

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RECURSO DE INSISTENCIA EN PETICIÓN DE INFORMACIÓN / ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA – Límites / RESERVA LEGAL EN LOS EXÁMENES SABER PRO / PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL – Aplicación / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

[L]a Sección procederá a estudiar si la decisión del Tribunal accionado es razonable al concluir que en el presente caso se debe aplicar la reserva legal a las respuestas del examen de Estado de calidad de la educación superior Saber Pro. (...) [L]a información que reposa en el banco de preguntas del ICFES goza de reserva, sin embargo, la Sala no encuentra norma Constitucional o legal que limite el acceso a que cada participante tenga acceso a sus propias respuestas por lo que, la interpretación dada por el ICFES y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulnera el derecho al debido proceso de los interesados, al no permitírsele al examinado que reclama tener acceso a las respuestas dadas por él, restringiendo considerablemente su derecho a controvertir las pruebas que son materia de inconformismo. (...) En cuanto al alegato del tribunal accionado y del ICFES, respecto a que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de conocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, esta Sección discrepa con los impugnantes, pues considera que es viable aplicar la regla jurisprudencial de levantar la reserva de ciertos documentos que se utilizan en los exámenes de conocimiento para dar prioridad al derecho de defensa y al debido proceso. (...) Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el actor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, 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**

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte tutelada¹ y por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES² en

¹ Folios 237-238.

contra del fallo del 5 de diciembre de 2019, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado que tuteló el derecho fundamental al debido proceso del señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado el 28 de octubre de 2019 en la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, con el objeto de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Estimó vulnerados con ocasión de la providencia de 7 de octubre de 2019, proferida por la referida corporación judicial, dentro del recurso de insistencia con radicado 25000-23-41-000-2019-00830-00.

En concreto, solicitó a esta Corporación:

“[...] PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA que me asisten, derechos que se encuentran VULNERADOS por la providencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA del 7 de octubre de 2019, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejan consignadas en esta tutela.

SEGUNDO.- Que como consecuencia directa del pronunciamiento anterior, SE REVOQUE la PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA DEL SIETE (7) DE OCTUBRE DE 2019, en la que se declaró como “bien negada” la solicitud de documentación requerida por mí, DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO.

TERCERO.- Que como consecuencia directa de los pronunciamientos reclamados anteriormente, SE ORDENE al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA ordenarle al INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN (ICFES) entregar o dar acceso a la copia del documento solicitado a través de los recursos de reposición y en subsidio apelación, radicados el veintisiete (27) de febrero de 2019, dentro del término que el juez constitucional estime razonable [...]”.³

2. Hechos

El accionante refirió los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, resultan relevantes para la decisión que se va a adoptar en el presente asunto:

El 7 de octubre de 2018, el actor presentó las pruebas Saber Pro y el 22 de diciembre del mismo año le notificaron la calificación obtenida. El 23 de enero de 2019 presentó reclamación oportuna respecto de los resultados del módulo de comunicación escrita, en la que precisó las razones de su inconformidad y

² Folios 242-250.

³ Folio 75.

solicitó la práctica de pruebas. El ICFES, mediante acto notificado el 14 de febrero del mismo año, confirmó la calificación fundamentando su decisión en la cualificación de los evaluadores, en la metodología aplicada, y en la exhaustiva revisión del caso.

El 27 de febrero de 2019 interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación en contra de la decisión anterior y solicitó: i) que se explicaran en detalle las razones para considerar el resultado de la prueba escrita, ii) que se corriera traslado de dicha explicación para el cabal ejercicio del derecho de contradicción, y iii) **que de manera previa a ello se le permitiera tener acceso a la prueba escrita, mediante copia del documento, servicio de escaneo o cualquier otro medio idóneo que le posibilitara controvertir la calificación otorgada por el ICFES frente al componente escrito.**

Antes del vencimiento de los quince días para responder, el ICFES solicitó una prórroga por el mismo término para hacerlo, la cual venció el 11 de abril de 2019, sin que el accionante obtuviera el pronunciamiento requerido. Como consecuencia de ello presentó un escrito reiterando su solicitud. Al no obtener respuesta, el 23 de agosto de 2019 radicó un nuevo libelo cuyo objeto consistió únicamente en solicitar el acceso a su respuesta en el Módulo de Comunicación Escrita de la Prueba Saber Pro.

Señaló que mediante escrito de 28 de agosto de 2019, de forma extemporánea, se rechazaron los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación que presentó contra la decisión del 14 de febrero de 2019 que confirmó la calificación obtenida en el examen.

