administrativa. *Revista de Derecho*, 20, 250-261.