



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 19 de julio de 2021.

Referencia: Acción de Tutela
Radicación: 11001-03-15-000-2021-03032-00¹
Actor: JANSSEN CILAG S.A. y otro.
Accionados: Subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Tema: Tutela contra trámite y providencia judicial de insistencia. Falta de vinculación.
Decisión: Declara improcedente acción de tutela por Subsidiariedad.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela² presentada por las sociedades JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, contra la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ocasión de la sentencia del 11 de mayo de 2021, proferida en el trámite de insistencia, adelantado por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción³, cuyo radicado es 25000-23-41-000-**2021-00240**-00, mediante la cual se ordenó entregar información reservada, sin que las sociedades accionantes hubiesen sido vinculadas, pese a su interés directo en el asunto; lo cual consideran vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y del acceso a la administración de justicia

I. ANTECEDENTES.

¹ Todas las actuaciones adelantadas e informes y pruebas allegados podrán ser consultados en el respectivo expediente electrónico en el aplicativo SAMAI.

² El proceso de la referencia subió al Despacho con informe de Secretaría General de la Corporación del 6 de julio de 2021.

³ En adelante IIEA.

1.1. ESCRITO DE TUTELA

1. Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir los supuestos fácticos y jurídicos planteados en el escrito de tutela:

2. Informa la parte actora que el 3 de febrero de 2021, la sociedad JANSSEN PHARMACEUTICA NV y el Gobierno Nacional, a través de la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres⁴ suscribieron un acuerdo de compra anticipada de vacunas para el SARS-CoV-2/COVID-19, en el marco de la crisis sanitaria, ocasionada por la pandemia conocida como COVID-19; el cual contiene, según lo afirma la farmacéutica accionante, información altamente sensible para esta y todas sus compañías filiales, afiliadas y subsidiarias, así como secreteos empresariales, referente a «aspectos comerciales, financieros, científicos y técnicos de carácter competitivo sensible».

3. Señala que la cláusula 15.4 del referido Acuerdo, dispuso que «en caso de posible orden judicial de revelación de la información confidencial, tendrá la oportunidad de ejercer sus derechos e intervenir ante el respectivo tribunal para oponerse a la divulgación y proteger la información confidencial»⁵:

⁴ En adelante UNGRD.

⁵ Texto que se transcribe en el idioma en que se encuentra redactado el Acuerdo.

15.4 The Receiving Party may disclose any part of the Confidential Information solely to the extent that it is legally required to do so pursuant to an order of a court or arbitral tribunal of competent jurisdiction or any applicable Law or, in the case of Janssen, a competent governmental authority, or the rules of any securities exchange to which Janssen or its Affiliates may be subject or under applicable securities Laws; provided that and subject to clause 15.56 the Receiving Party shall (a) unless prohibited by Law, promptly notify the Disclosing Party prior to making such disclosure and limit such disclosure and, if permitted, provide the Disclosing Party with an opportunity to intervene to protect its Confidential Information, including an opportunity to make representations to the relevant court, arbitral tribunal, or governmental authority (as applicable) objecting to disclosure, and (b) use reasonable efforts to obtain assurances that confidential treatment will be accorded to the Confidential Information to be disclosed pursuant to this clause 15.4. Without prejudice to the generality of the foregoing, Government Purchaser acknowledges and agrees that Janssen's Confidential Information (a) constitutes commercial, financial, scientific and/or technical information supplied to Government Purchaser in confidence, and (b) is competitively sensitive and proprietary information of Janssen that, if disclosed or otherwise made available to the public, would result in significant competitive prejudice and undue loss to Janssen and its Affiliates. Accordingly, Janssen reserves and relies upon all of its rights under any applicable freedom of information Laws, and Government Purchaser shall assist Janssen in protecting Janssen's Confidential Information and take all other reasonable steps to prevent disclosure of any such Confidential Information under such applicable Laws.

4. Continúa exponiendo que mediante Resolución No. 20201010278 del 25 de marzo de 2021, expedida por el INVIMA, se otorgó autorización sanitaria de «Uso de Emergencia —ASUE- para la “VACUNA COVID 19 JANSSEN”», en los siguientes términos:

NÚMERO DE AUTORIZACIÓN SANITARIA DE USO DE EMERGENCIA: ASUE 2021-000003

TITULAR: JANSSEN CILAG S.A. ubicado en Av. Calle 26 No. 69-76, Edificio elemento, Torre 2, Piso 7 Bogotá, Colombia

IMPORTADORES:

1. Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres ubicado en la Calle 26 No. 92 – 32 edificio Gold 4 – piso 2, Bogotá D.C., Colombia
2. Janssen Cilag S.A. con domicilio en Av. Calle 26 No. 69-76, Edificio elemento, Torre 2, Piso 7 Bogotá, Colombia

5. Que el IIEA⁶, organización sin ánimo de lucro, elevó derecho de petición ante la UNGRD con el fin de que se le entregara diferente información relacionada con el proceso de contratación llevado a cabo

⁶ Tiene como objeto la detección, investigación y análisis de las causas y efectos de la corrupción, violaciones a la ética, el abuso de poder y la falta de transparencia, integridad y rendición de cuentas en la administración pública y en el sector privado, a nivel nacional e internacional, con el fin de proponer soluciones integrales y multidisciplinarias orientadas a su erradicación y a la mitigación o control de los riesgos asociados a dichos comportamientos. (<https://www.estudiosanticorrupcion.org/quienes-somos/>)

entre el Gobierno Nacional y diferentes farmacéuticas, para la adquisición de las vacunas contra el COVID – 19. Solicitud atendida de manera desfavorable al considerarse que se trata de información “reservada”.

6. Razón por la cual, el IIEA interpuso recurso de insistencia siendo remitido ante la Corporación judicial competente para su resolución, en este caso, la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, mediante sentencia del 11 de mayo de 2021, ordenó «la entrega de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el COVID-19»; decisión que, según el portal web de la Rama Judicial, le fue notificada a la UNGRD el 21 de mayo de 2021.

7. Al respecto, asegura la farmacéutica accionante que solo conoció del referido trámite judicial a través «de las notas periodísticas que se publicaron el 21 de mayo de 2021 en varios medios de comunicación colombianos (El Tiempo⁷, Caracol⁸, RCN⁹, El Espectador¹⁰, entre otros) y de trinos en la red social Twitter»; por lo que a la fecha, considera se le están «vulnerando sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la defensa, [pues] no se le ha permitido [...] ejercer los derechos consagrados en la numeral 15.4 del Acuerdo, existiendo la inminente posibilidad de divulgación de información confidencial y sensible, [...]»; lo cual configura un defecto procedimental.

8. Adujo también la parte accionante, que el trámite acusado, bajo la misma causal referida, omitió solicitar la interpretación prejudicial del artículo 33 de la Decisión 472, Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que señala:

⁷ URL: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/tribunal-ordena-que-se-entreguencontratos-de-vacunas-contra-covid-590174>. Visitada el 21 de mayo de 2021.

⁸ URL: https://caracol.com.co/radio/2021/05/21/judicial/1621631411_850299.html. Visitada el 21 de mayo de 2021.

⁹ URL: <https://www.rcnradio.com/judicial/gobierno-debera-entregar-contratos-de-la-compradelas-vacunas-contra-la-covid>. Visitada el 21 de mayo de 2021.

¹⁰ URL: <https://www.elespectador.com/salud/tribunal-administrativo-de-cundinamarcaordena-al-gobierno-entregar-contratos-de-compra-de-vacunas-contra-el-coronavirus/>. Visitada el 21 de mayo de 2021

«[...] Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal. [...]».

9. En igual sentido, refirió como desconocidos los artículos 123 y 124 del Estatuto del TJCA, codificado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones exteriores¹¹,

«[...] Artículo 123.- Consulta obligatoria De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y Tribunal.

Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada. [...]».

1.1.1. Pretensiones.

9. Con fundamento en la situación fáctica expuesta, las farmacéuticas accionantes solicitan que, en emparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y del acceso a la administración de justicia:

«[...] Petición Principal: [...] declarar que la Sentencia Atacada viola los derechos fundamentales de JANSSEN CILAG S.A., y que se ordene al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No.2021-00240, dejar sin valor ni efecto los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutive de la Sentencia Atacada, y vincular a JANSSEN PHARMACEUTICA Y JANSSEN CILAG, para que ejerzan sus derechos.

Petición Subsidiaria No. 1: En caso en que el H. Consejo de Estado no considere procedente acceder a la petición principal, le solicito muy comedidamente que ordene que la revelación del Acuerdo solo se realice

¹¹ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Núm. 680. 28 de junio de 2001.

luego de que JANSSEN PHARMACEUTICA Y JANSSEN CILAG hayan aprobado una versión en donde no se revelen sus secretos industriales e información confidencial.

Petición Subsidiaria No. 2: En caso en que el H. Consejo de Estado no considere procedente acceder a la petición principal ni a la petición subsidiaria No. 2, le solicito muy comedidamente que ordene que el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción se abstenga de revelar a cualquier tercero, así como a divulgar el texto o cualquier información del Acuerdo. [...]».

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL INSTANCIA.

10. Mediante auto del 28 de mayo de 2021, la Consejera sustanciadora admitió la acción de tutela de la referencia, accedió a la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión transitoria de los efectos de la decisión del 11 de mayo de 2021, hoy cuestionada, y ordenó notificar a: *i)* los magistrados de la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en calidad de accionados, y *ii)* al señor Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a los Ministerios de Salud, Relaciones Exteriores y de Comercio, al INVIMA, a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Unidad de Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, a la Fiduprevisora SA (administradora de la Subcuenta Covid-19), al Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, a las farmacéuticas AstraZeneca PLC y Pfizer Inc y, a las sociedades BioNTech, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax, como terceros con interés.

11. Así mismo, ordenó vincular y notificar del asunto al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; e invitó a la Universidad del Rosario, a la Universidad Javeriana, al Externado de Colombia, a la Universidad Nacional de Colombia, a la Universidad de Cartagena, a la Universidad de los Andes y a la Universidad Sergio Arboleda, para que, si a bien lo tuvieron, presentaran concepto u opinión.

1.3. INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO

1.3.1. Fiduciaria La Fiduprevisora SA.

12. La entidad, a través de escrito del 1.º de junio de 2021, solicitó la desvinculación del asunto por carecer de legitimación en la causa por pasiva. Sin embargo, frente al proceso de contratación adelantado con ocasión de la adquisición de las vacunas contra el Covid-19, puso de presente:

13. - Mediante Decreto Legislativo 559 del 15 de abril de 2020, se adoptan medidas para crear una Subcuenta para la Mitigación de Emergencias Covid-19 en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establecen las reglas para su administración, por parte de la Fiduprevisora, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; de conformidad con Decreto Ley 1547 de 1984¹², modificado por el Decreto Ley 919 de 1989¹³, a su vez modificado por la Ley 1523 de 2012¹⁴.

14. - El 4 de mayo de 2020, se constituyó contablemente la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias Covid-19 en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 559 del 15 de abril de 2020, bajo el Código 3-1-009677-18, cuya representación legal está en cabeza de la Fiduciaria La Previsora S.A. y, donde la Junta Directiva, es el órgano de administración que aprueba el presupuesto y prioriza el gasto.

15. - El Patrimonio Autónomo Público es una cuenta especial de la Fiduciaria La Previsora S.A., con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, en la que el ordenador del gasto es el Director General de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.

¹² Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento.

¹³ Por el cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones.

¹⁴ Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones.

16. - La ejecución y desarrollo del Patrimonio Autónomo Público se da en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, el Decreto 4702 de 2010, el Decreto 4147 de 2011 y la Ley 1523 de 2012, así como en las derivadas de la operatividad del negocio.

17. - La Previsora S.A., en su condición de tal, y como vocera y administradora de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias Covid-19, no actúa ni obra con plena autonomía, toda vez que las actuaciones y gestiones están precedidas de una instrucción impartida por la UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, en calidad de fideicomitente y en su condición de ordenador del gasto de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias Covid-19.

18. - La entidad comparte los argumentos y fundamentos legales señalados por la UNGRD, respecto de la reserva de la información solicitada por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, y los argumentos expuestos por el magistrado Fredy Ibarra Martínez en su salvamento de voto, «en que la información ordenada a entregar mediante sentencia de fecha 11 de mayo de 2021 tiene el carácter de reservada y dicha condición se encuentra amparada legalmente».

1.3.2. INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN.

19. En calidad de peticionario de la información solicitada, hoy en discusión, luego de advertir que la solicitud de amparo no se dirige contra el fondo de la decisión proferida por el Tribunal accionado, sino a una presunta vulneración del derecho al debido proceso, a la defensa y del acceso a la administración de justicia de la farmacéutica accionante en tanto no fue vinculada al trámite de insistencia adelantado, señaló que la acción de tutela se torna improcedente, toda vez que, para ello, cuenta

con el incidente de nulidad en los términos del artículo 133 del CGP; tal como lo intento el Ministerio de Salud bajo argumentos similares.

1.3.3. Ministerio de Salud y Protección Social.

20. El ente ministerial, a través de oficio del 1.º de junio de 2021, solicitó que se acceda a la solicitud de amparo y se extiendan los efectos de la medida cautelar decretada mediante auto del 28 de mayo de 2021, hasta tanto se resuelva el incidente de nulidad ya propuesto.

21. Señaló que, en su caso, también debió ser vinculada al trámite de insistencia que hoy se cuestiona, teniendo en cuenta que:

«[...], el 11 de mayo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres suscribieron un acuerdo de entendimiento y colaboración con el objeto de sumas esfuerzos, recursos humanos, físicos, tecnológicos, logísticos y administrativos, para fortalecer la capacidad de respuesta institucional frente al COVID-19, en desarrollo del Decreto 559 de 2020 (dicho acuerdo fue prorrogado hasta junio de 2021).

En ese acuerdo, este Ministerio se comprometió a presentar la iniciativa de gasto de los bienes que, desde el sector salud, deben ser adquiridos para la atención de la pandemia. La Unidad nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, por su parte, de acuerdo con las competencias ya enunciadas, es la entidad encargada de llevar a cabo el proceso contractual y la adquisición de los bienes, en su calidad de ordenador del gasto.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio de salud y Protección Social participó en los procesos de negociación con las casas farmacéuticas y así, con el propósito de tener información que permitiera tomar decisiones sobre las mejores vacunas a adquirir en beneficio de la población, suscribió acuerdos de confidencialidad o NDAs con las siguientes empresas:

- Sinovac.
- Pfizer.
- AstraZeneca.
- Janssen Cilac.
- Moderna.

Los NDA fueron suscritos con anterioridad a la suscripción de los respectivos contratos de suministro, esto en razón a que las farmacéuticas requieren garantías para proteger su posición contractual, y en ese sentido proteger el secreto comercial o empresarial que implicaba no solo las fórmulas constitutivas de vacunas contra el Covid-19, sino también la negociación y términos planteados. Estos acuerdos de confidencialidad

están regidos por reglas del derecho internacional privado, lo que implica la creación de obligaciones vinculantes a partir de la propia voluntad y/o autonomía negocial de las partes.

En otras palabras, la fuerza obligatoria de las cláusulas presentes en los NDA suscritos entre el Ministerio de Salud y Protección Social (a nombre del Estado colombiano) y las farmacéuticas productoras de vacunas contra el Covid-19 emana exclusivamente de su pacto, y aplica *inter partes*.

Entonces, si bien la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres es la entidad competente para la suscripción de los contratos y, desde el punto de vista formal, es la obligada a mantener la custodia de los mismos, lo cierto es que el Ministerio de Salud y Protección Social participó en la negociación que se llevó a cabo con las empresas farmacéuticas para la adquisición de las vacunas y suscribió acuerdos de confidencialidad con estas, lo que le genera obligaciones contractuales que se deben cumplir a cabalidad en nombre del Estado colombiano, so pena de ser demandado ante Tribunal es nacionales e internacionales. [...]».

22. Finalmente, advirtió acerca del perjuicio que conllevaría el desconocimiento de las cláusulas contractuales, pues:

«[...] Debe tenerse en cuenta que, en la mayoría de los contratos de suministro de vacunas contra el Covid-19, el Estado acordó que el juez con competencia para pronunciarse respecto de estos sería un Tribunal Arbitral, constituido (según indique el contrato) bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o bajo el Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA), como es usual en los contratos de compraventa internacional.

Conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo 559 de 2020 los contratos que se celebren con los recursos de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias – COVID 19 se rigen por normas de contratación entre particulares. En este sentido, en los contratos que se suscribieron para el suministro de vacunas, las partes deben dar estricto cumplimiento y respeto a las cláusulas pactadas (dentro de las cuales se encuentran obligaciones específicas de confidencialidad), pues sin las condiciones contractuales concretas que se tenían en la negociación, no se habría contratado.

Debe advertirse que, de acuerdo con lo pactado en los contratos, la revelación de la información incluida en estos podrá facultar a las farmacéuticas para el ejercicio de poderes contractuales discrecionales, dentro de los cuales se encuentra la limitación o suspensión del suministro de vacunas. Esto podría producirse con fundamento en poderes contractuales en cabeza de la farmacéutica, la cual cobijada en la buena fe y en la protección de su posición contractual, estaría jurídicamente habilitada para detener el envío de vacunas a Colombia, sobre todo bajo el argumento de que la existencia de obligaciones de confidencialidad constituía una causa o la consideración esencial para que las farmacéuticas, suscribieran los contratos de suministro respectivos.

La suspensión de suministro de vacunas pone en riesgo el Plan Nacional del Vacunación. [...]».

1.3.4. Procuraduría General de la Nación.

23. La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, a través de informe del 2 de junio de 2021, sin haber tenido acceso al expediente de insistencia ni a los acuerdos de confidencialidad, considera necesario que se le reconozca a la sociedad JANSSEN PHARMACEUTICA NV el derecho a ser escuchada en este. Respecto de lo cual advirtió:

«[...] aunque el trámite del recurso o procedimiento de insistencia, a la luz del artículo 26 del CPACA, sustituido por la Ley 1755 de 2015, y del artículo 26 de la Ley 1712 de 2014, no prevén expresamente la vinculación de terceros, resultaba razonable que los sujetos obligados, en especial por lo previsto en el artículo 28 de la última normativa en mención, pusieran de presente al Tribunal en qué consistieron los acuerdos de confidencialidad, sus fundamentos, la información específicamente objeto de reserva o exceptuada, a efecto de que el Juez analizara, entre otros aspectos, la posibilidad de convocar o citar a quienes pudieran resultar afectados con la circulación o entrega de los referidos contratos.[...]».

1.3.5. Subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

24. El magistrado ponente¹⁵ del trámite de insistencia cuestionado, a través de escrito del 2 de junio de 2021, se opuso a la solicitud de amparo, reiterando varias de las consideraciones expuestas en la decisión que desató el asunto. En cuanto a la no vinculación de la farmacéutica accionante señaló:

«[...] 1. En torno a los argumentos esbozados por la parte accionante, sea lo primero destacar que el procedimiento se encuentra regulado en la ley, desde el año 1985 se introdujo con la Ley 57, un mecanismo para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho fundamental de acceso a la información consagrado tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en la Convención Americana de Derechos Humanos, y en ese sentido Colombia ha sido de los primeros países en establecer un procedimiento para que las personas ante la negativa de suministrar información por motivos de reserva, pudieran acudir a una autoridad judicial, como garantía de independencia e imparcialidad, para

¹⁵ Doctor Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.

decidir mediante sentencia, si la negativa se encuentra ajustada a derecho.

Posteriormente tanto en la Ley 1437 de 2011 como en la posteriores (Ley 1755 de 2015), el procedimiento se encuentra regulado, ha sido considerado por la Corte Constitucional como acorde a la Constitución (sentencia C-951/2014), y consiste básicamente en una revisión que se hace ya en sede judicial de la petición de información, la respuesta de la autoridad y el análisis de la información, para determinar si debe o no suministrarse o entregarse parcialmente la información, o al contrario, estimarse bien denegada.

[...]

2. Es decir que se trata de una garantía para hacer efectivo el derecho de acceso a la información¹ como de sus limitaciones, por tanto NO se trata de un debate judicial en el que tengan que establecerse unas etapas y procedimientos previamente seguidos, porque su finalidad es sencillamente verificar que las autoridades no adopten decisiones sobre estos derechos sin posibilidad de revisión en un término expedito (10 días) y que se revista de una serie de actuaciones adicionales. Y dado que se reivindica justamente el debido proceso, pues la primera condición que reviste este gran derecho, es el de respetar el procedimiento establecido, de manera que no puede invocarse una violación cuando precisamente el tribunal ha seguido el procedimiento que definió con anticipación el legislador, y que los accionantes confunden un proceso judicial en el que debían intervenir, pues la información fue solicitada a la UNGRD y está manifestó solamente que la entidad que la tenía era la fiduciaria La Previsora.

En efecto, dentro del procedimiento fijado en la ley para decidir el recurso de insistencia no es necesario vincular a todo aquel que tenga interés sobre determinado registro o documento que repose en una autoridad pública o un particular que cumplan funciones administrativas ya que, además de no estar previsto en la norma, la comprobación que se realiza mediante este trámite es meramente objetiva, es decir, está referida a la naturaleza y el contenido de los documentos que ya están bajo la órbita de la entidad y no a la percepción que tengan los interesados sobre los datos, copias, documentos. En ese sentido, la Ley 1755 de 2015 contempla en el artículo 24, lo siguiente: *“Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial(...).”*

3. De lo contrario, se desnaturaliza el derecho humano a acceder a la información, al exigir que cada vez que alguien quiera obtener copia de documentos que se encuentran en las entidades del Estado, deba informarse a las personas naturales o jurídicas que aparezcan en esa información, para que intervengan tanto en sede administrativa como en sede judicial, ya que no sería efectivo el derecho y lo supeditaría a un trámite distinto, afectando incluso el derecho de petición, [...].».

1.3.6. Fundación para la Libertad de Prensa

25. En calidad *Amicus curiae*¹⁶, a través de escrito del 22 de junio de 2021, luego de definir a la providencia que resuelve el trámite de insistencia como un auto interlocutorio, adujo que la procedencia de la acción de tutela contra el mismo es de carácter excepcional; y que, en el presente caso, la sociedad accionante hace uso de esta como se si tratara de un incidente de nulidad, el cual actualmente se encuentra en trámite, por lo que la solicitud de amparo de la referencia se torna improcedente.

26. Advirtió que, siendo el argumento principal de amparo un supuesto defecto procedimental absoluto por la no vinculación de la accionante al trámite cuestionado, las consideraciones planteadas respecto del fondo de la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no guardan relación con el asunto a definir, como por ejemplo, decir de «que la existencia de secretos empresariales debe restringir el acceso al contrato, que el contrato se refiere a condiciones de comercialización que son secretas y tienen valor para la actividad de la empresa, y que la información tiene valor comercial efectivo».

27. Sin perjuicio de lo anterior, y dada la especialidad de la Fundación en el asunto, trajo a colación varios pronunciamientos internacionales que, «aunque no hacen parte del bloque de constitucionalidad, pueden ser de utilidad para guiar la discusión sobre este asunto, primordialmente por tratarse de una situación donde se evidencian choques entre el derecho de acceso a la información e intereses privados de empresas»; como los casos *Rubén Héctor Giustiniani v. YPF S.A.*¹⁷, *De Lange v. Eskom Holdings*¹⁸, *Rosen Bosev v. Director del Servicio Gubernamental de Información*¹⁹, Centro

¹⁶ Son escritos realizados por terceros ajenos a un caso o a una solicitud de opinión consultiva que está estudiando la Corte Interamericana, que de manera voluntaria ofrecen su opinión sobre algún aspecto relacionado con el caso o la solicitud de opinión consultiva, esto para colaborar con el Tribunal en la resolución de la sentencia o en la resolución de opinión consultiva. (https://www.corteidh.or.cr/amicus_curiae.cfm)

¹⁷ Corte Suprema de Argentina (2015). *Rubén Héctor Giustiniani v. YPF S.A.* Caso No. CAF 037747/2013/CS001.

¹⁸ Tribunal Superior de Gauteng del Sur (2011). *De Lange v. Eskom Holdings*. Caso No. 10/10063.

¹⁹ Tribunal de la ciudad de Sofía, Panel III-B (2006). *Rosen Bosev v. Director del Servicio Gubernamental de Información*. Caso administrativo No. 03528/2006.

de Desarrollo Público y Privado v. Power Holding Company de Nigeria²⁰,
Transnet Ltd. V. SA Metal Machinery Company Ltd.²¹

28. Pronunciamientos respecto de los cuales recalcó que son «amplios precedentes a nivel mundial sobre acceso a la información relacionada con contratos celebrados entre entidades estatales y empresas privadas. En todas estas situaciones, se explicó por qué el derecho de acceso a la información prepondera sobre cláusulas de confidencialidad y/o la protección de secretos empresariales, más aún en asuntos de interés general. Esto es importante para el caso concreto, pues es evidente que todos los asuntos relativos a las vacunas conciernen en gran medida a la ciudadanía, quien debe poder conocer cómo se está gestionando el Plan Nacional de Vacunación con la finalidad de hacer veeduría frente a la gestión del Estado colombiano.».

1.3.7. Universidad de Cartagena.

29. El ente universitario, a través de oficio del 18 de junio de 2021, adujo que, en el caso concreto, es procedente la limitación impuesta al principio de publicidad y acceso a la información pública teniendo en cuenta que:

30. - Las cláusulas de confidencialidad en los contratos celebrados entre el Gobierno Nacional y las farmacéuticas para adquirir las vacunas contra el Covid-19, no son violatorias de las disposiciones del artículo 209 de la Constitución política; frente a lo cual, se debe tener en cuenta el contexto y la necesidad de dichas negociaciones.

31. - De conformidad con el Decreto 444 de 2020, en la relación contractual celebrada en razón a la adquisición de las pluricitadas vacunas, el Estado interviene como un particular; por lo que puede suscribir una cláusula de confidencialidad, estando obligado a lo pactado.

²⁰ Tribunal Superior Federal de Nigeria (2013). *Centro de Desarrollo Público y Privado v. Holding Company of Nigeria*.

²¹ Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica (2005). *Transnet Ltd. V. SA Metal Machinery Company Ltd*. Caso No. 147/05.

32. - Sobre el inciso 2 del artículo 6 del Decreto No 444 de 2020, la Corte Constitucional en sentencia C-194 de 2020, consideró que el hecho que la referida relación contractual sea bajo el régimen de contratación privada, como excepción al de contratación pública, es compatible con la Constitución Política, dada las características de «urgencia de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen».

33. - Los acuerdos de confidencialidad o «*Non Disclosure Agreement*», son contratos que suscriben dos o más partes con el objeto de compartir información confidencial, los cuales no cuentan con una reglamentación particular sin embargo, consuetudinariamente cobran especial importancia en la actividad comercial y en las adquisiciones. El propósito de estos acuerdos consiste principalmente en salvaguardar y garantizar que la información compartida entre las partes no sea revelada a terceros o usada indebidamente, so pena de incurrir en conductas tipificadas penalmente. [...]»

34. - En atención al «concepto dado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de fecha 31 de mayo de 2021, en el cual se indica que, la obligación de confidencialidad en el marco de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, es el de garantizar la confidencialidad de cada proyecto de adquisición o suministro de vacunas, conforme a las reglas de derecho internacional privado»; señaló que «la cláusula de confidencialidad o NDA (en inglés non-disclosure agreement) fueron suscritas con anterioridad a la suscripción de los respectivos contratos de suministro, en razón a que las farmacéuticas requerían garantías para proteger su posición contractual y, en ese sentido, proteger el secreto comercial o empresarial que implicaba no solo las fórmulas constitutivas de vacunas contra el COVID-19, sino también su negociación y términos pactados». Razón por la cual, el Gobierno Nacional, una vez suscrito el contrato con la farmacéutica, «se obliga al cumplimiento de lo allí pactado, como quiera que, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.».

35. - El derecho a la información no es un derecho absoluto, por eso, en el presenta caso, el operador judicial debe realizar un juicio de proporcionalidad entre «(i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad (principio de proporcionalidad en sentido estricto) [...]».

36. De conformidad con todo lo expuesto, la Universidad de Cartagena concluyó «que, frente a la aplicación del principio de publicidad a las negociaciones y los contratos celebrados entre el Gobierno Nacional y las farmacéuticas para adquirir las vacunas contra el Covid-19, que, como quiera que dicho principio NO es absoluto, excepcionalmente puede verse restringido por un acuerdo de confidencialidad, máxime si se tiene en cuenta que, el derecho a la vida y la salud legitima dicha restricción a la información.[...]».

1.3.8. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

37. La facultad de jurisprudencia de la universidad, en atención a la invitación realizada para rendir concepto en el asunto de la referencia, luego de desarrollar constitucional y jurisprudencialmente el derecho de acceso a documentos e informaciones públicas, los principios que los rigen, así como la connotación de las informaciones reservadas, señaló:

«[...] En el presente caso es absolutamente claro que la UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES tiene la obligación expresa de suministrar toda la información relacionada con los contratos de las vacunas contra el Covid 19, pues se trata de información pública, que no tiene reserva legal de ninguna clase y que por el contrario, le pertenece a todos y cada uno de los colombianos, en la medida en que tenemos derecho a saber las actuaciones adelantadas por las autoridades públicas respecto de la compra, distribución y demás información concurrente respecto de las mismas, pues involucran además del manejo de los recursos públicos, la realización de los derechos a la vida y a la salud de los colombianos, así como el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales, dispuestas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[...]

De conformidad con lo anterior, en el presente caso, la entidad estatal ha incumplido dos obligaciones expresas: (i) la obligación de proporcionar la información requerida alrededor de las vacunas Covid 19 y los contratos suscritos para obtenerlas, conforme lo exigía el principio de transparencia, y (ii) la obligación de publicar y divulgar los documentos y archivos que contiene esa contratación, pues se trata de un asunto de interés público y no meramente patrimonial.

Dentro de esta comprensión, La UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES debió satisfacer debidamente el derecho de petición elevado y no debió dar lugar al trámite judicial de insistencia, sino que en cumplimiento de sus obligaciones legales, tenía que suministrar la información de interés público a que estaba obligada, pues dicha actuación corresponde expresamente a la “Política de Transparencia, Acceso a la Información y Lucha Contra la Corrupción” que de acuerdo con la información oficial, involucra el “diseño, promoción e implementación de lineamientos, mecanismos y directrices en materia preventiva en temas de Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción, así como de cultura de la legalidad y control social, en articulación interinstitucional a nivel nacional y territorial”²². Si esto no es así, ¿qué sentido tiene la existencia de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República y su “Política de Transparencia, Acceso a la Información y Lucha Contra la Corrupción”? En consecuencia, la UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES incurrió en tres violaciones del régimen legal y constitucional.

Violó la obligación general de proporcionar información, violó el derecho fundamental de petición, y violó la obligación de debida diligencia al suministrar información de interés público.

[...]

En el presente caso y bajo el supuesto de acuerdo con el cual “no existen derechos fundamentales absolutos”, se han querido plantear los términos de una falsa ponderación entre el derecho fundamental de acceso a la información pública (de un lado) y el derecho a la reserva de información, fundada en la eventual existencia de “secretos comerciales, industriales y profesionales” (del otro).

Dicha ponderación es no solo innecesaria, sino que es inexistente.

[...]

Como fácilmente se puede apreciar, eso no tiene NADA QUE VER con “secretos comerciales, industriales y profesionales”, sino con la celebración de contratos públicos y con la erogación de recursos públicos. La afirmación según la cual en dichos contratos está comprometida información que involucra “secretos comerciales, industriales y profesionales”, es tan pueril como mal intencionada. Las empresas multinacionales y especialmente las empresas farmacéuticas, no incluyen dentro de sus prácticas comerciales, la introducción de tales

²² Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República. Política de Transparencia, Acceso a la Información y Lucha Contra la Corrupción. En: <http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica> Registro de junio 4 de 2021

informaciones dentro de sus contratos de venta o suministro, pues además de no ser relevantes al objeto del contrato, se limitan a la inserción de cláusulas que simplemente regulan una transacción de carácter comercial. [...]».

38. Finalmente, advirtió acerca de algunas imprecisiones de orden técnico en la presentación de la acción de tutela, teniendo en cuenta que se mezcla y confunde «el amparo directo con el amparo por situación de perjuicio irremediable» y, las «peticiones en acción de tutela, como si estuviera dentro de un proceso ordinario declarativo y no dentro de una acción de amparo».

1.3.9. PFIZER S.A.S. y ASTRAZENECA COLOMBIA S.A.S.

39. Las referidas sociedades, vinculadas en calidad de terceras con interés, bajo argumentos similares, pusieron de presente la existencia de una segunda decisión proferida con ocasión del trámite de insistencia con radicado, 25000-23-41-000-2021-00238-00, iniciado por el señor Ramiro Bejarano Guzmán cuyo objetivo también es obtener copia de los contratos celebrados para la adquisición de las vacunas para contrarrestar el Covid-19; razón por la cual, solicita la extensión de la medida cautelar de suspensión transitoria decretada mediante auto del 28 de mayo de 2021, respecto de la referida decisión.

40. Informaron que entre estas y la Fiduprevisora SA, representante legal y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres – Subcuenta para la Mitigación de Emergencias contra el COVID 19, suscribieron contrato de fabricación y suministro el pasado 2 de febrero de 2021.

41. Que Pfizer Overseas suscribió contratos de fabricación y suministro de las vacunas contra el COVID 19 en el marco del Mecanismo de Acceso Global a las Vacunas Covid 19 – COVAX con Fiduprevisora S.A., el pasado 22 de febrero de 2021; los cuales «contienen información altamente confidencial y sensible, así como secretos empresariales, cuya divulgación afectaría los intereses comerciales de Pfizer», se rigen por el

derecho privado y se encuentran sujetos a un acuerdo de confidencialidad.

42. Bajo argumentos similares a los expuestos en el escrito de tutela, advirtieron que tampoco fueron vinculados al trámite de insistencia cuestionado, del cual solamente tuvieron conocimiento a través de las redes sociales, lo cual afecta gravemente sus intereses, teniendo en cuenta que:

«[...] Aunado a lo anterior, es importante poner de presente que la Sentencia Tutelada de ordenar a la UNGRD de entregar la copia de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el COVID 19 suscrito por la UNGRD, luce desproporcionada frente a la afectación de los intereses tanto de seguridad y salud pública, como de protección a los secretos comerciales.

Sin perjuicio de que los contratos para la adquisición de las vacunas contra el COVID 19 se rijan por el derecho privado, como anteriormente se explicó, entendemos que en los contratos para la adquisición de las vacunas hay evidentemente una disposición de los recursos públicos para el cumplimiento de las obligaciones allí pactadas, situación que hace necesario ponderar el derecho de la ciudadanía a acceder a la información relacionada con el buen manejo de dichos recursos públicos, en observancia de los principios de transparencia y publicidad, con el derecho de las partes contratantes (Fiduprevisora y las Farmacéuticas) de proteger sus intereses comerciales y sus secretos empresariales, bajo las reglas del derecho privado. [...]».

1.3.10. Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.

43. A través de escrito del 1.º de junio de 2021, la entidad adujo que se debe acceder a la solicitud de amparo, reiterando argumentos de porqué la información solicitada tiene la connotación de reservada, desconociéndose las disposiciones del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, en cuanto a negociaciones reservadas se refiere, reiterando los argumentos expuestos por el magistrado Freddy Ibarra Martínez en su salvamento de voto.

44. Además, advirtió de su preocupación, así «como en general para todo el Gobierno Nacional, que en caso de incumplimiento de las cláusulas de confidencialidad de los contratos suscritos, así como los acuerdos de confidencialidad, con las diferentes farmacéuticas, no solo se podría generar la

suspensión del suministro de las vacunas contratadas, sino también multas o sanciones al Estado, así como potenciales demandas contra el estado Colombiano antes los eventuales perjuicios que se pueden llegar a alegar por parte de la farmacéutica como consecuencia de la entrega al peticionario de esa información. [...]».

II. CONSIDERACIONES.

45. Con el fin de resolver la presente acción de tutela, en esta providencia se tratarán los siguientes aspectos: *i)* competencia, *ii)* cuestiones previas, *iii)* planteamiento del problema jurídico, *iv)* del derecho al debido proceso, *v)* del trámite de insistencia, *vi)* antecedentes normativos y jurisprudenciales del proceso de contratación adelantado por el gobierno nacional para la adquisición de vacunas contra el SARS-COV-2/COVID-19, *vii)* procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y, *viii)* del requisito de la subsidiariedad en el caso concreto.

2.1. COMPETENCIA

46. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 5º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1.º del Decreto 333 del 6 de abril de 2021²³, en cuanto estipula que «Las acciones de tutela dirigidas contra [...] Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada», esta Sala es competente para conocer la presente acción constitucional interpuesta contra la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2.2. CUESTIÓN PREVIAS – ASUNTOS VARIOS.

2.2.1. Delimitación del asunto a decidir.

²³ Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

47. De conformidad con los múltiples informes, conceptos e intervenciones presentadas en el asunto de la referencia, la Sala encuentra pertinente delimitar el asunto bajo estudio, en el entendido que la acción de tutela impetrada por las sociedades JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, se dirige a que, en amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y del acceso a la administración de justicia, previo a emitirse una decisión de fondo en el trámite de insistencia adelantado por el IIEA, con radicado 25000-23-41-000-2021-00240-00, se les permita ser escuchadas en defensa de sus intereses, de conformidad con la cláusula de confidencialidad contenida en el numeral 15.4 del acuerdo suscrito con la UNGRD, para la compra anticipada de vacunas para el SARS-CoV-2/COVID-19. Omisión que considera como un defecto procedimental absoluto.

48. Dicho ello, para la Sala es importante precisar que es lo que será objeto de decisión en la tutela impetrada, que no es otra cosa que establecer si deben ser protegidos los derechos fundamentales invocados por las sociedades peticionarias y, no estará dentro del marco de su actuar como Juez de tutela pronunciarse sobre la legalidad de la providencia del 11 de mayo de 2021, a través de la cual se decidió de fondo el referido trámite de insistencia; es decir, la Sala, de ser procedente, resolverá la presente acción de tutela de cara al procedimiento previo a proferirse la citada decisión, por lo cual, no habrá lugar a pronunciarse respecto aquellos argumentos expuestos por las partes y terceros con interés en el asunto, dirigidos a calificar si la información que en su momento solicitó el IIEC tiene o no la connotación de reservada; pues ello compete en primer término a la autoridad administrativa y en segundo lugar a la autoridad judicial, ante quien se presentó el recurso de insistencia.

2.2.2. Solicitud de extensión de medida cautelar respecto del expediente

49. La sociedad Pfizer SA, en su intervención, solicitó que se ordene la extensión de la medida cautelar decretada en el trámite de la presente tutela en auto del 28 de mayo de 2021, que ordenó «SUSPENDER TRANSITORIAMENTE los efectos de la decisión del 11 de mayo de 2021, proferida por la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente 25000-23-41-000-**2021-00240-00**, hasta tanto se profiere decisión de fondo en el asunto de la referencia», respecto de la sentencia, también del 11 de mayo de 2021, expediente 25000-23-41-000-2021-00238-00, Actor: Ramiro Bejarano Guzmán, proferida por la misma autoridad contra quien hoy se acciona.

50. La Sala al analizar la petición efectuada, debe señalar que ella no puede ser acogida, pues la actividad judicial, es reglada y el juez, magistrado, tiene competencia para pronunciarse sobre lo solicitado pero dentro del proceso que le ha sido repartido y del cual asume conocimiento, en ningún momento la tiene para pronunciarse en otro proceso que le ha sido asignado a otra autoridad judicial pues se trata de trámites y de decisiones judiciales totalmente independientes, pese a la similitud que puedan acarrear.

51. Dicho ello, se recuerda que en el presente asunto el único trámite, presuntamente, incurso en vulneración de derechos fundamentales fue el 25000-23-41-000-2021-00238-00; razón por lo que el presente estudio se circunscribe solo a este.

2.2.4. Reconocimiento de personería para actuar de apoderado judicial de JANSSEN PHARMACEUTICA NV

52. Mediante auto admisorio del 28 de mayo de 2021, entre otras, se requirió al abogado Christian Pérez Rueda para que allegara poder que lo acredite como apoderado judicial de JANSSEN PHARMACEUTICA NV, para presentar la acción de tutela de la referencia; el cual fue atendido en debida forma según poder obrante en SAMAI, por lo que se

procederá a reconocerle personería para actuar de acuerdo con el contenido de este.

2.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO.

53. Expuestas las situaciones fácticas y consideraciones jurídicas de los distintos intervinientes, encuentra la Sala que se pretende «declarar que la Sentencia Atacada viola los derechos fundamentales de JANSSEN CILAG S.A., y que se ordene al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No.2021-00240, dejar sin valor ni efecto los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutive de la Sentencia Atacada, y vincular a JANSSEN PHARMACEUTICA Y JANSSEN CILAG, para que ejerzan sus derechos».

54. Y otras declaraciones, en el ánimo de permitir la participación de los tutelantes en el trámite de insistencia adelantado, al considerar que se le vulneraron derechos fundamentales que pueden poner en riesgo información confidencial suscrita en razón a una relación contractual de derecho privado, por ello, se hace necesario resolver:

55. ¿La acción de tutela presentada por JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV satisface el requisito de la subsidiariedad, haciéndola un mecanismo idóneo para reclamar el amparo de los derechos pretendidos?

56. Y, de superarse el anterior presupuesto de procedencia general, deberá determinarse si ¿La subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y del acceso a la administración de justicia de JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, al no ser vinculadas al trámite de insistencia 25000-23-41-000-2021-00238-00, pese al interés en el asunto?

2.4. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

57. La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución Política como derecho fundamental de aplicación inmediata y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta Constitucional, el ajuste de toda actuación a las normas preexistentes al acto que se imputa, la competencia de la autoridad que orienta el proceso; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características, así, como la ejecución de cualquier orden legalmente dada por autoridad administrativa.

58. Es decir, que el someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales, no solo garantiza el derecho de defensa, sino que también el principio de la igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia y, asegura de manera eficaz la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad de los procedimientos.

59. Las autoridades judiciales, administrativas y las civiles, deben actuar respetando la secuencia de los actos previstos en la ley, pues su inobservancia puede ocasionar sanciones legales. La Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso así:

«El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]»²⁴.

²⁴ Artículo 29.

60. La Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso, ya sea judicial, disciplinario o administrativo, es un derecho con rango fundamental²⁵, establecido como una garantía para los asociados, que confían en que los actos del servidor público tienen como fundamento un proceso justo y adecuado. En la sentencia T - 1263 de 2001, la alta Corporación sostuvo:

«[...] El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales [...]».

61. El carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de un estrecho vínculo, con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las autoridades judiciales, sino también las administrativas y aquellas que adelantan la fuerza pública en la definición de los derechos individuales, es pues, la defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio.

2.5. DEL TRÁMITE DE INSISTENCIA – DERECHO DE PETICIÓN.

62. El artículo 23 de la Constitución Política estableció que toda persona tiene derecho a presentar peticiones ante la autoridad competente y a obtener dentro del término legal una solución a ellas debiendo ser estas suficientes, efectivas y congruentes:

« [...] ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales [...]».

²⁵ Al respecto puede consultarse la sentencia C – 597 de 2003.

63. En ese sentido, se observa que el derecho de petición comprende varios elementos así: (1) la posibilidad de presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades, sin que estas puedan negarse a recibirlas o tramitarlas; (2) el derecho a obtener una respuesta oportuna; (3) el derecho a que dicha respuesta sea de fondo, es decir, que quien la expide tiene la obligación de emitir un pronunciamiento completo y coherente respecto de todos los asuntos relacionados en la solicitud, sin que ello signifique que la misma deba ser favorablemente al peticionario; y, (4) el derecho a recibir una comunicación oportuna frente a la decisión.

64. De otro lado, cabe mencionar que la entidad competente debe otorgar respuesta en los términos de ley, según corresponda, pero, en caso de no poder hacerlo por algo excepcional o porque simplemente exista un procedimiento especial para ello, así lo deberá informar al interesado.

65. Así, pues, en lo que interesa al caso, el artículo 25 de la Ley 1755 de 2015 reconoce el rechazo de aquellas peticiones cuya información solicitada sea restringida por reserva legal:

«Artículo 25. Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella. [...]».

66. Como se observa, dicha disposición contempla una restricción al peticionario de información, bajo el argumento de “reserva legal”; pero también dispuso el legislador un mecanismo judicial para que el interesado **insista** ante un Juez de la República, cuando considere que la información solicitada no tiene tal connotación y, llegado el caso, pueda serle suministrada.

67. De esta manera desde la Ley 57 de 1985²⁶, se dispuso que aquellos peticionarios a quienes la administración le negaba la información solicitada bajo el argumento de reserva, podían INSISTIR en obtenerla, ante los Tribunales Administrativos:

«[...] **Artículo 21.** La Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su **carácter reservado**, indicando las disposiciones legales pertinentes. Si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente. Ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Se interrumpirá este término en el caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente. [...]».

68. Posteriormente, fue la Ley 1712 de 2014²⁷ que en su artículo 27 dispuso:

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

Negado este recurso corresponderá al Tribunal administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales, decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente, la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo en un plazo no superior a tres (3) días. En caso de que el funcionario incumpla esta obligación el solicitante podrá hacer el respectivo envío de manera directa.

El juez administrativo decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra

²⁶ Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales.

²⁷ 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.

información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.

2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

Parágrafo. Será procedente la acción de tutela para aquellos casos no contemplados en el presente artículo, una vez agotado el recurso de reposición del Código Contencioso Administrativo. [...]».

69. Finalmente, a través de la Ley 1755 de 2015²⁸, se reguló al respecto:

«[...] Artículo 26. *Insistencia del solicitante en caso de reserva.* Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la **reserva**, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.

2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella. [...]».

70. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-951 de 2014²⁹, al estudiar la constitucional del proyecto de Ley Estatutaria Sobre

²⁸ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁹ MP (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

Derecho Fundamental de Petición, en cuanto al recurso de insistencia señaló:

«[...] En cuanto a la idoneidad de este mecanismo, la Corte advierte que en la Sentencia T-466 de 2010, se pronunció en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional ha distinguido dos hipótesis de desconocimiento del derecho fundamental de acceso a los documentos públicos que cuentan con dos mecanismos de defensa judicial diferentes. En efecto, la primera consiste en que la administración emita una respuesta negativa a la solicitud, aduciendo su carácter reservado e invocando las disposiciones constitucionales o legales pertinentes. En este evento, la Corte no ha dudado en afirmar que el recurso de insistencia es el mecanismo judicial de defensa procedente, en tanto aquel constituye un instrumento específico, breve y eficaz para determinar la validez de la restricción a los derechos fundamentales en cuestión. La segunda hipótesis consiste en la vulneración por falta de respuesta material o respuesta diversa al carácter reservado de la información. En este supuesto, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que es la acción de tutela el mecanismo idóneo para obtener la protección de tal derecho fundamental.”

En el mismo sentido, se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-274 de 2013, con ocasión de la revisión del artículo 28 la Ley Estatutaria 1712 de 2014, que establece dos mecanismos judiciales para el evento en que se niegue el acceso a documentos públicos amparados por la existencia una reserva legal, que se consideran idóneos y efectivos para la protección del derecho a acceder a la información pública: el procedimiento especial – similar al estipulado en el artículo 26 que se examina- para reservas que protegen la seguridad y defensa nacionales y las relaciones internacionales y la acción de tutela en los demás casos en que se niegue el acceso a un documento público amparado en una reserva legal. Estos mecanismos reemplazaron el previsto en la Ley 57 de 1985 “*Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales*”, que hasta ahora había sido considerado como un instrumento judicial idóneo para el evento de denegación de acceso a un documento público por la existencia de una reserva legal. Al respecto, la Corte consideró que:

“Ambos mecanismos judiciales satisfacen los estándares de constitucionalidad señalados para asegurar la efectividad del derecho a acceder a documentos públicos, en tanto: (a) constituyen un recurso sencillo, de fácil acceso para todas las personas, ya que sólo exigen el cumplimiento de requisitos básicos para su ejercicio; (b) son gratuitos; (c) establecen plazos cortos y razonables para que las autoridades suministren la información requerida; (d) admiten solicitudes informales que se hagan de forma oral en los casos en que no pueda realizarse por escrito; y (f) se activan frente a una respuesta negativa y motivada del sujeto obligado que puede cuestionada en la vía judicial.”

En tal virtud, la Corte encuentra que el establecimiento de un procedimiento sumario para hacer efectivo el derecho de acceso a la información, cuando los administrados consideren que este no ha sido satisfecho por parte de la

administración, es idóneo en la medida en que se trata de un proceso judicial de única instancia a través del cual se decide de manera definitiva sobre la validez de la restricción al acceso de los documentos públicos, cuyas características procedimentales en nada riñen con el Estatuto Superior y, por el contrario, su estipulación legal es desarrollo de los artículos 15, 23, 74 y 209 de la Constitución Política, pero, además, se ajusta a los cánones del debido proceso previsto en el artículo 29 Constitucional.

No obstante lo anterior, a efectos de clarificar el alcance de los términos previstos para la interposición y tramitación de este procedimiento, la Corte considera necesario pronunciarse en torno al término dentro del cual el funcionario debe remitir la respectiva documentación al juez o tribunal contencioso administrativo. A la luz de una interpretación sistemática, los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución en consonancia con el principio de celeridad previsto en el numeral 13 del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, norma a la cual se integra el proyecto de ley estatutaria objeto de revisión, considera que la remisión que debe efectuar el funcionario al operador judicial debe ser inmediata. Esto, con el fin de salvaguardar de manera efectiva, los derechos fundamentales del peticionario. [...]».

71. De acuerdo con el recuento normativo que antecede, el procedimiento que debe adelantarse con ocasión del recurso de insistencia se resume así: **i)** Proferirse la negativa por parte de la autoridad a suministrar la información solicitada invocando “la reserva legal” u otra causal específica³⁰, **ii)** solo si la negativa se funda en reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el solicitante podrá interponer recurso de reposición por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella (Ley 1712 de 2014), **iii)** el interesado deberá interponer el recurso de “insistencia”, por escrito y sustentado, en la diligencia de notificación de la respuesta otorgada o dentro de los diez (10) días siguientes a ella; **iii)** la documentación correspondiente será remitida al Juez³¹ o Tribunal administrativo de forma inmediata, **iv)** quien resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción.

72. Término este último, que podrá ser interrumpido, únicamente, cuando la autoridad judicial **i)** solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que

³⁰ Artículo 19 de la Ley 1712 de 2014.

³¹C-951 de 2014: Si no existe Juez administrativo, será competente cualquier juez del municipio sede de la autoridad que aplicó la reserva.

requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente, o, ii) solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema.

73. En la última circunstancia, «[s]i al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo».

74. Como se observa, el trámite del recurso de insistencia es sumario y perentorio, cuyo objeto es salvaguardar los derechos de petición y de acceso a la información pública, «idóneo en la medida en que se trata de un proceso judicial de única instancia a través del cual se decide de manera definitiva sobre la validez de la restricción al acceso de los documentos públicos, cuyas características procedimentales en nada riñen con el Estatuto Superior y, por el contrario, su estipulación legal es desarrollo de los artículos 15, 23, 74 y 209 de la Constitución Política, pero, además, se ajusta a los cánones del debido proceso previsto en el artículo 29 Constitucional».³²

75. En cuanto a las partes en el pluricitado “proceso judicial”, es claro que obedecen a la autoridad que niega el suministro de la información requerida bajo el argumento de la “reserva legal” y el peticionario insistente en obtener la misma, sin que el trámite establecido en el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, señale etapa adicional como lo sería la necesidad de vincular a quien pudiera tener intereses de alguna forma con la información a suministrar; pues se insiste, el objeto no es otro que definir la «validez de la restricción al acceso de los documentos públicos».

76. Sin embargo, dicha premisa o silencio del legislador no puede ser entendida de forma restrictiva, pues, ante todo, se trata de un proceso judicial amparado bajo todas las garantías procesales al igual que cualquier otro; por ello, será el Juez o Tribunal de conocimiento quien determine, **en cada caso en particular**, la necesidad de vincular o no al

³² Sentencia C-951 de 2014.

asunto a terceros que pudieren resultar afectados con la decisión adoptada.

77. Dicho ello, por ejemplo, en el asunto bajo estudio, no hay duda que el estudio de validez por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca gira en torno a la restricción esbozada por la **UNGRD** respecto de la información solicitada por el IIEC; sin embargo, sin pretender pronunciarse al respecto, es claro que el asunto tiene varias particularidades, como el hecho que la documental pretendida es el resultado de diferentes relaciones contractuales celebradas entre la entidad pública referida y sociedades farmacéuticas, amparadas bajo el régimen de derecho privado internacional, en el marco de las cuales se celebraron **cláusulas de confidencialidad**.

78. Circunstancias que dejan ver, sin perjuicio de la decisión que se adopte, el impacto respecto de la relación contractual celebrada entre el Estado colombiano y las diferentes farmacéuticas; lo cual, permite concluir en la necesidad, se reitera, de que el Juez natural del recurso de insistencia valore, en el ejercicio de su autonomía judicial, la integralidad de argumentos que pudieren exponer los directos interesados en el asunto; actuación que solo puede ser entendida y soportada como una verdadera materialización del derecho al debido proceso, y a la tutela judicial efectiva.

2.6. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN ADELANTADO POR EL GOBIERNO NACIONAL PARA LA ADQUISICIÓN DE VACUNAS CONTRA EL SARS-CoV-2/COVID-19.

79. A través del Decreto Ley 1547 de 1984³³, modificado por el Decreto ley 919 de 1989³⁴, se creó el Fondo Nacional de Calamidades,

³³ Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento.

³⁴ *Por el cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones*".

modificado por la Ley 1523 de 2012³⁵, que lo denominó Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público y asistencia social y dedicado a la atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre o de calamidad o de naturaleza similar, **manejado por la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A.**

80. Mediante Decreto 444 de 2020³⁶, se creó el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME, cuyo objeto es «atender las necesidades de **recursos** para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en el marco del Decreto 417 de 2020».

81. Recursos provenientes de: *i)* el Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE; *ii)* Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET, *iii)* el Presupuesto General de la Nación; *iv)* los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos, *v)* los que el Gobierno Nacional determine y, *vi)* los provenientes del Fondo de Riesgos Laborales.³⁷

82. Para lo cual, «[e]l Ministerio de Hacienda y Crédito Público adelantará los trámites contractuales, contables, presupuestales y demás propios de la administración del Fondo, a través de sus dependencias competentes. Los procesos de contratación que se realicen en la ejecución de estos recursos se regirán por el derecho privado.»³⁸

83. Aspecto este último, respecto del cual la Corte Constitucional en sentencia C- 194 de 2020³⁹⁴⁰, consideró:

«[...] 109. La Corte considera que la referida disposición del inciso 2 del

³⁵ por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones.

³⁶ Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

³⁷ Artículo 4 Ibidem, adicionado por el artículo 2 del Decreto 552 de 2020.

³⁸ Artículo 6.

³⁹ MP. Carlos Bernal Pulido.

⁴⁰ Mediante la cual se declara la exequibilidad del decreto Legislativo 444 de 2020.

artículo 6 del Decreto Legislativo *sub examine* es compatible con la Constitución Política. En efecto, la Corte ha reiterado que “es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado”⁴¹, habida cuenta de que “el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita”⁴². Particularmente, en relación con los fondos creados mediante decretos legislativos, la Corte ha señalado que “se ha permitido que se sometan a las reglas del régimen de contratación privada como una excepción al de contratación pública, consagrado en el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y la Ley 1150 de 2007”⁴³. La aplicación del régimen de contratación privada se justifica, según la Corte, en “la urgencia de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen”⁴⁴. Por estas razones, la Corte concluye que someter la ejecución de los recursos del FOME al régimen de derecho privado no es incompatible con la Constitución Política. [...]».

84. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo 559 del 15 de abril de 2020⁴⁵, se creó en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, la Subcuenta denominada Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -COVID19, con el objeto de «financiar la provisión de bienes, servicios y obras requeridas para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos adversos derivados de la pandemia COVID- 19 en la población en condición de vulnerabilidad residente en el territorio colombiano y en el sistema de salud», la cual tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de su expedición.

85. Subcuenta cuyos recursos serán los «que sean transferidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en virtud del numeral 1 del artículo 4 del Decreto Legislativo 444 del 21 de marzo de 2020. De igual forma administrará los recursos que provengan de donaciones de procedencia nacional e internacional, los aportes o asignaciones públicas o privadas y demás fuentes que puedan ser administradas por intermedio del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.»⁴⁶.

⁴¹ Sentencia C-438 de 2017.

⁴² Id.

⁴³ Sentencia C-194 de 2011.

⁴⁴ Sentencia C-193 de 2011 y C-251 de 2011.

⁴⁵ Por el cual se adoptan medidas para crear una Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -Covid19- en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establecen las reglas para su administración, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

⁴⁶ Artículo 3 ibídem.

86. En cuanto al régimen de aquellos contratos celebrados en ejecución del referido objeto, en el artículo 4 ibídem, se dispuso:

«[...] ARTÍCULO 4. RÉGIMEN CONTRACTUAL. Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias-COVID19, se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con observancia de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad Imparcialidad y publicidad enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación.

PARÁGRAFO 1. El Gobierno nacional podrá, con cargo a los recursos de esta subcuenta, celebrar convenios con gobiernos extranjeros o con agencias u organismos multilaterales, cuyo objeto esté dirigido a mitigar los efectos adversos derivados de la pandemia generada por el Coronavirus COVID- 19 en la población en condición de vulnerabilidad residente en el territorio colombiano y en el sistema de salud. [...]»

87. Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-210 de 2020⁴⁷, declaró exequible el Decreto Legislativo 559 de 2020. En cuanto al régimen contractual establecido (artículo 4) consideró:

«[...] 6.8. Juicio de necesidad.

[...]

115. Sumado a lo anterior, también es cierto que el Decreto legislativo 559 de 2020 no se agota en la creación de una subcuenta dentro del FNGRD (artículo 1), sino que esto va acompañado de un proceso de organización, contratación y reglas especiales de funcionamiento orientadas a las particularidades de la actual pandemia. Algunos de estos ajustes exigían para su implementación de una autorización legal. En esto coincide el Procurador General al señalar que *“las particularidades de la subcuenta que crea el Decreto 559 de 2020 requerían de una norma con fuerza material de ley”*⁴⁸.

116. Fue por la necesidad de incluir ajustes adicionales al modelo de la Subcuenta que el Gobierno nacional optó por proferir un decreto legislativo, en vez de acudir a la Junta Directiva. La segunda alternativa simplemente permite crear subcuentas bajo el diseño institucional ordinario del FNGRD, pero no responde a las particularidades que exige la administración de los recursos de la pandemia. Para ello, era necesario incluir algunos ajustes con fuerza de ley en asuntos como: a) la asignación directa de recursos a la Subcuenta (artículo 3); b) el régimen de contratación (artículo 4); c) los órganos de administración especiales (artículos 5 y 6); d) la autorización directa y general para transferir bienes a título gratuito (artículo 9); y e) la autorización para adquirir bienes y

⁴⁷ MP. Diana Fajardo Rivera.

⁴⁸ Concepto del Procurador General de la Nación.

servicios en instancias internacionales (artículo 10). En seguida, la Sala explica cada uno de estos puntos.

[...]

118. La consagración de un régimen especial de contratación en los términos del artículo 4 del Decreto legislativo 559 de 2020 requiere de una autorización legal. En efecto, esto conlleva a la inaplicación del Estatuto General de Contratación que reúne un conjunto de preceptos de rango legal⁴⁹.

[...]

6.9. Juicio de proporcionalidad

[...]

143. El *artículo 4* consagra un *régimen contractual* especial para los contratos que celebre la sociedad fiduciaria con respecto a la Subcuenta.

[...]

144. De acuerdo con el Gobierno nacional, esta medida resulta proporcional en tanto que permite “*que la toma de decisión y ejecución de los recursos se realice con flexibilidad y atendiendo la urgencia y celeridad exigidas en el cumplimiento de los objetivos de la Subcuenta*”. Asimismo, advierte que es razonable pues debe siempre guiarse “*bajo estricta observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rige la función administrativa*”⁵⁰.

145. En este punto vale la pena retomar el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que -refiriéndose al régimen contractual del FNGRD- sostuvo que la Fiduciaria La Previsora, a quien se encomendó el Fondo y sus subcuentas, “*tiene un régimen de derecho contractual especial o mixto, que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas de derecho privado, pues dada su naturaleza, la finalidad que persigue (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad comercial se encuentra influenciada en los aspectos anotados por el derecho público (principios de la función administrativa, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, gestión fiscal)*”⁵¹.

146. Siguiendo este razonamiento, la Corte considera que en esta ocasión se justifica -con mayor razón- abogar por un régimen flexible de contratación, dado el escenario de urgencia derivado del Covid-19. Efectivamente, la jurisprudencia ha entendido que el manejo de los recursos previstos para atender las situaciones de emergencia requiere de un marco contractual más *flexible* que el que ordinariamente rige la administración pública. De ahí que, por lo general, se haya avalado emplear el régimen del derecho privado. En un contexto similar de

⁴⁹ Especialmente los contenidos en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Sobre la necesidad de acudir a mecanismos con fuerza de ley para modificar estas reglas durante los estados de excepción, ver Sentencia C-251 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁰ Intervención conjunta del Gobierno nacional. pág. 36.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 13 de mayo de 2015. C.P. Álvaro Namen Vargas. Radicado 11001-03-06-000-2014-00172-00(2222).

desastre, producto del fenómeno de La Niña, la Corte Constitucional admitió que los contratos celebrados se regularan siguiendo los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares⁵². Más recientemente, en la revisión del Fondo Colombia en Paz, que también es un *fondo-cuenta*, la Sala Plena explicó:

“Vale la pena resaltar que en general los fondos especiales pueden suscribir contratos para el cumplimiento de los objetivos que le fueron asignados. En su mayoría, estos fondos garantizan el cumplimiento de su objeto mediante contratos fiduciarios. En este sentido, la Corte ha considerado que es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado. Lo anterior obedece a que el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita // La jurisprudencia constitucional también ha precisado que cuando estos fondos se han creado mediante decretos de emergencia, por ejemplo, para conjurar situaciones de crisis económica, ambiental o de guerra exterior se ha permitido que se sometan a las reglas del régimen de contratación privada como una excepción al de contratación pública, consagrado en el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y Ley 1150 de 2007, por la urgencia de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen. Sin embargo, dichas facultades en este contexto no son perennes, pues esta Corporación ha dicho que deben extinguirse al momento en que las condiciones excepcionales que dieron lugar a su creación hubieren fenecido”⁵³.

147. Siguiendo este precedente, la Sala encuentra que el nuevo marco de contratación que propone el Decreto legislativo 559 de 2020 es razonable. Tal flexibilización se justifica ante la magnitud, urgencia e imprevisibilidad de las afectaciones que derivan de la pandemia por Covid-19.

148. Ahora bien, la Corte observa algunas diferencias con respecto a la formulación del artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, pero ello no supone una irregularidad que vicie de inconstitucionalidad la norma de emergencia. En efecto, no es necesario que el nuevo régimen de contratación previsto en el decreto legislativo para la Subcuenta sea exactamente igual al que normalmente rige al FNGRD. Precisamente, el Gobierno ha justificado la importancia de contar con un marco institucional y operacional específico que responda a la situación de emergencia derivada de la pandemia. Ciertamente, el Covid-19 supone un desafío sin

⁵² Ver Decreto legislativo 4702 de 2010, artículo 3. Respecto a esta norma, la Corte resolvió que: “Verificados los mecanismos con los cuales contaba el Gobierno Nacional para la contratación de los bienes y servicios necesarios para la pronta atención de la grave calamidad declarada por el Decreto 4580 de 2010 en la totalidad del territorio nacional, encuentra la Corte que si bien dichos mecanismos permitían la contratación con mayor agilidad a los mecanismos ordinarios, la necesidad de conjurar la crisis ocasionada por la emergencia invernal y prestar la asistencia humanitaria de manera inmediata hacía pertinente la flexibilización del régimen contractual que la Fiduciaria La Previsora S.A., realice en nombre del Fondo Nacional de Calamidades, tendiente a la atención humanitaria y de emergencia en las zonas y municipios afectados por la emergencia declarada”. Sentencia C-193 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵³ Sentencia C-438 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Cita original con pies de página. En la misma dirección se pronunció la Corte respecto al Fondo de Adaptación (Sentencia C-251 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

precedentes para el Estado que supera, incluso, el marco ordinario de atención a desastres previsto por la Ley 1523 de 2012.

149. En todo caso, el nuevo régimen no desconoce los elementos mínimos de la contratación con recursos públicos, pues expresamente consagra unas salvaguardas de protección para el manejo y fiscalización sobre estos recursos. Para ello, el artículo 4 del decreto legislativo invoca los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política⁵⁴, así como el control especial del Contralor General de la República. La inclusión de estos principios y la supervisión del Contraloría no suscita ningún reparo de constitucionalidad, pues justamente se busca salvaguardar el buen uso de los recursos públicos⁵⁵.

150. Además, es importante anotar que el Gobierno nacional reconoció que el mencionado artículo 4 del decreto legislativo no constituye una cláusula definitiva que contenga toda la regulación en materia de contratación. Sobre este punto concreto, la Corte preguntó al Gobierno y esta fue su respuesta:

¿Existen algunas operaciones o actos jurídicos realizados con cargo a la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias- COVID19, exceptuados del régimen contractual propio de los particulares, previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 559 de 2020?

“Teniendo en consideración que se están estableciendo medidas para combatir una pandemia, en algunos de los casos hay que contratar con gobiernos extranjeros y con agencias u organismos multilaterales con regímenes propios de contratación diferentes al régimen contractual propio de particulares.

Con el párrafo del artículo 4 se está dotando de herramientas adicionales al Gobierno nacional para poder adquirir elementos de manera ágil, como, por ejemplo, respiradores, vacunas, test, que pueden ser suministrados por gobiernos o empresas de origen extranjeros para atender a la población afectada a nivel nacional y evitar la extensión de los efectos derivados del Corona virus”⁵⁶.

151. De la respuesta anterior se desprende que lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto legislativo 559 de 2020 no impide hacer remisiones, cuando así sea necesario, a otras normas legales según el tipo de contrato a realizar. Tampoco significa ello que los principios constitucionales y el control fiscal sobre tales recursos deba formularse expresa y detalladamente en la norma de emergencia, pues se trata de postulados mínimos e incontrovertibles del orden constitucional que rigen con independencia de su inclusión en un decreto legislativo. Lo verdaderamente importante -como ha dicho esta Corte- es que, pese a

⁵⁴ Aunque el artículo 4 del Decreto legislativo 559 de 2020 no señale expresamente el principio de igualdad, en la intervención ante la Corte, el Gobierno sí lo incluye al enumerar los principios de la función administrativa. Ver intervención conjunta del Gobierno nacional. pág. 36.

⁵⁵ Respecto al Fondo Colombia en Paz, la Corte sostuvo que “no existía ningún reparo de constitucionalidad en que un fondo cuenta como éste, organizado como un patrimonio autónomo, estuviera sometido al régimen contractual privado y a los principios de la contratación estatal y de la función pública”. Sentencia C-438 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁶ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Respuesta a la pregunta 6 del cuestionario. pág. 102.

las particularidades de la situación, se “*salvuarde en mayor medida la administración y ejecución de los recursos de naturaleza pública*”⁵⁷.

152. Finalmente, el *parágrafo 1º* no ofrece dificultades pues simplemente autoriza al Gobierno a celebrar convenios con gobiernos extranjeros o con agencias u organismos multilaterales, cuyo objeto esté dirigido a mitigar los efectos adversos derivados de la pandemia generada por el nuevo coronavirus, y con cargo a los recursos de la Subcuenta.

[...]

181. La Corte concluyó que la citada norma de emergencia supera el examen de constitucionalidad formal y material previsto para este tipo de expedientes. Esta norma atiende la rápida expansión del Covid-19 en el territorio nacional y los múltiples efectos adversos para la salud, el bienestar de la población y la economía del país. De cara a lo anterior, el Decreto legislativo 559 de 2020 crea una Subcuenta especial dentro del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres para así administrar temporalmente los recursos adicionales que puedan ser apropiados por el Estado para financiar la provisión de bienes, servicios y obras requeridas para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos de la pandemia en la población en condición de vulnerabilidad. Esta finalidad es consecuente con la magnitud de la emergencia declarada y también responde a los fines esenciales del Estado.

182. Para lograr lo anterior, el Decreto legislativo 559 de 2020 dota a la Subcuenta con un marco de funcionamiento y administración propio que garantice la flexibilidad y especialidad requeridas para administrar los recursos adicionales dispuestos para esta emergencia. La Corte encuentra que este modelo responde al contexto específico de la pandemia, es necesario, proporcional y no conlleva criterios de discriminación. [...]».

88. El 4 de mayo de 2020 se constituyó la cuenta “Subcuenta para la Mitigación de Emergencias Covid-19” en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 559 del 15 de abril de 2020, bajo el Código 3-1-009677-18.

89. Con fundamento en los antecedentes normativos y jurisprudenciales referidos, la UNGRD inició el proceso contractual para la adquisición de las vacunas contra el SARS-CoV-2/COVID-19, para lo cual se suscribieron diferentes **cláusulas de confidencialidad o NDAs (Non Disclosure Agreement)**, con varias farmacéuticas como Sinovac, Pfizer,

⁵⁷ Sentencia C-438 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

AstraZeneca, Janssen Cilac y Moderna, y posteriormente, los correspondientes acuerdos de compra⁵⁸.

90. En concordancia con lo anterior, es pertinente precisar respecto de las cláusulas de confidencialidad o *Non Disclosure Agreement*⁵⁹:

«Se reitera que una cláusula contractual -especialmente la de confidencialidad- no puede establecer que se considerará como un secreto empresarial aquello que por su naturaleza no cumple los requisitos previamente establecidos en la ley.

El artículo 261 de la Decisión Andina 486 de 2000, en concordancia con lo establecido previamente en el artículo 75 de la Decisión Andina 344 de 1993, no considera como secreto empresarial la información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial, la que sea de dominio público o la que resulte evidente para un técnico en la materia. Sobre lo anterior, Metke Méndez ha señalado:

[...] la información que sea de dominio público, por su propia naturaleza, no puede ser objeto de secreto empresarial, y ello se infiere de la propia definición del secreto empresarial, según la cual debe versar sobre información no divulgada. La de dominio público no solo es información divulgada, sino de público conocimiento y de libre circulación⁶⁰.

Inclusive la misma Decisión Andina 486, en el inciso segundo del artículo 264, les pone una limitante a las cláusulas de confidencialidad del siguiente tenor:

En los convenios en que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos, siempre y cuando [estas] no sean contrarias a las normas sobre libre competencia.

La limitación transcrita se entiende en el sentido de que no podrá dársele tratamiento de secreto empresarial a información que no reúna los requisitos contenidos en el artículo 260, en particular cuando la información sea de dominio público y, en consecuencia, no amerite protección a nivel contractual, ni mucho menos se puede transformar su naturaleza jurídica mediante cláusulas contractuales⁶¹.

A pesar de lo anterior, resulta importante precisar dos puntos. En primer lugar, todo secreto empresarial es información confidencial, pero no toda

⁵⁸ Información suministrada por las diferentes entidades vinculadas al asunto de manera unísona. Sin que haya lugar a pronunciarse respecto a su contenido, teniendo en cuenta su condición de reserva y en cuanto ello no es objeto de estudio en el trámite de la referencia.

⁵⁹ Remolina Angarita, N.; Tafur Nader, G. "Limitaciones de las cláusulas contractuales para determinar la naturaleza jurídica de la información y para proteger los secretos empresariales", *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 24, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2017, pp. 145-165. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n24.07>

⁶⁰ Metke, R. *Lecciones de propiedad industrial (ii)*... p. 91.

⁶¹ *Ibid.* pp.

información confidencial es secreto empresarial. En este sentido, los secretos empresariales son una especie de información confidencial. En segundo lugar, **las cláusulas de confidencialidad no dejan de ser importantes y útiles en ciertos casos, porque, si bien no tienen el don de transformar la naturaleza jurídica de la información en secreto empresarial, continúan siendo válidas en todos los demás aspectos respecto de información que realmente sea confidencial -pero no secreto empresarial-, y la parte que no observe lo pactado estaría incurriendo en responsabilidad contractual. [...]**» (Resaltado por la Sala)

2.7. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

91. Sobre el particular, tanto la Corte Constitucional⁶² como esta Corporación⁶³, inicialmente consideraron que la acción de tutela no procedía contra providencias judiciales. Posición que fue variada por la Corte al aceptar la procedencia excepcional y restringida del referido mecanismo constitucional de comprobarse la existencia de una vía de hecho y de un perjuicio irremediable⁶⁴, y por parte de algunas Secciones del Consejo de Estado, cuando se evidenciara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia⁶⁵. Posteriormente, en la Sentencia C-590 de 2005⁶⁶ la Corte Constitucional⁶⁷ reiteró la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pero supeditada ya no a la existencia

⁶² En sentencia C-543 de 1992, proferida con ocasión del análisis de constitucionalidad de los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Corte sostuvo, que atendiendo al querer del Constituyente, a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y a la preservación de valores supremos como la seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial, la tutela no era procedente cuando tuviera por objeto cuestionar providencias judiciales.

⁶³ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante decisión de 29 de enero de 1992 (AC-009) con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, consideró que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, inaplicando para el efecto lo establecido en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Esta tesis fue reiterada por la misma Sala Plena mediante sentencias de 3 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía (AC-015), 14 de octubre de 1993 con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez (AC-1247) y 29 de junio de 2004 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda (AC-10203).

⁶⁴ Ver sobre el particular las sentencias T-483 de 1997, T-204 de 1998, T-766 de 1998 y SU-563 de 1999.

⁶⁵ Al respecto ver, entre otras, las siguientes Sentencias: Sección Primera, de 9 de julio de 2004, Exp. No. 2004-00308; y, Sección Segunda – Subsección A, de 27 de mayo de 2010, Exp. No. 2010-00559.

⁶⁶ Sentencia en la que se analizó la legalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

⁶⁷ Al respecto ver, entre otras, las Sentencias T-1009 de 1999, SU-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-774 de 2004.

de una vía de hecho, sino a la verificación de unos **requisitos de forma**⁶⁸ y de **procedencia material**⁶⁹ fijados⁷⁰ por la misma Corte⁷¹. Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González⁷², finalmente aceptó que la acción de tutela es procedente contra una providencia judicial, “cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales”.

92. Respecto a los requisitos de forma o generales de procedencia, señaló: i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁷³; ii) **Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *ius* fundamental irremediable**⁷⁴; iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; v) Que la parte actora identifique de

⁶⁸ También denominados requisitos generales de procedencia, y que son: i. Que el asunto tenga relevancia constitucional; ii. Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; iii. Que se cumpla con el requisito de inmediatez; iv. Que si se trata de una irregularidad procesal tenga efecto decisivo o determinante en la sentencia y afecte los derechos fundamentales; v. Que el interesado exponga los hechos que generan la vulneración o amenaza de sus derechos y que, además y de haber sido posible, hubiera alegado esta situación en el proceso; y, vi. Que no se trate de sentencias de tutela.

⁶⁹ También llamados requisitos generales de procedibilidad y que hacen referencia a la configuración de uno o varios de los siguientes defectos: i. Sustantivo o material; ii. Fáctico; iii. Orgánico; iv. Procedimental; vi. Desconocimiento del precedente; vii. Error inducido; viii. Ausencia de motivación; o, ix. Violación directa de la Constitución.

⁷⁰ Sobre la descripción de requisitos de forma y materiales ver la Sentencia T-007 de 2013.

⁷¹ Al respecto ver lo sostenido en las Sentencias C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-377 de 2009 y T-178 de 2012. También es importante resaltar que ya en la Sentencia SU-014 de 2001 la Corte consideró la necesidad de superar dicho concepto y dar paso a lo que, posteriormente, se denominó *error inducido* [Sentencia T-462 de 2003].

⁷² Emitida en el expediente 110010315000200901328 01.

⁷³ T-173 de 1993

⁷⁴ T-504 de 2000.

manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y, vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

2.8. DEL REQUISITO DE LA SUBSIDIARIEDAD EN EL CASO CONCRETO.

93. De conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y esta Corporación, para que la acción de tutela proceda debe cumplir, entre otras cosas, con la cláusula formal de la subsidiariedad. De conformidad con el artículo 86 constitucional se dispone que:

« [...] ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

[...]

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.(Subrayado por la Sala

[...]»

94. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 «[...] por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política [...]», en su artículo 6 dispone:

«[...] ARTICULO 6º-Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. [...]».

95. La subsidiariedad de la acción de tutela no tiene la vocación de sustituir aquellos mecanismos legales que, por negligencia, descuido o incuria, no han sido ejercidos o promovidos por quien se considera afectado, a menos que se convierta en el **único medio** eficaz e idóneo

que le permita amparar un derecho fundamental. Ahora bien, esta regla general merece una excepción, esto es, cuando se convierte en el único medio que con eficiencia e idoneidad permite amparar un derecho fundamental gravemente vulnerado o amenazado; esta excepción está sujeta a que se logre demostrar que el actor no utilizó los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación gravosa que así se lo impedía.

96. Respecto a la procedencia de la acción de tutela cuando existe otros mecanismos de defensa judicial la Corte Constitucional, señaló⁷⁵:

«[...] Como se ha expresado, cuando se pretende controvertir mediante la acción de tutela una decisión judicial, los requisitos generales de procedencia se hacen más exigentes pues (i) la persona que se considera afectada por una actuación judicial tiene, al interior del proceso, diferentes vías para defender sus derechos y (ii) no es el propósito de la acción de tutela el que se produzca una invasión de competencias por parte del juez constitucional, frente a las demás autoridades judiciales.

Para la Corte es claro que al juez natural corresponde el estudio detallado de todos los elementos normativos y fácticos discutidos mediante un proceso judicial, a través de un amplio debate probatorio y de la interpretación y aplicación de las cláusulas legales involucradas en el conflicto. Al segundo, en cambio, sólo le corresponde conocer de violaciones o amenazas a los derechos fundamentales derivadas de las actuaciones judiciales, sin involucrarse en las controversias propias del litigio y, además, sólo en caso de que hayan sido alegadas al interior del proceso sin éxito.

Esta restricción en la actuación del juez de tutela es una consecuencia de la obligación del peticionario de actuar diligentemente y agotar todos los recursos judiciales existentes al interior del proceso para la defensa de sus derechos como requisito previo a la interposición de la acción de tutela, salvo que medien circunstancias de fuerza mayor que le corresponde alegar y demostrar al peticionario [...]»

97. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación han señalado reiteradamente que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y no alterno de administración de justicia, esto significa que los conflictos jurídicos deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias administrativas y jurisdiccionales, y que sólo ante la inexistencia o inoperancia de estas, resulta factible acudir a la acción constitucional.

⁷⁵ Sentencia T-1049/08, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

98. Para mayor claridad del asunto, la Sala se permite precisar las actuaciones que se surtieron en el proceso de insistencia cuestionado en sede de tutela, así:

99. - La organización sin ánimo de lucro IIEA, el 12 de enero de 2021, elevó derecho de petición ante la UNGRD, en los siguientes términos:

«[...] 1. ¿Con cuáles empresas se ha contactado la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (“UNGRD”), o Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid 19, o cualquiera de sus directores, funcionarios o contratistas, con el objeto de explorar la posibilidad de adquirir vacunas contra el Covid-19?

2. El 18 de diciembre de 2020 el Ministerio de Salud publicó la siguiente información:

[...]

Con fundamento en lo anterior, entregue copia de: (a) Cualquier contrato, (b) acuerdo preparatorio, (c) memorando de entendimiento, (d) acuerdo de compra anticipada, (e) acuerdo de confidencialidad, (f) Documento preparatorio, (g) hoja de términos, (h) hoja de resumen de los términos, o (i) cualquier documento de naturaleza precontractual o contractual, relacionado con la adquisición de vacunas contra el covid suscrito por la UNGRD o por Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid 19.

3. Informe cuál fue el monto (precio) acordado en cada uno de los instrumentos jurídicos referidos en la pregunta 2 anterior por medio de los cuales Colombia “adquirió 40 millones de dosis de vacunas contra el covid.”

4. Si los contratos no establecen un precio o monto, por favor infórmelo de tal modo.

5. Informe si a la fecha de la firma de los contratos o instrumentos jurídicos referidos en el punto 2 anterior AstraZeneca y Pfizer ya contaban con (i) un registro sanitario otorgado por autoridad competente en Colombia o (ii) con una Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia para las vacunas desarrolladas por cada empresa.

6. En caso afirmativo, entregue copia del registro sanitario otorgado por autoridad competente en Colombia o la Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia obtenida por cada multinacional para sus respectivas vacunas.

7. Entregue los datos de identificación del Certificado de Disponibilidad Presupuestal que respalda los recursos con los cuales el Estado colombiano “adquirió 40 millones de dosis de vacunas contra el covid.”

8. Informe cuál fue el tipo (o tipos) de proceso(s) de contratación, acuerdo, entendimiento o mecanismos similares, por medio del cual (de los cuales) el Estado colombiano “adquirió 40 millones de dosis de vacunas contra el covid.”

9. Informe si la UNGRD publica los contratos que suscribe en el SECOP. Si no publica algunos de ellos, explique la razón para no publicarlos, explicando cuál es el marco jurídico que genera esa excepción.

10. Entregue copia de la última versión de la tabla de retención documental y/o la tabla con la clasificación de información reservada y clasificada de la UNGRD.

11. Informe cuál fue el funcionario responsable de la elaboración de esas tablas y en qué fechas fueron publicadas en la página web de la UNGRD.

12. Entregue la ruta de acceso en el SECOP a los contratos por medio de los cuales el Gobierno Nacional “adquirió 40 millones de dosis de vacunas contra el covid”, con indicación clara de las URL a las cuales se debe acceder para poder consultar los contratos y toda la información precontractual, contractual y poscontractual.

13. Informe cuáles son los nombres de los funcionarios o contratistas encargados de publicar la información precontractual, contractual o poscontractual de cualquier contrato en el que participe de forma directa o indirecta la UNGRD.

14. Informe cuál es el plazo de cumplimiento del contrato (o los contratos) o de cualquiera de los instrumentos relacionados en la pregunta 2 anterior por medio de los cuales el Estado colombiano “adquirió 40 millones de dosis de vacunas contra el covid.

15. Según los contratos, acuerdos o cualquier otro de los instrumentos señalados en la pregunta 2 anterior, suscritos con AstraZeneca y Pfizer, respectivamente, ¿en qué fecha deben llegar a Colombia las “40 millones de dosis de vacunas contra el covid” que el Estado colombiano adquirió?

16. Según los dos contratos, acuerdos o cualquier otro de los instrumentos señalados en la pregunta 2 anterior, suscritos con AstraZeneca y Pfizer, respectivamente, ¿cuál será el lugar, ubicación o domicilio de entrega de las “40 millones de dosis de vacunas contra el covid” que el Estado colombiano supuestamente adquirió?

17. ¿La UNGRD o cualquiera de sus funcionarios, contratado directamente o a través de Fiduprevisora, ha tenido contactos con las empresas AstraZeneca PLC, Pfizer Inc., o cualquiera de las filiales, subsidiarias o vehículos de inversión u operación comercial de las dos multinacionales referidas, con el objeto de explorar la posibilidad de comprar una vacuna, actual o futura, contra el Covid-19?

18. En caso afirmativo, ¿cuáles son los nombres, apellidos y cargos de la o las personas que son el punto de contacto por parte de AstraZeneca PLC, Pfizer Inc., o cualquiera de las filiales, subsidiarias o vehículos de inversión u operación comercial de las dos multinacionales referidas en su relacionamiento con el Estado colombiano?

19. ¿Cuáles son los nombres, apellidos y cargos de la o las personas de la UNGRD que son el punto de contacto por parte del Gobierno colombiano en su relación con AstraZeneca PLC, Pfizer Inc., o cualquiera de las filiales, subsidiarias o vehículos de inversión u operación comercial de las dos multinacionales referidas?

20. Informe si la UNGRD o cualquier otra agencia, unidad especial o fondo especial manejado por su sector, ha tenido reuniones de trabajo o cualquier contacto con las empresas BioNTech, Jonhson & Jonhson, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biológicas, Sinovac, Novavax o cualquier otra empresa farmacéutica, dirigidas a la posible adquisición de vacunas para la prevención o tratamiento del Covid-19. En ese caso, informe (i) en qué fecha o fechas se realizó ese contacto, (ii) qué funcionarios o contratistas participaron en ese contacto por parte del Gobierno Nacional, (ii) entregue copia de las actas de esas reuniones, y (iv) copia de los correos electrónicos enviados o recibidos a cualquier empleado, representante, vocero, agente o socio de las empresas por parte de funcionarios o contratistas. [...]».

100. - La UNGRD mediante oficio del 15 de enero de 2021, atendió la referida solicitud en los siguientes términos, entre otros:

«[...] Que en virtud de lo dispuesto por el Decreto 559 de 2020, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias – COVID 19, sin importar la naturaleza jurídica de la entidad que asiste el acuerdo de voluntades bajo la calidad de contratante, el régimen de contratación aplicable es el del derecho privado, es decir, que los contratos y acuerdos se rigen por las normas establecidas en la ley civil o comercial.

[...]

En cuanto a los acuerdos suscritos con las farmacéuticas para la adquisición de vacunas, como es de su conocimiento, estos se encuentran protegidos por acuerdos de confidencialidad que fueron suscritos por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres/Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres/Fiduprevisora S.A, dichos instrumentos no se encuentran publicados, pues la revelación de información confidencial, implicaría un incumplimiento contractual, sujeto a multas y sanciones, la cual cuenta con reserva de carácter legal.

[...] el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – FNGRD, representado por Fiduprevisora S.A en su calidad de vocera y administradora de dicho fondo, a la fecha y previa instrucción del Ministerio de Salud y Protección Social, tiene suscrito el Pliego de Condiciones Vinculante para la adquisición de vacunas con PFIZER, el cual fue firmado el 17 de diciembre de 2020 y los acuerdos de adquisición y suministro de vacunas con GAVI ALLIANCE suscrito el 08 de octubre de 2020 y ASTRAZENECA UK LIMITED suscrito el 15 de diciembre de 2020 y Acuerdo Term Sheet suscrito con Janssen Pharmaceutica de fecha 30 de diciembre de 2020.

Ahora bien, los acuerdos mencionados y las negociaciones que se vienen adelantando con cada una de las farmacéuticas están protegidos por acuerdos de confidencialidad o cláusulas incorporadas en cada uno de los acuerdos de adquisición, los cuales fueron suscritos por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres/Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres quien administra los recursos de la Subcuenta Covid-19.

Por lo anterior, al amparo del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, se niega la petición formulada por el Instituto, teniendo en cuenta que los Acuerdos se encuentran cobijados por reserva. [...]».

101. - EL IIEA presentó recurso de insistencia, con ocasión de la respuesta brindada a su solicitud.

102. - La UNGRD remitió la documental correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiendo conocimiento del asunto a la subsección B de la sección primera que,

«[...] A través de Auto Interlocutorio N° 2021-04-206 RI del 06 de abril de 2021 **se dispuso avocar conocimiento del asunto, vincular a la actuación a FIDUPREVISORA S.A** y requerirle junto con la UNIDAD NACIONAL DE GESTION DEL RIESGO DE DESASTRES remitir en archivo digital con clave de acceso, la información cuyo conocimiento pretende el accionante, de conformidad con el artículo 26 del CPACA. [...]» (Resaltado por la Sala)

103. - Finalmente, el asunto fue decidido mediante sentencia No. 2021-05-081 RI del 11 de mayo de 2021, en la que se resolvió:

«[...] **PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE** a la solicitud de información formulada por el INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, entregue al instituto peticionario la siguiente información:

- i) Copia de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el covid suscrito por la UNGRD o por Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid 19.
- ii) Modelo de contratación empleado, precio, plazo de cumplimiento de lo acordado en dichos instrumentos y Certificado de Disponibilidad Presupuestal que respalda los recursos con los

cuales el Estado colombiano adquirió las vacunas contra el COVID 19.

iii) Domicilio de entrega de las vacunas adquiridas con las farmacéuticas AstraZeneca PLC y Pfizer Inc y fechas de ingreso de las vacunas al país.

iv) Enunciación de si al momento de firma de los contratos u otros instrumentos jurídicos con las farmacéuticas AstraZeneca y Pfizer ya contaban con un registro sanitario otorgado por autoridad competente en Colombia o con una Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia para las vacunas desarrolladas.

v) Informe si la UNGRD o cualquier otra agencia, unidad especial o fondo especial manejado por su sector, ha tenido reuniones de trabajo o cualquier contacto con las empresas BioNTech, Jhonson & Jhonson, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax o cualquier otra empresa farmacéutica, dirigidas a la posible adquisición de vacunas para la prevención o tratamiento del Covid-19; para que en caso afirmativo, se le informe en qué fecha o fechas se realizó ese contacto y por quién fue dirigido.

TERCERO: TENER POR BIEN DENEGADA la información relativa a las actas de reuniones, correos electrónicos enviados o recibidos a cualquier empleado, representante, vocero, agente o socio de las empresas funcionario o contratista de la UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES o de FIDUPREVISORA SA para llevar a cabo acuerdo con las empresas AstraZeneca PLC, Pfizer, BioNTech, Jhonson & Jhonson, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax o cualquier otra empresa farmacéutica, dirigidas a la posible adquisición de vacunas para la prevención o tratamiento del Covid-19 como quiera que dicha información si forma parte de las negociaciones adelantadas por el Gobierno Nacional. [...]».

104. - El 26 de mayo de 2021, la UNGRD allega solicitud de aclaración y adición de la sentencia.

105. - El 28 de mayo de 2021, el Ministerio de Salud y la Protección Social presenta solicitud de nulidad.

106. - El 9 de junio de 2021, la UNGRD presentada escrito coadyuvando la solicitud de nulidad.

107. - El 15 de junio de 2021, las sociedades JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, interponen incidente de nulidad.

108. - El 30 de junio de 2021, la sociedad ASTRAZENECA COLOMBIA S.A.S. interpone incidente de nulidad.

109. Sería del caso entrar a decidir el asunto de fondo, sin embargo, de conformidad con el recuento de las actuaciones judiciales adelantadas en el expediente de insistencia 25000-23-41-000-**2021-00240-00**, se observa que, actualmente, se encuentra pendientes de resolución por parte de la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Juez natural del asunto, solicitudes de adición y aclaración de la sentencia proferida, así como varios incidentes de nulidad propuestos, entre estos, aquel presentado por las mismas sociedades hoy accionantes, y que tienen por objeto, también, que se les vincule como terceros interesados en el pluricitado trámite judicial, en la finalidad de que no se violenten los acuerdos de confidencialidad celebrados.

110. En concordancia con lo dicho, se recuerda que la existencia de un proceso judicial en curso hace que la tutela sea un mecanismo improcedente, pues en el sistema jurídico no puede permitirse el paralelismo o la concurrencia de competencias entre el juez natural del asunto, y el juez constitucional de acción de tutela, ni el ciudadano puede elegir entre uno y otro, como aquí se propone.

111. En ese orden de ideas, las pretensiones de la presente acción resultan a todas luces improcedentes, ya que la autoridad judicial competente para decidir acerca de la presunta nulidad por falta de vinculación de las sociedades JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV y otras, al proceso de insistencia iniciado por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, es el Tribunal accionado, quien se encuentra pendiente de decidir acerca de diferentes solicitudes elevadas por las partes y posibles terceros con interés en el asunto, razón por lo cual así se declarará.

112. Ahora, respecto de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable para JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, la Sala considera que tampoco se dan los presupuestos para ello, pues si bien mediante auto del 28 de mayo de 2021, se decretó como medida cautelar la suspensión transitoria de la decisión acusada, esto obedeció a que, en ese momento, no había ninguna garantía en favor de las sociedades accionantes frente a un proceso ya decidido al cual, tal como lo alegan, no fueron vinculadas.

113. Sin embargo, teniendo en cuenta que a la fecha se encuentran pendientes de resolución solicitudes de adición y aclaración e incidentes de nulidad (bajo los mismos argumentos expuestos en el escrito de amparo) por parte del Juez natural del asunto, es claro que la sentencia del 11 de mayo de 2021, no ha adquirido firmeza y por tanto no se puede ejecutar.

114. Todo lo expuesto, impone a la Sala **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela presentada por las sociedades JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, contra la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en tanto no superó el requisito general de procedencia de la subsidiariedad, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, como *ut supra* fue descrito.

2.8.1. Conclusiones.

115. Sin perjuicio de lo expuesto, dadas las particularidades del caso, la Sala se permite referir a modo de conclusión algunas circunstancias que resultan relevantes en el presente asunto:

116. - El recurso de insistencia es un “proceso judicial” sumario y perentorio que se debe regir con total apego a las ritualidades procesales

como cualquier otro, exaltando siempre el derecho al debido proceso de las partes y terceros con interés, de llegar a haberlos.

117. - El trámite de insistencia es proceso judicial de naturaleza constitucional, en tanto es un mecanismo que el legislador reguló dirigido a velar por la protección de los derechos de petición y de acceso a la información pública.

118. - La falta de regulación de situaciones concretas en un trámite judicial, no puede ser entendida como restrictiva, en el entendido que los Jueces, en su posición de garantes, cuentan con amplias facultades cuando de velar por derechos fundamentales se trata a la luz de la Constitución, la Ley y la jurisprudencia, de cara a cada caso en particular.

119. - Si bien el trámite de insistencia no conlleva a resolver un asunto en contienda, sino a determinar la validez de la restricción de los derechos de petición y de acceso a la información pública bajo el argumento de la “reserva”; ello no desconoce el derecho que puedan tener terceros con interés directo en el asunto, a manifestar sus observaciones previo a emitirse decisión de fondo.

120. - Desde un punto de vista garantista, nótese como en el asunto bajo estudio, el Tribunal accionado, bajo su libre albedrío, mediante auto interlocutorio N° 2021-04-206 RI del 06 de abril de 2021, a través del cual avocó el conocimiento del asunto, entre otras, también resolvió vincular a la actuación a la FIDUPREVISORA S.A.; sin que fuera esta la entidad pública que en su momento negara la información petitionada.

121. - Si bien el objeto del recurso de insistencia es validar o no la restricción de acceder a una información al ser calificada como reservada; según las circunstancias propias de cada caso, es deber del Juez de conocimiento realizar **un juicio de valoración** desde todo punto de vista; lo cual, en el caso concreto, se traduce en un análisis desde el respeto de los derechos fundamentales que este mecanismo protege -

petición y acceso a la información pública, así como de la naturaleza, régimen contractual y obligaciones contractuales en que se enmarca la información solicitada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar en nombre y representación de JANSSEN PHARMACEUTICA NV al abogado Christian Pérez Rueda, con T.P. No. 196.301 del C.S. de la Jud., en los términos del poder aportado al expediente.

SEGUNDO: REVOCAR la medida cautelar decretada mediante auto del 28 de mayo de 2021.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por JANSSEN CILAG S.A. y JANSSEN PHARMACEUTICA NV, contra la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

QUINTO: En acatamiento de las disposiciones del artículo 31 *ibídem*, **DE NO SER IMPUGNADA** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, por Secretaría General de la Corporación, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**Firma electrónica
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**Firma electrónica
CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**Firma electrónica
CARMELO PERDOMO CUÉTER**

Se deja constancia que esta providencia se firma de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad del presente documento en el link: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/vistas/documento/validador>.