A la primera petición el ICFES le contestó de la siguiente manera:

[...] Se reitera que lo informado en la respuesta emitida bajo radicado 20192100043382, debido a que, además de que en esta se explica el proceso de codificación para el Módulo de Comunicación Escrita, también se explican las razones por las cuales el escrito del evaluado fue ubicado en el nivel 2, lo cual fue confirmado mediante una nueva revisión realizada con ocasión de la petición del ciudadano. De este modo, se cita la respuesta original y se resalta con negrita el apartado donde se indica por qué el texto del evaluado se ubicó en el nivel informado (radicado 20192100043382):

(...) Adicionalmente, le informamos que se realizó una nueva revisión de su escrito, la cual cumple lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 4, de la Ley 1324 de 2009, el cual establece que: “la persona evaluada tendrá derecho a conocer el resultado de su evaluación, a exigir y obtener la corrección que sea del caso si comprueba que está errada, en los términos que defina el reglamento”. Esta nueva revisión coincidió en valorar su texto como nivel 2, ya que, aunque cuenta con un planteamiento que responde a la pregunta propuesta en el estímulo, no hay desarrollo de argumentos y se presentan algunas repeticiones que afectan la comprensión del texto. Cabe anotar que el desarrollo de argumentos y la unidad semántica son requisitos para ubicar un texto en nivel 3. Una vez dicho esto, se informa que no hay lugar a reclasificación por cuanto no se encontró error en el nivel y puntaje obtenidos.

Además, como respuesta a la siguiente afirmación: “Revisando en retrospectiva qué pudo haber causado tan descontextualizado resultado, es probable que haya sido la caligrafía de mi poderdante”, debe señalarse que la valoración del

texto no fue producto de la caligrafía, debido a que el mismo no fue calificado como “Ilegible”, categoría en la cual se clasifican los escritos cuya caligrafía impide la comprensión de las ideas expuestas.

Finalmente, teniendo en cuenta que el ciudadano señala que el resultado del Módulo de Comunicación Escrita es “completamente atípico” debido a que “las evaluaciones [de los demás módulos] están en el quintil más alto”, se debe anotar que en cada módulo se evalúan competencias distintas, lo cual implica la posibilidad de resultados diferentes, esto es, el buen desempeño en un módulo determinado no implica el mismo resultado en otro [...]”.

A la segunda petición el ICFES le contestó así:

“[...] Con relación a la solicitud de acceso a la copia de la prueba de Comunicación Escrita o al material de evaluación, de conformidad con lo establecido en la Ley 1324 de 2009 y la Resolución 135 de 2017 del ICFES, por la cual se reglamenta el proceso de inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones, se establece lo siguiente:

Artículo 20. Reserva del material empleado en el examen. El material empleado en los exámenes es de propiedad del Icfes y su contenido tiene carácter reservado. Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad.

Al concluir la aplicación, el examinado deberá devolver a las autoridades del Icfes la totalidad del material utilizado en el examen, so pena de las consecuencias administrativas, disciplinarias y penales que hubiere lugar.

Por lo anterior no es posible acceder a la petición de envío o acceso a material de evaluación [...]”.

El término legal para resolver la petición de acceso a documento radicada ante el ICFES el 23 de agosto de 2019, mediante la cual presentó reclamación respecto de los resultados del módulo de comunicación escrita y solicitud práctica de pruebas, venció el 6 de septiembre de ese mismo año, sin obtener pronunciamiento alguno dentro de dicho plazo.

El 10 de septiembre de 2019, el tutelante, a través de apoderado, presentó recurso de insistencia frente a la respuesta del 28 de agosto de 2019, proporcionada ante los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación, en lo atinente a la negativa del ICFES de otorgarle acceso a la copia de su respuesta en el Módulo de Comunicación Escrita en su Prueba Saber Pro.

Ante el silencio del ICFES respecto de la solicitud del 23 de agosto de 2019, el 17 de septiembre de ese mismo año, presentó acción de tutela con el propósito de obtener el amparo del derecho de petición, la cual fue negada en primera instancia sin que fuera apelada, y el 20 de septiembre de 2019, después de haber sido notificado el ICFES de la acción de tutela, pese a tratarse de dos solicitudes distintas, mezcló lo solicitado por su apoderado en el recurso de insistencia, con lo solicitado por él en ejercicio del derecho de petición de 23 de agosto de 2019.

Mediante oficio de 19 de septiembre de 2019, se ordenó correr traslado del recurso de insistencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se procedió a *“ampliar la información brindada al ciudadano con relación a la imposibilidad del ICFES en permitirle acceder a su respuesta dada a la prueba de comunicación escrita”*, realizando ciertas aseveraciones y alegando nuevas consideraciones.

El oficio de 19 de septiembre de 2019 fue radicado por el ICFES ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2019, junto con el que corrió traslado al Tribunal, con fecha de 20 de septiembre de 2019.

El accionante considera que frente a lo señalado por el ICFES en su oficio del 19 de septiembre de 2019, en ningún momento se le dio oportunidad de pronunciarse, antes de allegar el recurso de insistencia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto la comunicación del oficio se le efectuó el mismo día 20 de septiembre en que se corrió traslado al Tribunal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia de 7 de octubre de 2019, decidió el recurso de insistencia y declaró bien denegada la solicitud de documentación requerida por el accionante al considerar que del artículo 4° de la Ley 1324 de 2009 “se desprende de manera clara que el banco de preguntas que se utilicen en las evoluciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal”, por lo que los cuadernillos utilizados en la prueba no pueden ser de dominio público, además, consideró que el actor ya tuvo la oportunidad de controvertir los resultados obtenidos.

3. Sustento de la vulneración

Como sustento de la vulneración expuso que:

i) El actuar del ICFES dentro del trámite seguido en el marco del recurso de insistencia desatendió el debido proceso así como también el acceso a la administración de justicia. Lo anterior por cuanto confundió el objeto del recurso de insistencia, el cual era resolver respecto de la reserva legal alegada por dicho instituto en la comunicación de 28 de agosto de 2019, al resolver la petición de acceso a su respuesta en el módulo de comunicación escrita efectuada el 23 de agosto de 2019. Y,

ii) la sentencia de 7 de octubre de 2019, mediante la cual se decidió declarar bien negada la solicitud de documentación requerida por él al ICFES, también conculcó los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia e incurrió en los defectos procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, desconocimiento del precedente y error inducido.

Sostiene que la corporación judicial accionada incurrió en un **defecto procedimental absoluto** por cuanto se apartó del procedimiento establecido en materia de insistencia en los artículos 25 y 26 del CPACA, en razón a que la oportunidad para que la administración decidiera respecto de la solicitud

de documentos presentada por él, fue el 28 de agosto de 2019 cuando resolvió los recursos de reposición y en subsidio apelación, sin que estuviera habilitada para pronunciarse nuevamente alegando otras consideraciones de índole fáctica o normativa como lo hizo el 19 de septiembre de 2019 mediante radicado 20191101352921.

Alega que se configuró un **defecto fáctico** porque el Tribunal Administrativo no interpretó acertadamente los hechos y tampoco efectuó una adecuada valoración probatoria, en razón a que se pronunció “[...] *sobre la insistencia como si aquella hubiera sido interpuesta frente a la solicitud del 23 de agosto de 2019, petición que si bien tiene en común con la solicitud del veintisiete de febrero de 2019 que se solicitó el acceso a la copia de mi respuesta en el Módulo de Comunicación Escrita de la Prueba Saber Pro, las dos solicitudes consistieron en dos peticiones COMPLETAMENTE DIFERENTES [...]*”.

Precisa que se presentó un **defecto sustantivo** por cuanto “[...] *la providencia del siete (07) de octubre de 2019, la única disposición normativa que fue tenida en cuenta por el juez de insistencia fue el artículo 4 de la Ley 1324 de 2009, artículo que fue invocado únicamente en el oficio extemporáneo e irregular del ICFES del 19 de septiembre de 2019, frente al cual no tuve la oportunidad de pronunciarme, pero que no se trata de la única disposición que desarrolla el tema de la reserva en materia de las evaluaciones del ICFES, por lo que frente a estas disposiciones debe realizarse una INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, interpretación que, por recurrir a una lectura simplista no fue realizada por el Tribunal [...]*”.

Expone que el error inducido se materializa por que el ICFES mediante oficio de 19 de septiembre de 2019 ordenó correr traslado del recurso de insistencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación judicial que no tuvo la diligencia suficiente para examinarlo, por cuanto se pronunció sobre un presunto recurso de insistencia sobre la petición de 23 de agosto de 2019, cuando el recurso de insistencia se interpuso frente a la respuesta del ICFES proporcionada el 28 de agosto de ese mismo año con ocasión de los recursos de reposición y apelación radicados el 27 de febrero de 2019.

Finalmente resalta que se desconoció el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia T-227 de 2019 y el contenido en la sentencia de 13 de diciembre de 2013, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el expediente 25000-23-42-000-2012-00492-01.

4. Trámite de la acción de tutela

A través de auto del 1º de noviembre de 2019⁴, la Sección Primera del Consejo de Estado admitió la presente acción de tutela y dispuso notificar al agente del Ministerio Público ante esa Sección, a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, y al Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES como

⁴ Folios 150 y 151.

tercero con interés en el resultado del proceso. A todos les concedió el término de dos (2) días para contestar la demanda.

Ordenada la notificación y surtidas las respectivas comunicaciones intervinieron:

4.1. Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES⁵

Solicitó que se negara por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, por cuanto el Instituto, en el marco de su competencia, atendió en término las peticiones presentadas por el actor y surtió el trámite del recurso de insistencia previsto en la Ley 1755 de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación judicial que, a través de providencia de 7 de octubre de 2019, confirmó la decisión del ICFES de no permitir el acceso a la prueba de comunicación escrita del examen EK2018-3 que presentó el accionante, por considerar que es material investido de reserva legal.

Puso de presente que la Ley 1324 de 2009, artículo 4, previó de manera expresa el carácter reservado de los bancos de preguntas utilizados en las evaluaciones externas, respecto de los cuales el ICFES tiene la función de organizarlos y administrarlos, según niveles educativos y programas.

Asimismo resaltó que el artículo 20 de la Resolución 135 de 2017 dispone que el material empleado en los exámenes de Estado es de propiedad del Instituto y que su contenido tiene carácter reservado, salvo las liberaciones de cuadernillos efectuadas por la entidad.

En ese orden de ideas concluyó: i) que los materiales de los exámenes de Estado son de propiedad del ICFES y no de sus examinados, ii) que se encuentra a cargo del Instituto el deber de garantizar la idoneidad y transparencia de las pruebas que efectúa, iii) que en razón a lo anterior se hizo necesario investir de reserva legal el material empleado para la realización de las pruebas.

Precisó que el accionante mediante escrito de 23 de agosto de 2019, solicitó copia de la respuesta impartida a su prueba de comunicación escrita del examen Saber Pro EK 2018-3. Agregó que durante el término de respuesta de la petición el señor Fajardo Restrepo, mediante escrito de 10 de noviembre de 2019, interpuso recurso de insistencia ante la negativa de suministrar la copia de un documento de carácter reservado por ministerio de la ley.

Explicó que frente a la petición anterior y al recurso de insistencia invocado, el ICFES, mediante comunicación de 19 de septiembre de 2019, con el radicado de salida 20191101352921 remitida al correo electrónico suministrado por el accionante para efectos de notificaciones, procedió a

⁵ Folios 165 al 171.

rendir nuevamente respuesta de fondo desfavorable al requerimiento en los mismos términos que ya se le había respondido en oportunidad anterior en la que efectuó la misma solicitud, y además de conformidad con el trámite establecido para el recurso de insistencia en la Ley 1755 de 2015, el Instituto procedió a dar traslado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que, en el marco de su competencia, definiera en única instancia si negaba o aceptaba la reserva legal del documento solicitado por el accionante.

Informó que el señor Fajardo Restrepo presentó acción de tutela para que se le concediera el amparo frente a una presunta vulneración del derecho fundamental de petición, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá, radicado 20192100996642, la cual fue negada.

Resaltó que el 7 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dio trámite al recurso de insistencia remitido por el ICFES y promovido por el accionante, y declaró bien negada la entrega de los documentos solicitados por éste.

En relación con lo anterior puso de presente que el Instituto ha indicado desde la respuesta brindada el 1 de abril de 2019 bajo el radicado 20192100243691, que el documento solicitado se encuentra sujeto a reserva legal de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1324 de 2009, artículo 4, y la Resolución 135 de 2017, artículo 20, por lo tanto, no es posible efectuar su entrega en orden a lo dispuesto por la Ley 1755 de 2015.

Frente a la insistencia del señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo de argumentar en la acción de tutela que en ningún momento se le dio oportunidad de pronunciarse antes de correrse traslado del recurso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el ICFES manifestó que no se le dio tal oportunidad por cuanto de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015 la entidad que conoce del recurso deberá enviar la documentación correspondiente al tribunal, corporación judicial que decidirá el recurso, procedimiento que se llevó a cabo de acuerdo a lo indicado.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que i) no se vulneró los derechos del actor por cuanto se le brindó acceso a la administración de justicia, respetando su derecho al debido proceso y, ii) *“la negativa del ICFES a la solicitud de entrega de los documentos solicitados por el accionante, no obedece a razones arbitrarias ni al capricho de esa entidad, pues la misma se ha sustentado en el carácter de reserva legal a la que se sujetan los materiales de los Exámenes de Estado, en razón al principio de comparabilidad que atañe la evaluación de la educación y que obliga a este Instituto a impedir el conocimiento de estos elementos por parte de terceros a efecto de garantizar la transparencia, la objetividad y la seriedad de las evaluaciones y; evitar las posible fugas de información y vulneración de nuestros protocolos de seguridad”*.

4.2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B⁶

Pidió se negara el amparo toda vez que las decisiones adoptadas en el proceso han sido respetuosas de la normativa que regula la materia y de los derechos de las partes, por lo que no se ha quebrantado ni desconocido derecho fundamental alguno que le asista al accionante.

Expuso que el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, en nombre propio, interpuso acción de amparo por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, con ocasión de la decisión adoptada en fallo de 7 de octubre de 2019, mediante el cual se declaró bien denegado el acceso a los documentos con fundamento en que del contenido del artículo 4 de la Ley 1324 de 2009 se desprende de manera clara que el banco de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal, es decir que las preguntas que se encuentran contenidas en los cuadernillos que se utilizan en cada una de las pruebas que realiza el ICFES no son del dominio público y los evaluados únicamente tienen acceso a dicho material durante el momento en que transcurre la aplicación de las pruebas.

Manifestó que la decisión proferida en la citada providencia se ajusta a derecho y fue debidamente motivada desde los puntos de vista fáctico, jurídico, probatorio y jurisprudencial y las razones de ser de aquella se encuentran consignadas en ella.

Resaltó que lo pretendido por la parte actora con el ejercicio de la acción de tutela es controvertir con otro trámite procesal, injustificada e indebidamente, como otra instancia, lo ya decidido judicialmente, lo cual es absolutamente improcedente como quiera que ya se surtió el procedimiento de única instancia que prevé la Ley 1437 de 2011, para esta clase de asuntos.

5. Sentencia de primera instancia

La Sección Primera del Consejo de Estado en providencia del 5 de diciembre de 2019⁷ señaló:

“En suma de lo dicho cabe reiterar: i) que de conformidad con la jurisprudencia antes citada, la no aplicación de la aludida reserva legal para el participante del concurso de méritos que pide acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y a la hoja de respuestas, hace que el recurso de insistencia previsto en el artículo 26 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, carezca de la protección inmediata requerida frente a la evidente vulneración de derechos fundamentales en tales casos, y ii) que la reserva legal del documento no aplica para el participante del concurso de méritos sino frente a los terceros.

⁶ Folio 196 al 201.

⁷ Notificada el 13 de enero de 2020, folio 231 al 234.

En ese orden de ideas, no puede pasarse por alto que **el criterio consistente en la no aplicación de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y a la hoja de respuestas, ha sido reiterado por esta corporación judicial en su jurisprudencia, la que ha sido desatendida**, razón por la cual se considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, incurrió en el defecto de desconocimiento del precedente, en la sentencia de 7 de octubre de 2019, al declarar bien denegada la solicitud de documentación requerida por el señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo.

Como consecuencia de lo anterior, se dejará sin efecto la providencia de 7 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dentro del recurso de insistencia con radicado 25000-23-41-000-2019-00830-00, y se ordenará a la corporación judicial accionada, que dentro del término de diez (10) días profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.”⁸

6. Impugnaciones

6.1 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B⁹

Inconforme con la anterior decisión, el Tribunal accionado señaló que del artículo 4° de la Ley 1324 de 2009 se desprende de manera clara y precisa que el banco de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas aplicadas por el ICFES gozan de reserva legal, es decir que las preguntas que se encuentran contenidas en los cuadernillos no son de dominio público y los evaluados únicamente tienen acceso a dicho material en el momento que transcurre la aplicación de las pruebas.

Precisó que el actor ya controvertió los resultados obtenidos, por lo que ya ejerció sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Consideró que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de conocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, por lo que solicitó negar el amparo.

6.2. Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación ICFES¹⁰

Señaló que no debería ser aplicado el precedente de la Sección Primera toda vez que la naturaleza y los objetivos de los exámenes que se realizan dentro de los concursos públicos de méritos que aplica la CNSC son sustancialmente diferentes a las pruebas de Estado que realiza el ICFES.

⁸ Folio 2017 al 228.

⁹ Impugnación del 14 de enero de 2020, folio 236 al 238.

¹⁰ Escrito recibido el 16 de enero de 2020, folios 241 al 250.

Indicó que el impacto de la orden judicial, más allá del cumplimiento de la misma frente al caso concreto, restringe los límites admisibles dispuestos en la normativa que regula el derecho de acceso a la información pública, pues se dará lugar a la liberación y pérdida de información necesaria para realizar la comparabilidad de las evaluaciones, afectando gravemente el interés general.

Manifestó que, respondió a las peticiones del actor y dio el trámite respectivo al recurso de insistencia impetrado, por lo que no se configuró la presunta vulneración del debido proceso.

Precisó que la reserva legal invocada por ellos y contenida en la Ley 1712 de 2014, restringe el acceso a los materiales de los exámenes de los terceros y de los mismos evaluados con el objetivo de proteger los secretos comerciales, industriales y profesionales, cuyo acceso puede afectar el ejercicio de las libertades económicas.

Finalizó solicitando revocar el fallo de primera instancia para en su lugar negar el amparo, de forma subsidiaria señaló que de ser confirmado el amparo se aclare el alcance que debe tener la nueva providencia que proferirá el Tribunal tutelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las impugnaciones interpuestas contra la sentencia del 5 de diciembre de 2019, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991 y artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015¹¹, modificado por el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017 y el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos propuestos en los escritos de impugnación y el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sección Primera de esta Corporación, corresponde a la Sala determinar si la decisión recurrida debe confirmarse, modificarse o revocarse.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, **(ii)** requisitos de procedibilidad adjetiva, **(iii)** del derecho de petición y de acceso a documentos públicos; y **(iv)** análisis del caso concreto.

¹¹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹², **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹³, y en ella concluyó:

“...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹⁴ (Negrilla fuera de texto).

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...**fijados hasta el momento jurisprudencialmente...**”.

En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁵ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i*) que no se trate de tutela contra tutela; *ii*) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Entre otras en las T-949 del 16 de octubre de 2003, T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii*) inmediatez, cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto, toda vez que los mismos fueron revisados por el a quo de tutela.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i*) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii*) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

3.1. Requisitos de procedibilidad adjetiva

De manera preliminar, se establece que la acción de **tutela de la referencia no se dirige contra una sentencia de tutela**, puesto que la providencia judicial que censura la parte accionante fue proferida dentro del recurso de insistencia identificado con el número de radicado N°. 25000-23-41-000-2019-00830-00.

Respecto al requisito de **inmediatez**, es preciso señalar que la providencia censurada fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, Subsección B, el 7 de octubre de 2019, mientras que la acción de tutela se interpuso el 28 de octubre de 2019, de manera que, sin que sea necesario determinar la fecha en que cobró fuerza ejecutoria, resulta ser un término que a juicio de la Sala es razonable por cuanto el mecanismo constitucional fue interpuesto antes de transcurridos 6 meses.

Respecto a la **subsidiariedad**, en el caso concreto, contra el fallo de única instancia dictado dentro del recurso de insistencia no procede el recurso de alzada.

Así mismo, tampoco procede el recurso extraordinario de revisión debido a que dentro de los motivos de inconformidad que expone el accionante, no se configuran las causales señaladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Superadas dichas exigencias, la Sala abordará el fondo de la solicitud, sin perjuicio de resaltar el carácter excepcional de la tutela, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía

judicial, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales.

4. Del derecho de petición y de acceso a documentos públicos

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 razones técnicas y jurídicas que fundamentan aquella postura negativa¹⁶. 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 [...]”¹⁷.

Luego, en los términos del artículo 74 de la Constitución Política¹⁸ 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

¹⁶ En la sentencia T- 400 de 2008 la Corte Constitucional precisó que “[l]a respuesta de la Administración debe resolver el asunto, no admitiéndose en consecuencia respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra en revisión o en trámite”.

¹⁷ Sentencia T-487 de 2011.

¹⁸ “[...] todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley [...]”

recurso de insistencia, como un procedimiento sumario, para hacer efectivo aquel derecho¹⁹.

Así, mediante un proceso judicial de única instancia, el Tribunal Administrativo del lugar donde se encuentra la documentación negada, resuelve, dentro del término de diez (10) días, si fue acertada o no la respuesta negativa de la entidad requerida, o lo que es lo mismo, se pronuncia sobre la validez de la restricción de los derechos fundamentales a la información y al acceso a los documentos públicos.

Nótese que en los casos en los que la Administración o los particulares no respondan la petición, no resulta aplicable el recurso de insistencia sino la acción de tutela, bajo el entendido de que la procedencia del primero requiere una respuesta expresa mediante la cual se niegue el suministro de la información.

5. Análisis del caso en concreto

Para la parte actora, se le vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, incurrió en la sentencia de 7 de octubre de 2019, proferida dentro del expediente 25000-23-41-000-2019-00830-00, en los defectos procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido y desconocimiento del precedente, al declarar bien denegada la solicitud de documentación requerida por él, concerniente al cuadernillo de respuestas de la prueba de conocimientos Saber Pro, dado el carácter reservado que la ley le impone a la misma.

La primera instancia amparó el derecho fundamental al debido del actor, pues consideró que le es aplicable el criterio jurisprudencial consistente en la no configuración de la reserva legal que rige para los participantes de un concurso de méritos cuando solicitan acceder a los documentos relacionados con su prueba de conocimientos y la hoja de respuestas.

El Tribunal accionado y el ICFES, como tercero con interés, impugnaron la decisión de primera instancia, alegaron que el examen Saber Pro no es un concurso de méritos por lo que no es posible que se aplique la excepción a la reserva legal que tiene el cuadernillo de preguntas y las respuestas.

Además, señalaron que romper la cadena de custodia y permitir el acceso del público en general a dicho material traería la vulneración del secreto comercial, industrial y profesional, así como un alto impacto económico.

¹⁹ Se ejerce ante el Tribunal Administrativo del lugar donde se encuentren los documentos solicitados y negados, para que, mediante un proceso judicial de única instancia resuelva, dentro del término de diez (10) días, si fue acertada o no la negación de entregarlos, o lo que es lo mismo, decida sobre la validez de la restricción de los derechos fundamentales a la información y acceso a los documentos públicos. En los casos en los que la administración o los particulares no respondan la petición, no resulta aplicable el recurso de insistencia sino la acción de tutela, bajo el entendido de que la procedencia del primero requiere una respuesta expresa mediante la cual se niegue el suministro de la información.

Teniendo claro lo anterior, la Sección procederá a estudiar si la decisión del Tribunal accionado es razonable al concluir que en el presente caso se debe aplicar la reserva legal a las respuestas del examen de Estado de calidad de la educación superior Saber Pro, pues si bien la parte actora alegó la configuración de varios defectos, lo cierto es que el hilo argumentativo de dichas inconformidades radican en el mismo punto ya señalado.

Pues bien, el acceso a la información pública es un derecho fundamental, reconocido por la Constitución Política en su artículo 74, donde señaló que *“todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”*, y por la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 13, recalcó la obligación de los Estados de brindar a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder. Por lo que, las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley.

Es por lo anterior, y acorde con el artículo 2º de la Ley 1712 de 2014²⁰, que los límites del derecho de acceso a la información pública deben estar fijados en la Constitución o en la ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza.

En el caso que nos ocupa, la **Ley 1324 de 13 de julio de 2009**, *“Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el Sistema de Evaluación de Resultados de la Calidad de la Educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES”*, dispuso en su artículo 4º una reserva de los bancos de preguntas que se utilizan en las evaluaciones externas, señalando que:

“[...] De la publicidad y reserva. Los resultados agregados de las evaluaciones externas de que trata esta ley serán públicos.

Los resultados individuales podrán comunicarse a terceros que los requieran con el fin exclusivo de adelantar investigaciones sobre la educación, si garantizan que el acto individual no será divulgado sin consentimiento previo de la persona evaluada.

Sin perjuicio de la comunicación de datos agregados, o para investigaciones, los datos relativos a cada persona pertenecerán a aquella y no podrán ser divulgados sino con su autorización.

La persona evaluada tendrá derecho a conocer el resultado de su evaluación y a exigir y obtener la corrección que sea del caso si comprueba que está errada, en los términos que defina el reglamento.

Gozan del privilegio de la reserva los bancos de preguntas que se utilicen en las evaluaciones externas [...].”

²⁰ Artículo 2. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal.

El ICFES en su contestación a la acción de tutela señaló que la Resolución 135 de 27 de febrero de 2017, “*Por la cual se Reglamenta el Proceso de Inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 20 precisó que “*el material empleado en el examen es de propiedad del ICFES y su contenido tiene el carácter de reservado ...se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad*” regulación que va en sintonía con la limitación establecida por la Ley 1324 de 13 de julio de 2009.

Acorde con lo anterior la información que reposa en el banco de preguntas del ICFES goza de reserva, sin embargo, la Sala no encuentra norma Constitucional o legal que limite el acceso a que cada participante tenga acceso a sus propias respuestas por lo que, la interpretación dada por el ICFES y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulnera el derecho al debido proceso de los interesados, al no permitírsele al examinado que reclama tener acceso a las respuestas dadas por él, restringiendo considerablemente su derecho a controvertir las pruebas que son materia de inconformismo.

Así las cosas, es posible que el tutelante tenga acceso a la respuesta que dio en la prueba de comunicación escrita y como la pregunta que resolvió ya hace parte de los cuadernillos que el ICFES ha puesto a disposición de la comunidad educativa y del público en general, con fines académicos e investigativos, eliminando la reserva que sobre ellos había²¹, acorde con la prueba aportada por el señor Fajardo Restrepo a folio 146, no habrá que alterar la reserva de la que goza la pregunta.

Sin embargo, si la respuesta a la que el actor desea acceder está en un cuadernillo en el que reposan otras preguntas, es necesario mantener la reserva que sobre este recae, por lo que su consulta debe realizarse frente a un funcionario competente, designado por el ICFES, que garantice el registro de la cadena de custodia y sin que pueda autorizarse su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar) para conservar así la reserva.

En cuanto al alegato del tribunal accionado y del ICFES, respecto a que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de conocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, esta Sección discrepa con los impugnantes, pues considera que es viable aplicar la regla jurisprudencial de levantar la reserva de ciertos documentos que se utilizan en los exámenes de conocimiento para dar prioridad al derecho de defensa y al debido proceso.

²¹ Aplicando lo dispuesto en el inciso primero del artículo 20 de la Resolución 135 de 2017 en el que se señaló que: “Artículo 20: Reserva del material empleado en el examen: El material empleado en los exámenes es de propiedad del ICFES y su contenido tiene carácter reservado. **Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad**”

Es por lo anterior que se comparte la postura del juez constitucional de primera instancia, quien al analizar las sentencias señaladas por el actor: i) la sentencia T-227 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Carlos Bernal Pulido²², y ii) la sentencia de 13 de diciembre de 2012, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación AC-25000-23-42-000-2012-00492-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala²³, como

²² i) En sentencia T-227 de 23 de mayo de 2019, la Corte Constitucional, decidió el caso del señor Harold Raúl Padilla Sepúlveda, quien participó en el concurso público de méritos adelantado por la CNSC, para acceder en propiedad al cargo de Gestor Grado 12, Código T1, de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia de Inspección de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC. El accionante no aprobó la entrevista con polígrafo de carácter eliminatoria y presentó reclamación porque durante la misma al preguntársele si había pertenecido a organizaciones al margen de la ley, o si había tenido relaciones con personas vinculadas a las mismas, contestó que militó en el M-19, que se había desmovilizado y que conocía a Gustavo Petro, a Antonio Navarro y a Otty Patiño. También explicó al entrevistador que se había reinsertado a la vida civil en virtud del acuerdo de paz y la ley de amnistía. Sin embargo, por tal situación se consideró que no superaba la prueba. Por lo anterior, solicitó copia de tal actuación y le fue negada por tratarse de documento de carácter reservado, decisión respecto de la cual presentó acción de tutela que le fue decidida desfavorablemente en ambas instancias.

La Corte Constitucional seleccionó para revisión la sentencia que negó el amparo y en su fallo 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.

Además precisó que en la reclamación del actor, las accionadas debían considerar: (i) que únicamente están sometidos reserva las informaciones y documentos que expresamente tengan esa calidad de acuerdo con la Constitución o la ley, y (ii) **que esta no es oponible al titular de la información** (como ocurre con el resultado de la prueba del polígrafo).

²³ ii) En sentencia del 13 de diciembre de 2012 dentro del proceso 2012-00492-01, la Sección Primera del Consejo de Estado²³ decidió en segunda instancia la impugnación interpuesta en contra de la sentencia que negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, quien participó en un concurso público de méritos y le negaron las solicitudes de acceso a las pruebas presentadas, bajo el argumento consistente en que tales documentos tienen carácter de reservado de conformidad con lo previsto en el artículo 31 numeral 3 de la Ley 909, replicada por el Decreto Ley 765 de 2005, artículo 34.4.

Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado determinó en su fallo que si bien es cierto que las normas aludidas establecen que los documentos solicitados 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

criterios auxiliares de interpretación al ser proferidas dentro de acciones de tutela y al estudiar la jurisprudencia de la Sección Segunda²⁴. precisó que si bien es cierto que las mismas *“refiere a un concurso de méritos para acceder a cargos públicos, y el presente caso trata sobre la prueba Saber Pro – ICFES, valoración académica fijada como requisito para obtener el título de bachiller, la realidad es que se tienen como elemento común que se debe superar una prueba de conocimientos a cuyas preguntas y respuestas impartidas se le atribuye el carácter de reservado por ministerio de la Ley, reserva legal respecto de la cual la jurisprudencia ha sido reiterativa en resaltar **que 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”*.

Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella **solo resulta procedente frente a los 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, defensa y contradicción**²⁵, 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 aspirantes²⁶, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.

Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su

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**.

Así las cosas, con base en este precedente constitucional y en los razonamientos anteriores se puede concluir que **la negativa tajante de la CNS y la USBM de permitir acceder a sus hojas de respuestas a quienes participaron en las pruebas practicadas en el marco de la Convocatoria No. 128 de 2009, en tanto que directamente interesados y afectados por ellos por ello, resulta contrario a la garantía del debido proceso y a sus derechos de defensa y contradicción, lo mismo que a su derecho de acceso a los documentos públicos**, instrumentalmente ligado a los anteriores [...]. Negrillas originales.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 13 de septiembre de 2012. Consejo de Estado. Sección Segunda. Rad. 2500-23-42-000-2012-00233-01 / sentencia de 17 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00014-00(0410-09).

²⁵ 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 los 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.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00014-00(0410-09).

prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el actor.

Así las cosas, esta Sala de Sección confirmará el fallo impugnado que amparó el derecho fundamental al debido proceso del señor Daniel Hernán Fajardo Restrepo, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 5 de diciembre de 2019 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, que concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor **DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado