

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Asunto	RECURSO DE INSISTENCIA
Radicado	13001-23-33-000-2020-00768-00
Demandante	RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZAREZ
Demandado	UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Asunto	PRUEBAS – CONCURSO DE MÉRITOS

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de insistencia presentado por el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZAREZ, contra la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, frente a la negativa de dar respuesta a la petición calendada 22 de noviembre de 2020 en las cuales reitera las peticiones del 12 y 14 de noviembre de la misma anualidad.

III. ANTECEDENTES

Mediante petición de fecha 12 de noviembre de 2020, el actor remitió por correo electrónico a la accionada, solicitud de acceso a las pruebas escritas de conocimientos y competencias laborales de la Convocatoria correspondiente al concurso de méritos para la provisión del cargo de Personero Municipal de San José de Cúcuta para el periodo 2020-2024, en los siguientes términos:

- “1. Se permita el ingreso de las veedurías ciudadanas, y la Procuraduría General de la Nación a la audiencia de exhibición de pruebas.
2. Se disponga un salón privado y sin presencia de personas no autorizadas en él, solo los pares académicos o Jefes de Salón dado la reserva del material de la prueba.
3. Se programe **fecha hora y lugar de acceso al material de la prueba (del suscrito de manera independiente)** en virtud de los principios orientadores de concurso de méritos y debido proceso, que incluya Citación a los aspirantes que solicitan acceso al material de las pruebas, fecha de la diligencia y HORA, Complemento de la reclamación con respecto a los hechos fruto del acceso a las pruebas, **para lo cual solicito el acompañamiento y vigilancia inmediata del Proceso a la Procuraduría General de la Nación, y las Veedurías Ciudadanas.**
4. **Se oficie a la Comisión Nacional de Servicio Civil para que certifique si la entidad UNIVERSIDAD DE CARTAGENA se encuentra acreditada para adelantar Concurso Públicos de méritos del empleo público, y que la misma informe cual es el protocolo asignado para este tipo de concursos**
5. **Solicito el acompañamiento de Procuraduría General de la Nación.**
6. Indíquese nombres y apellidos, cedula, cargo y copia de los pagos a seguridad social del ciudadano designados como Jefes de Salón, pares académicos, y todo personal que participe en el diseño, implementación y custodia para la Prueba de Conocimientos y competencias laborales.
7. **SUSPENDER de MANERA PROVISIONAL y TRANSITORIA** los términos de la Convocatoria

Resolución Nro. 133 del Concejo Municipal de Cúcuta para el cargo de Personero Municipal de Cúcuta.

8. **Se indique claramente, y establezca la cadena de custodia de la Caja contentiva de Cuadernillos de Prueba Personeros, dicha información repose en la Convocatoria y remítase copia al Ministerio Público, en caso de ser negada al suscrito así:**

9. **Se indique de manera clara y precisa, lugar de apertura de la Caja o Bolsa Contentiva de respuestas y Cuadernillos de Prueba, nombres de Calificadores, método de calificación, y si la apertura y su respectiva calificación se realizó en presencia del Ministerio Público, y método de sellado.**

10. Se indique el método de calificación manual o electrónico, y en aras del derecho a la defensa conocer de los criterios de calificación, de su custodia, de su procedimiento, del valor exacto de sus variables con respecto a mi caso en concreto, del análisis estadístico de las preguntas, del análisis cualitativo de las preguntas, y del cómputo y obtención de puntajes

11. Se me expida **copia AUTENTICA de la Proposición** aprobada por la Plenaria de la Corporación Concejo Municipal de Cúcuta para convocar a Personero Municipal (incluyendo citaciones, audios, actas, y documentos)

12. Se proceda a la tramitar el presente recurso en los términos del artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

13. **REPONER la LISTA DE RESULTADOS DE PRUEBA DE CONOCIMIENTOS Y**

COMPETENCIAS LABORALES para que se ACLARE y/o MODIFIQUE y/o ADICIONE y/o

REVOQUE LA LISTA DE RESULTADOS DE CONOCIMIENTOS Y COMPETENCIAS

LABORALES, y se proceda a la REVISION DE LA CALIFICACION DEL ACA FIRMANTE por la Declaración de que Si Aprobó, los resultados finales obtenidos en la prueba de conocimientos en desarrollo del concurso de méritos para la conformación. Indicando Nro. De Pregunta y Respuesta Correcta, y respuesta marcada.

14. Que en caso de negarse la información al suscrito se indiquen las razones de orden legal y/o jurisprudencial para el efecto, pero en todo caso se remita la información al Ministerio Público para que en ejercicio del poder preferente inicie las investigaciones a que diera lugar si así fuere el caso.

15. De existir conflicto de interés de parte de algún integrante de la MESA Directiva y/o del Concejo Municipal para resolver la presente solicitud le solicito se declare(n) impedido(s) al tenor del Art. 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

Posteriormente, el día 13 de noviembre del 2020, al recurrente le fueron exhibidos los documentos de las pruebas practicadas en la convocatoria de la referencia.

Luego, el día 14 de noviembre de los corrientes, radicó petición realizando una serie de observaciones de las presuntas irregularidades de la diligencia de Exhibición documental¹. En lo concerniente al recurso de insistencia, realizó la siguiente petición:

8. Se RE-programe fecha hora y lugar de acceso al material de la prueba PARA LA REVISION DE LOS 64 CUADERNILLOS RESTANTES en virtud de los principios orientadores de concurso de méritos y debido proceso, que incluya Citación a los aspirantes que solicitan acceso al material de las pruebas, fecha de la diligencia y HORA, Complemento de la reclamación con respecto a los hechos fruto del acceso a las

¹. Sin embargo, no se transcriben porque los hechos relacionados buscan fundamentar una suspensión del proceso de elección del personero, contexto que es ajeno al presente medio de control. Documento en pdf Demanda No. 4 folio 36 al 39.

pruebas, para lo cual solicito el acompañamiento y vigilancia inmediata del Proceso a la Procuraduría General de la Nación, y las Veedurías Ciudadanas.

Después, por escrito fechado 22 de noviembre del 2020 y recibido por la Universidad de Cartagena al día siguiente, solicitó en relación al medio de control en comento, las siguientes pretensiones:

4) *Sírvase publicar la inscripción (incluyendo correo electrónico remitario para certificar fecha y hora del envío, o en su defecto sello húmedo y firma de funcionario que recibió la inscripción), hoja de vida y anexos del señor KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.222, **la cual debe venir su recibido en cantidad de folios y anexos debidamente foliada al tenor de los artículos 18.2 y 18.5 de la Resolución Nro. 133 de 2020.***

5) *Sírvase publicar el título de postgrado del ciudadano KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.222, y allegar constancia y fecha en que se recibió, con el envío de inscripción con su foliatura original.*

La accionada, por oficio del 25 de noviembre del 2020, emite respuesta a la reclamación anterior, en los siguientes términos:

En cuanto a los resultados de la valoración de estudios y experiencia del aspirante KAROL YESID BLANCO MONROY, y su solicitud de publicación de los documentos aportados por este al momento de su inscripción, le informamos que le corresponde a cada aspirante en la oportunidad establecida para ello, presentar los argumentos que a bien consideren, conforme lo dispone el artículo 50 de la Resolución No. 133 de 2020, para dar curso a las reclamaciones sobre los resultados de las valoraciones de estudios y experiencia.

Así mismo, resulta pertinente atender lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 1437 de 2011 –CPACA-, que dispone:

ARTÍCULO 24. INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.> Solo tendrán carácter reservado las informaciones y



documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

- 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
- 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.*
- 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.*
- 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.*
- 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.*
- 7. Los amparados por el secreto profesional.*
- 8. Los datos genéticos humanos.*

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información. (Subrayas fuera del texto)

Con fundamento en todo lo anterior, su reclamación no resulta procedente.

En la misma fecha en que el peticionario recibe la anterior respuesta, el recurrente radica ante la oficina de reparto de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el presente Recurso de insistencia, solicitando las siguientes pretensiones:

1. Sírvese LEVANTAR la reserva legal de los documentos referentes a Bolsas, Diseño, Elaboración, Estructuración de los Cuadernillos y Hojas de respuestas de Competencias de Conocimiento y Competencias Laborales de la Prueba de Conocimientos y Competencias Laborales, para el Concurso de Personero de Cúcuta con base en el Contrato de Prestación de Servicios Nro. 082 de 2020 suscrito por el Concejo de Cúcuta y la Universidad de Cartagena, y remítase la información sujeta a reserva al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), y las autoridades competentes.

Y como hecho sobreviniente:

2. Ordenar a la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA y el CONCEJO DE CUCUTA, se sirva LEVANTAR LA RESERVA LEGAL alegada sobre la HOJA DE VIDA ciudadano KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.522, y en principio de publicidad,

transparencia e igualdad de todos los participantes al Concurso de Personero Municipal de Cúcuta, y así mismo toda información relacionada con la cadena de custodia, incluidos los diseñadores de la Prueba de Conocimientos y de Competencias Laborales, sea puesta en conocimiento.

Basado en los anteriores hechos, procede la Sala a resolver el sub judice bajo las siguientes

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 151 numeral 7° de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, este Tribunal es competente para conocer en única instancia del recurso de insistencia.

2. Problema jurídico

Para la Sala, en razón de los elementos facticos que sustentan el presente Recurso de Insistencia, se hace necesario abordar los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿se tramitó de acuerdo a la ley y ante la autoridad correspondiente, el presente Recurso de Insistencia?

De ser positiva la anterior respuesta, se deberá resolver el siguiente interrogante:

2. ¿La información solicitada por el señor Rubén Suarez, a través de la petición de fecha 23 de noviembre del año 2020, presentada ante la Universidad de Cartagena, encaja dentro de los documentos sometidos a reserva de acuerdo al numeral 3° del artículo 24 de la ley 1755 de 2015 como lo esgrime esa institución académica?

3. Tesis

Para la Sala en relación al primer problema jurídico se establece que el trámite no se surtió en debida forma, por cuanto el propio actor fue quien remitió ante la autoridad judicial el recurso de Insistencia, no obstante, dicha falencia no es óbice para no resolver el fondo del asunto, dándole prevalencia al derecho sustancial antes que al formal, por cuanto el actor puso en conocimiento de

la accionada, de manera inmediata, la presentación del recurso de insistencia ante la autoridad judicial, superando con ello, la falencia aludida.

Respecto al segundo problema jurídico planteado, esta Magistratura, considera que le asiste la razón a la Universidad cuando alega el carácter de reservado de las respuestas de los cuadernillos de los otros participantes.

Sin embargo, dicha reserva legal no aplica para que la Institución Educativa, se abstenga de entregar copias de los documentos a través de los cuales el señor KAROL YESID BLANCO MONROY, acreditó su experiencia profesional y académica para participar en el concurso de méritos para el cargo de personero municipal de Cúcuta, por lo que se ordenara la entrega de los mismos al actor.

A fin de sustentar la tesis precitada, en un primer momento, se abordará el estudio del derecho de petición y la figura de la Reserva Legal, para luego analizar lo referente al procedimiento que se debe seguir para que Jurisdicción conozca del Recurso de Insistencia y, finalmente, la línea jurisprudencial que se ha trazado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación a los documentos que se alegan sujetos a reservas dentro del marco de los concursos de méritos, para luego resolver el caso en concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1 Del derecho de petición y de acceso a documentos públicos²

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política de 1991, el derecho de petición se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de presentar solicitudes respetuosas a las autoridades y a obtener de ellas una pronta respuesta.

Cabe resaltar que la autoridad requerida, en la contestación no está obligada a acceder a las pretensiones del peticionario, por lo que en el evento en que se deniegue la solicitud, le corresponde, únicamente, dar a conocer las

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020), Acción De Tutela, Radicación número: 17001-23-33-000-2020-00058-01 (AC), Actor: Martha Elena Ospina Piedrahita, Demandado: Juzgado Octavo Administrativo Del Circuito De Manizales.

razones técnicas y jurídicas que fundamentan aquella postura negativa. Así, este derecho que se concreta en la formulación de una petición, se hace efectivo a través de la respuesta otorgada por la autoridad requerida, cuya materialización resulta independiente del carácter favorable o desfavorable de la misma.

En tal sentido, para garantizar el respeto del núcleo esencial del derecho de petición, la contestación debe: **i)** versar sobre lo preguntado, sin evasivas y precisando lo que el peticionario desea saber; **ii)** ser clara a fin de que el solicitante entienda el porqué de los argumentos de la autoridad aun cuando no los comparta; **iii)** mantener coherencia con lo solicitado; **iv)** ser proferida dentro de la oportunidad fijada por la ley para ello; y, finalmente **v)** notificarse de manera eficaz para su debida materialización.

Adicionalmente y al tenor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la información comporta la prerrogativa de solicitar a las entidades estatales información no sujeta a reserva legal o constitucional, de manera *“completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna...”*.³

Luego, en los términos del artículo 74 de la Constitución Política⁴ y en ejercicio de los derechos fundamentales de petición y a la información, los ciudadanos pueden solicitar el acceso a los documentos públicos, prerrogativa que encuentra su límite en los casos de reserva legal y constitucional.

Por ello, en el evento en que se cuestione el carácter reservado o confidencial del documento cuyo acceso solicita el administrado, la Ley 57 de 1985 y el artículo 26 de la Ley Estatutaria No. 1755 de 2015, contemplan el recurso de insistencia, como un procedimiento sumario, para hacer efectivo aquel derecho.

4.2. De la Reserva legal y de la información sometida a reserva en las hojas de vidas de los Servidores Públicos.

El legislador consagró en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, aquellos documentos sometidos a reserva legal, en este se dispone:

³ Sentencia T-487 de 2011.

⁴ *“... todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley...”*.



“Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

- 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
- 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.**
- 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.*
- 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.*
- 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.*
- 7. Los amparados por el secreto profesional.*
- 8. Los datos genéticos humanos.*

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.”

Por su parte, la Corte Constitucional al referirse a los documentos sometidos a reserva de los servidores públicos expresó que, por regla general los ciudadanos tienen derecho de acceder a documentos públicos, pero esta regla no es absoluta dado que tiene excepciones previstas en la Constitución y la ley, las cuales están previstas en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 y para el caso concreto, el numeral 3 de la precitada norma.

Arguyó la Corporación que, del tenor literal de la norma en comento, se podría inferir que no todas las informaciones que contiene la hoja de vida o historia laboral están cobijadas por la reserva, sino solamente aquellas que *“involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas”*.

Con lo anterior, quiso decir que, no por el hecho de que un documento o información repose en una hoja de vida o historia laboral implica, *per se*, la negativa a su acceso pues, para adoptar esta determinación se debe partir de la premisa de distinguir qué datos son sensibles y, por tanto, no pueden ser

entregados al interesado, para lo cual de debía tener en cuenta lo previsto en el artículo 5º de la Ley 1581 de 2012⁵, a saber:

“ARTÍCULO 5o. DATOS SENSIBLES. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”

En consecuencia, si la información solicitada estaba relacionada con datos que corresponden al ámbito privado e íntimo de las personas, se encontraba dentro de la categoría de sensible, cuyo uso indebido puede atentar contra el derecho a la intimidad, el cual para la Corte Constitucional⁶ comprende tres tipos de información: la reservada, la privada y la semiprivada, de las cuales depende su absoluta prohibición de ser divulgada o limitar su acceso, sólo mediante orden de autoridad judicial o administrativa.

Agregó la Corte en dicha oportunidad que, la denominada información pública definida en el artículo 2º de la Ley 1712 de 2014 “*Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones*” es aquella que está en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado⁷, la cual no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal.

Expresó que, en la mencionada Ley, también se estableció, en el parágrafo 2º del artículo 9º, que el Departamento Administrativo de la Función Pública establecerá un formato de información de los servidores públicos y de personas naturales con contratos de prestación de servicios, en el cual debe contener, entre otros, la “*formación académica, experiencia laboral y*

⁵ “*Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.*”

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-602 de 2016.

⁷ “**ARTÍCULO 5o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

a) *Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital...*”.

profesional de los funcionarios y de los contratistas", excepto cualquier antecedente que afecte su privacidad y el buen nombre.

Concordante con lo anterior, trajo a colación, el Decreto 103 de 2015 –que reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014– en su artículo 5° dispuso que para efectos del cumplimiento de lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 9° *ibíd.*, los sujetos obligados deben publicar de forma proactiva un directorio de sus servidores públicos, empleados y personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, que contenga por lo menos la siguiente información:

"(1) Nombres y apellidos completos.

(2) País, Departamento y Ciudad de nacimiento.

(3) Formación académica.

(4) Experiencia laboral y profesional.

(...)

Parágrafo 1°. Para las entidades u organismos públicos, el requisito se entenderá cumplido con publicación de la información que contiene el directorio en el Sistema de Gestión del Empleo Público (Sigep), de que trata el artículo 18 de la Ley 909 de 2004 y las normas que la reglamentan...". (Destacado por la Sala)

En razón del recuento normativo expuesto, la Corporación concluyó que se podía colegir que, los datos referentes a la formación académica y la experiencia laboral de la servidora pública a quien se le solicitó la exhibición de los documentos, aunque hacían parte de su hoja de vida e historia laboral, no contenían información considerada como sensible, esto es, que pudiera transgredir su derecho fundamental a la privacidad e intimidad, como quiera que la información requerida por la peticionaria tenía relevancia pública pues permitía verificar la idoneidad de quien asumía un cargo en el sector público, de ahí que surgiera la necesidad que se encontrara publicada en la plataforma destinada para tal fin.

4.3 Del Recurso de insistencia.

Para que proceda el recurso de insistencia se deben tener en cuenta cuatro requisitos fundamentales que permitan su configuración, así: (i) Solicitud de información o expedición de copias de documentos que reposen en entidades públicas; (ii) que la petición sea negada, total o parcialmente, mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que se deben

indicar las disposiciones legales que consagran la reserva de la documentación requerida, o razones de defensa o seguridad nacional o de protección del derecho a la intimidad que impiden la entrega de la misma; (iii) que ante la decisión el peticionario insista en su solicitud ante la entidad y; (iv) que ésta envíe al Tribunal Administrativo competente los documentos pertinentes para poder decidir si son o no reservados.

Estos requisitos conllevan los siguientes elementos:

(i) La Petición

El artículo 74 de la Constitución Política contempla el derecho de acceso a los documentos públicos, en los siguientes términos:

“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. (...)”

A su vez la Ley 1755 de 2015, se desprende que el derecho de petición, en general y el de petición de informaciones, en especial, debe garantizarse por parte de las autoridades públicas.

(ii) La Negativa.

Las razones que puede esgrimir la autoridad pública para negar la información o copia de un documento estriban en la naturaleza del mismo, en cuanto esté protegido por reserva constitucional o legal, según lo previsto en los artículos 74 de la Constitución Política, 19 de la Ley 1712 de 2014 y 24 de la Ley 1755 de 2015.

Debe destacar la Sala a esta altura que sólo la Constitución Política o la ley pueden definir qué documentos son reservados, no siendo admisible que sea la misma autoridad administrativa la que asigne reserva a determinados documentos. Es decir, únicamente aquellos documentos o informaciones respecto de los que la Constitución o una ley indiquen expresamente que son de carácter reservado tendrán esa naturaleza.

(iii) La insistencia:

En el evento de que la administración, aduciendo razones de reserva, niegue la información o la expedición de copia de documentos, el artículo 26 de la

Ley 1755 de 2015, en consonancia con el artículo 27 de la Ley 1712 de 2014, prevé que el peticionario pueda insistir en su pretensión, caso en el cual corresponde al Tribunal Administrativo, con jurisdicción en el lugar donde se encuentran los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, decidir si accede o no a la solicitud presentada.

(iv) El envío de los documentos al Tribunal por parte de la Oficina Pública.

El artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, en consonancia con el artículo 27 de la ley 1712 de 2014, contempla la obligación a cargo del funcionario respectivo de enviar los documentos correspondientes al Tribunal, para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

4.4 De la reserva legal de los documentos en los concursos de méritos.

Al respecto, tanto la H. Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han concluido que, para los participantes de los concursos de méritos, no le es oponible el carácter de reservado de sus pruebas, exceptuándose la de los demás participantes, así en sentencia T-227 de 23 de mayo de 2019, la Corte constitucional recordó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la reserva no le puede ser oponible al directamente implicado, pues de ser así se le impediría obtener los elementos necesarios para efectuar las reclamaciones o adelantar las acciones judiciales pertinentes. La Corporación Constitucional citó en su apoyo las sentencias T-1023 de 2006, T-180 de 2015 y la AC-25000-23-42-000-2012-00492-01, de 13 de diciembre de 2012, proferida por el Consejo de Estado, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

Por su parte, el máximo órgano de lo Contencioso mediante Sentencia AC-25000-23-42-000-2012-00492-01 de 13 de diciembre de 2012, proferida por la Sección Primera, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala. Actora: Zoraida Martínez Yepes, expresó que si bien es cierto existen normas legales que establecen que los documentos de los concursos de méritos tienen reserva legal, la realidad es que carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. Al efecto en la referida sentencia se expuso lo siguiente:

« [...] En ese orden de ideas, como lo afirma la accionante en su escrito, carece de justificación invocar dicha reserva ante quien ha sido expresamente sustraído de ella por el legislador. El motivo es obvio: de no ser excluidos de la reserva



impuesta, y garantizado su efectivo acceso y conocimiento del contenido de las pruebas presentadas por cada uno en particular, el derecho de reclamación de quienes tomaron parte en los procesos devendría inocuo; quedaría reducido a una mera formalidad, vaciando por completo de contenido el derecho de contradicción y defensa que la Constitución garantiza a los particulares en toda actuación administrativa.

*Mutatis mutandi en este supuesto puede resultar aplicable la regla sentada por la Corte Constitucional en la sentencia T-1023 de 2006, en la cual los demandantes, todos funcionarios del INPEC en carrera, afirman haber sido retirados del servicio con fundamento en informaciones, motivos o razones de conveniencia que nunca les fueron reveladas, a pesar que algunos de ellos formalizaron mediante derecho de petición su interés en conocer los motivos de la administración para adoptar la determinación de separarlos del cargo. En aquella ocasión **la Corte manifestó que su jurisprudencia ha sido clara en que “cuando el retiro por inconveniencia o la exclusión de un concurso en cargos de carrera se produce como consecuencia de información de carácter reservado, debe entenderse que tal reserva no opera para los directamente interesados. Se trata de una reserva que sólo puede alegarse frente a terceros** (negrillas y subrayado fuera de texto). Y añadió lo siguiente sobre la forma como se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa a personas –vinculadas a la carrera administrativa- cuando se invoca en su contra información reservada:*

*(i) se debe permitir al afectado **conocer y controvertir** el informe reservado; (ii) se debe respetar a cabalidad el procedimiento fijado por las normas aplicables; (iii) la evaluación a la que se somete el funcionario **debe ser objetiva**, basada en razones sólidas y explícitas a fin de evitar que meras consideraciones subjetivas generen el retiro del servidor público; (iv) se debe informar al funcionario **las razones de la exclusión o del retiro**, -que deben ser por demás expresas-, **en la medida en que el carácter de información reservada solo puede alegarse frente a terceros.***

Luego entonces, para la Sala queda claro que la reserva legal opera respecto de terceros, pero no frente al mismo participante, pues al aplicársele tal restricción se le estarían conculcando los derechos de defensa y al debido proceso.

Ahora bien, respecto del tema, también resulta oportuno recordar que la jurisprudencia reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸ ha sostenido que la reserva legal de las pruebas utilizadas en los concursos de méritos solo resulta procedente frente a terceros no intervinientes directamente en el asunto, pues la negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso,

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 13 de septiembre de 2012. Rad. num. 11001-03-25-000-2009-00014-00 (0410-09).

defensa y contradicción, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes⁹

5. Caso concreto

A fin de resolver el primer problema jurídico planteado, consistente en determinar si se presentó en debida forma el recurso de insistencia en el sub judice, será menester analizar el procedimiento que se cursó para que esta Jurisdicción conociera del mismo.

Sea lo primero recordar que el actor se presentó como participante del concurso de mérito para el cargo de Personero Municipal de San José de Cúcuta para el periodo 2020-2024. En razón de la convocatoria, radicó varias peticiones ante el Concejo del Municipio, la Universidad de Cartagena; quien lideró el concurso y Procuraduría General de la Nación.

En fecha del 23 de noviembre del 2020, presentó petición ante la Universidad de Cartagena y ante el Concejo Municipal en los siguientes términos:

3. *Sírvase LEVANTAR la reserva legal de los documentos referentes a Bolsas, Diseño, Elaboración, Estructuración de los Cuadernillos y Hojas de respuestas de Competencias de Conocimiento y Competencias Laborales de la Prueba de Conocimientos y Competencias Laborales, para el Concurso de Personero de Cúcuta con base en el Contrato de Prestación de Servicios Nro. 082 de 2020 suscrito por el Concejo de Cúcuta y la Universidad de Cartagena, y remítase la información sujeta a reserva al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), y las autoridades competentes.*

Y como hecho sobreviniente:

4. *Ordenar a la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA y el CONCEJO DE CUCUTA, se sirva LEVANTAR LA RESERVA LEGAL alegada sobre la HOJA DE VIDA ciudadano KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.522, y en principio de publicidad, transparencia e igualdad de todos los participantes al Concurso de Personero Municipal de Cúcuta, y así mismo toda información relacionada con la cadena de custodia, incluidos los diseñadores de la Prueba de Conocimientos y de Competencias Laborales, sea puesta en conocimiento.*

⁹ En efecto, en sentencias proferidas por la referida Sección, de fechas 13 y 18 de septiembre de 2012, dentro de los expedientes radicados bajo los números 2012-00233-01 y 2012-00491-01 se ampararon derechos de acceso a los documentos públicos y de defensa. En consecuencia, se ordenó que se pusiera en conocimiento de los demandantes las preguntas efectuadas y sus respuestas, a fin de que pudieran efectuar en debida forma sus reclamaciones.

Ante la anterior petición la Universidad contestó la improcedencia de lo pedido por tener carácter de reservados los documentos solicitados con fundamento en el numeral 3° del artículo 24 de la ley 1755 de 2015, sin embargo, el actor no presentó insistencia ante la entidad pública, sino que, en la misma fecha, remitió a la oficina de reparto de la Jurisdicción, memorial presentando recurso de insistencia, con copia a la Universidad de Cartagena, al Concejo del Municipio de Cúcuta y a la Procuraduría General de la Nación.

Surtido así el trámite en comento, debe esta Sala establecer si fue agotado en debida forma el procedimiento del recurso objeto de estudio.

Para responder el interrogante en estudio, se trae a colación providencia del 14 de octubre del 2014, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, en donde se resuelve una acción de tutela en la cual se cuestionaba si el recurso de insistencia, una vez el peticionario recibe respuesta por parte de la entidad pública en la que se niega a expedir unas copias de unos documentos alegando reserva legal, el recurso de insistencia se debía presentar ante la misma autoridad que negó los documentos para que esta a su vez, remitiera al Tribunal Contencioso Administrativo y este defiera si estaba en debida forma alegada la reserva de los documentos, o si por el contrario, le correspondía al actor remitir al Tribunal Administrativo y este, a su vez, requería a la entidad pública para que rindiera informe y los documentos correspondientes.

En dicha providencia se concluyó:

*Para ejercer este mecanismo judicial, **el interesado debe formular su solicitud directamente ante la respectiva autoridad judicial**, quien oportunamente requerirá a la entidad accionada para que le remita la documentación e información pretendida, a efectos de verificar el carácter de reserva que tiene la misma.*

No obstante, lo anterior, se observa en el plenario que el actor en tutela formuló su solicitud de insistencia ante la Fiduprevisora S.A., mediante petición elevada el 26 de junio de 2014, siendo que lo procedente es acudir directamente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que inicie el respectivo trámite, requiriendo a la entidad, y posteriormente, una vez analizados los argumentos de las partes, decida sobre el carácter reservado de la información solicitada.



Por ende, si lo pretendido por el accionante a través de esta acción de tutela, es adelantar el recurso de insistencia, **tal solicitud deberá interponerla ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, quien es la autoridad competente para decidir sobre el asunto, según se advierte del numeral 7° del artículo 151 del C.P.A.C.A. .

Así las cosas, estima la Sala que la tutela instaurada por el señor Eduardo Alberto Peláez Mesa se torna improcedente, en la medida en que se observa que no ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la entidad accionada para acceder a la información pretendida, **ni ha dado acudido directamente ante la respectiva autoridad judicial para tramitar el recurso de insistencia, el cual se constituye en el mecanismo idóneo para revelar si la información solicitada puede ser de acceso público.**¹⁰ (resaltado nuestro)

No obstante, en oposición a la línea anterior, el Consejo de Estado ha expedido sentencias en la que considera que el recurrente debe insistir ante la autoridad pública y esta última, es quien remite a los jueces junto con los documentos que se encuentran sujetos a reserva, para que se defina si deben entregarse los mismo al peticionario o no.

Como soporte de esta última posición, se trae a colación fallo de tutela del 5 de marzo del 2020, en la cual se debate ante quien debía presentarse el recurso de insistencia, para concluir que el actor actuó en debida forma porque el recurso lo radicó ante la Fiduprevisora, quien era la entidad que le correspondía remitir al Tribunal Administrativo los documentos para estudiar la reserva de los mismos.

En la providencia se dijo:

De conformidad con el artículo 26 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, modificado por el artículo 1° de la Ley

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, catorce (14) de octubre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-42-000-2014-03163-01(AC), Actor: EDUARDO ALBERTO PELAEZ MESA, Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

¹¹ "Si la persona interesada insiste 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 [...]"

1755 de 2015, la persona que insista en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, debe radicar esa solicitud ante la misma entidad para que sea el funcionario respectivo quien envíe la documentación correspondiente al Tribunal o al Juez Administrativo.¹²

Por otro lado, la doctrina, refiriéndose al artículo 26 del CPACA, ha considerado que el trámite que se debe imprimir al recurso de insistencia, es el siguiente:

La presente disposición se aplica cuando el peticionario de información o de acceso a archivos, expedientes o documentación de actuaciones insiste en su petición ante la misma autoridad que previamente rechazó su solicitud. en efecto, al no haber requisitos legales específicos de la insistencia, bastaría con manifestar a la autoridad que se reitera o se insiste en lo solicitado para que opere lo previsto en la norma que ahora se comenta. (...)

En todo caso, una vez efectuada la insistencia, la autoridad que negó el acceso a la información por motivos de reserva documental tiene la obligación de enviar a la autoridad jurisdiccional competente la actuación administrativa iniciada con la petición originaria junto con el acto de rechazo, la insistencia y la documentación pretendidamente reservada¹³. (...)

Así las cosas, para esta Magistratura, aunque en un primer momento se pudo interpretar que el actor era quien debía remitir el recurso de insistencia a la autoridad judicial, a la fecha, no hay duda que es la autoridad que alega la reserva, a quien le corresponde la remisión a la Jurisdicción.

Luego entonces, para responder el primer problema jurídico esta Sala debe responder que en el caso de marras, no se realizó en debida forma el procedimiento de que trata el artículo 26 del CPACA, No obstante lo anterior, para esta Judicatura, a pesar de la falencia esbozada, la misma no impide que se resuelva de fondo del asunto, por cuanto, se debe dar prevalencia al aspecto sustancial más que al aspecto formal, máxime si se tiene en cuenta que el actor, en el mismo correo electrónico en el que remite el Recurso de Insistencia para que sea repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, le

¹² consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00374-00 (AC), Actor: EDWIN EVELIO HERNÁNDEZ TORRES, demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER, Referencia: SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

¹³ Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 del 2011, comentado y concordado - editor Jose Luis Benavides - Universidad externado de Colombia - julio del 2013. Paginas 107 al 109.

puso en conocimiento a la accionada, la presentación del mismo ante la autoridad judicial.

Ahora bien, para dar respuesta al segundo problema jurídico, que a su vez se compone de dos solicitudes, habrá que expresar que respecto a la primera; se deber precisar que tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han sido constante en definir que los documentos de los propios participantes, en los concursos de méritos, no se encuentran sujetos a reserva legal, como quiera que, de mantenerse la reserva, se le estaría transgrediendo su derecho al debido proceso y derecho de defensa.

Sin embargo, en dichas providencias, también se dejó establecido que a pesar que los concursantes tienen acceso a su propia prueba, no corre la misma suerte el acceso a las pruebas de los demás aspirantes¹⁴.

De otro lado, también se ha precisado en la jurisprudencia, que los bancos de preguntas poseen el carácter de reserva legal¹⁵. Por su parte, el Legislador también ha previsto que las pruebas aplicadas o, a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter de reservado¹⁶. Luego entonces, de cara al análisis jurisprudencial estudiado, para esta Judicatura concluye que, la petición del actor, consistente en que se le entregue, copias de las hojas de respuestas de los demás participantes, se torna improcedente, tal como se concluyó en las providencias transcritas.

En relación a la segunda solicitud, consistente en que se levante la reserva a la hoja de vida del participante KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.522, quien, a voces del actor, fue el ganador del concurso de mérito, la Sala concluye que se torna improcedente alegar la reserva de los documentos solicitados por parte de la Universidad de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00014-00(0410-09).

¹⁵ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04665-01(AC), Actor: DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO, Demandado: Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Primera Subsección B

¹⁶ Artículo 31, Ley 909 del 2004.

Cartagena, fundamentándose en el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1755 del 2015, por las siguientes consideraciones:

Para esta Judicatura, en una debida interpretación de esa norma, no toda la información que reposa en la hoja de vida o historia laboral goza de reserva, sino solo aquella que involucre derechos a la privacidad e intimidad de las personas, la Corte Constitucional, como arriba se transcribió, ponderando la protección entre el derecho a la privacidad e intimidad frente al principio idoneidad¹⁷ de los servidores públicos, morigeró la reserva aludida para restringir la publicidad de la hoja de vida de los servidores públicos, solo a aquellos documentos que tuvieran el carácter de sensibles, pues con ello, se garantizaba el respeto a la intimidad y buen nombre del servidor y, de la misma manera, se garantiza que solo las personas idóneas para ocupar los cargos públicos, sean quienes los representes, pues, el buen éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se le confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución¹⁸.

En el caso en concreto, el participante KAROL YESID BLANCO MONROY, se encuentra aspirando a un cargo público de alta transcendencia para nuestra sociedad como es el de personero municipal, el cual tiene entre otras funciones la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial (art.118 de la C.P.), además, de acuerdo al avance del concurso es quien cuenta con más opción para ocuparlo. En ese orden de ideas, la acreditación de los requisitos para aspirar a ese cargo, así como otros documentos académicos y de experiencia profesional que aportó para lograr acceder al mismo, deben ser públicos, a fin

¹⁷ "No cabe duda de que con el desarrollo de estas normas constitucionales es posible que se restrinjan ciertas actividades a otros profesionales, en virtud del título profesional exigido que deba acreditarse para el desempeño de las mismas, restricción que de suyo no es discriminatoria siempre que con ella se proteja al conglomerado contra los riesgos sociales que el ejercicio de una profesión, arte, oficio, o función pública por particulares, puede generar." (Sentencia C-861 de 2008). "De acuerdo con ello, entonces, la exigencia de títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones es legítima cuando se orienta a la protección de bienes constitucionales pues permite asegurar la protección de los derechos de las personas relacionadas con su ejercicio y evitar riesgos sociales." (Sentencia C-457 de 2002)

¹⁸ Sentencia C-487 de 1993, reiterada, entre otras, en la Sentencia C-481 de 2001: "3. El derecho de acceso al desempeño de cargos públicos no se opone a la fijación de requisitos y calidades para su ejercicio, siempre y cuando éstos no excedan los límites de razonabilidad y proporcionalidad en relación con la labor que a ese empleo le corresponde cumplir y la finalidad de la función pública en general."

que la ciudadanía ejerza el control que corresponda para lograr la aspiración constitucional consistente en que el acceso a los cargos públicos sea través del mérito.

Así las cosas, en pro de garantizar la transparencia y publicidad que debe envolver todas las actuaciones públicas, deberá la universidad acceder a la entrega de los documentos solicitados que reposen en la hoja de vida e historia laboral KAROL YESID BLANCO MONROY siempre y únicamente que se refieran a su formación académica y experiencia profesional.

Conclusión

En ese sentido, como quiera que el recurrente solicita que le sea entregado copia de los documentos por los cuales el señor Karol Blanco, acreditó cumplir con los requisitos de idoneidad para aspirar al cargo de Personero, dichos documentos escapan de la órbita de aquellos denominados sensibles y, por el contrario; son de aquellos que pueden ser divulgados en las entidades públicas, a fin de acreditar la capacidad profesional de la persona a ocupar un cargo público conforme artículo 2º de la Ley 1712 de 2014.

En consecuencia, deberá la Universidad de Cartagena dentro de los tres (3) días siguiente a la notificación de la presente providencia, expedir las copias de la hoja de vida del señor KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.522 al accionante, suministrándole aquella información que no tenga el carácter de sensible, en especial se le expidan copias de los documentos por los cuales el participante, acreditó el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo de personero del municipio de Cúcuta, incluida la copia del diploma de especialista.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar,

RESUELVE:

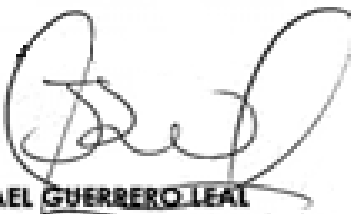
PRIMERO: CONCEDER PARCIALMENTE el recurso de insistencia presentado por el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZAREZ en contra de la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

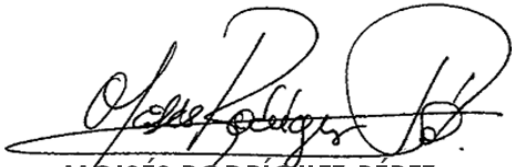


SEGUNDO: ORDENAR la Universidad de Cartagena dentro de los tres (3) días siguiente a la notificación de la presente providencia, expida las copias de la hoja de vida del señor KAROL YESID BLANCO MONROY identificado con cedula de ciudadanía Nro. C.C. 1.090.405.522 al señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZAREZ, suministrándole aquella información que no tenga el carácter de sensible, en especial; se le expidan copias de los documentos por los cuales el participante, acreditó el cumplimiento de los requisitos académicos y de experiencia profesional para ocupar el cargo de personero del municipio de Cúcuta, incluida la copia del diploma de especialista.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Aclaración de voto


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS