



Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

<b>Acción</b>	<b>RECURSO DE INSISTENCIA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2019-00446-00</b>
<b>Insistente</b>	<b>TRINO CABARCAS MARTÍNEZ.</b>
<b>Consultante</b>	<b>EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE BOLÍVAR- EMPOBOL S.A EN LIQUIDACIÓN.</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Recurso de insistencia no resulta procedente.</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a revisar la actuación cumplida en el presente asunto, observándose se encuentra pendiente resolver de fondo el recurso de insistencia presentado por el señor TRINO CABARCAS MARTÍNEZ ante la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE BOLÍVAR- EMPOBOL S.A EN LIQUIDACIÓN.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1- Derecho de petición<sup>1</sup>**

El insistente, presentó derecho de petición dirigido a la señora Ana Delma Eljaiek Ospino en su calidad de Gerente liquidadora de la Empresa de Obras Sanitarias de Bolívar S.A- en liquidación, con el fin de que le expidiera a costas suyas, copias simples de cada uno de los actos administrativos que han sido expedidos por dicha empresa desde el 1 de enero de 2018 al 5 de julio de 2019.

Fundamenta su petición, en que esta entidad entró en liquidación desde el año de 1989 y todavía no ha finalizado el proceso liquidatario, por lo que necesita la información pedida para realizar una investigación académica respecto a este proceso.

#### **2.2- Respuesta negativa al derecho de petición<sup>2</sup>**

La señora Ana Delma Eljaiek Ospino en su calidad de Gerente liquidadora de la Empresa de Obras Sanitarias de Bolívar S.A- en liquidación dio repuesta al

<sup>1</sup> Fol. 14 Cdno 1.

<sup>2</sup> Fols 15-16 ibídem.



derecho de petición antes en comento, por medio del oficio GOBOL.19-038396, en el cual expresó no acceder a la solicitud realizada.

Lo anterior fue fundamentado, en que observa temeridad en los términos en que está manifestada la pretensión y la razón en que la soporta, dado que a su juicio no resulta lógico ni procedente que si la empresa entró en liquidación en 1987 en virtud al Decreto-Ley 11 de 1987 y el peticionario solicita actos administrativos expedidos entre 2018 a 2019.

En igual medida esboza, que en virtud al artículo 74 de la Constitución Política y 24 numeral 3 de la Ley 1755 de 2015 no accede a la entrega de los documentos porque los actos administrativos expedidos son de carácter particular, por lo que no pueden ser objeto de su petición.

### **2.3- Recurso de insistencia<sup>3</sup>.**

El señor Trino Cabarcas Martínez, presentó recurso de insistencia el día 16 de agosto, reiterando la solicitud de documentos realizada a través del derecho de petición e indicando que la finalidad es obtener los documentos para hacer un estudio y análisis académico del estado actual del proceso liquidatario de EMPOBOL S.A.

### **III. TRÁMITE PROCESAL.**

El presente recurso, fue enviado por Ana Delma Eljaiek Ospino en calidad de Gerente Encargada de EMPOBOL S.A y el mismo fue repartido el día 16 de septiembre de 2019<sup>4</sup>, correspondiendo el conocimiento a este Despacho.

Por auto del 18 de septiembre de 2019<sup>5</sup>, se procedió a inadmitir el presente recurso, por falta de documentación indispensable para resolver el fondo del mismo; seguidamente el día 4 de octubre de la misma anualidad<sup>6</sup>, fue allegada por la parte insistente documentación necesaria, por lo que en auto del 9 de octubre de 2019<sup>7</sup> se admitió el presente asunto.

<sup>3</sup> Fols. 17-18 ibídem.

<sup>4</sup> Fol. 6 ibídem.

<sup>5</sup> Fol. 7 ibídem.

<sup>6</sup> Fol. 13 ibídem.

<sup>7</sup> Fol. 21 ibídem.





**IV.-CONSIDERACIONES.**

**4.1.- Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de insistencia en **ÚNICA INSTANCIA**, según lo establecido en el numeral 7 del artículo 151 del C.P.A.C.A. y el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015.

**4.2.- Problema jurídico.**

De conformidad con los argumentos de la impugnación, considera la Sala que se debe determinar sí:

○ *¿Resulta procedente el recurso de insistencia como medio idóneo para el amparo del derecho de petición, vulnerado por EMPOBOL S.A. en liquidación al no emitir respuesta de fondo al señor TRINO CABARCAS MARTÍNEZ?*

De superarse el anterior problema jurídico, se procederá a establecer si:

○ *¿Debe la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE BOLÍVAR- EMPOBOL S.A EN LIQUIDACIÓN, expedir las copias de los actos administrativos que ha emitido desde el día 1 de enero de 2018 hasta el 5 de julio de 2019, al señor Trino tulio Cabarcas Martínez?*

○ Para resolver los problemas jurídicos abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) generalidades del recurso de insistencia; (ii) Reserva legal de documentos públicos; y (iii) caso concreto.

**4.3.- Tesis de la Sala**

La Sala DECLARARÁ improcedente, el presente trámite del recurso de insistencia, ante la respuesta de EMPOBOL S.A en liquidación, por no haber sido emitida con el cumplimiento de los presupuestos que satisfagan el derecho de petición. En consecuencia, ante la omisión de una respuesta de fondo por parte la empresa consultada, se ordenará remitir las presentes actuaciones a la Oficina de Administración Judicial- Reparto, a fin de que sea sometida a reparto bajo el trámite de acción de tutela, por la eventual vulneración al derecho fundamental de petición.





#### 4.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

##### 4.4.1.- Generalidades del recurso de insistencia.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 23, contempla la posibilidad a los ciudadanos de presentar peticiones a las autoridades pertinentes, por motivos de interés particular o general y a obtener pronta respuesta de las solicitudes adelantadas. De igual forma el artículo 74 Ibídem, establece que todos los particulares tendrán derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la Ley.

El recurso de insistencia, versa sobre la solicitud de documentos que por su naturaleza son públicos, pero por versar sobre temas de interés nacional, están sujetos a reserva legal, por consiguiente, frente al supuesto en que un ciudadano adelante un derecho de petición con la finalidad de obtener una información sujeta a reserva, le sea negado y persista esté sobre la pretensión, deberá la entidad consultada remitir el recurso de insistencia a la autoridad jurisdiccional competente. Está regulado por la Ley 1755 de 2015, en su artículo 26, que dispone lo siguiente;

**"Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva.** Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos: 1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente. 2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo. Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella."





#### 4.4.2.- Reserva legal de documentos públicos.

El artículo 27 de la Ley 594 del 2000, establece lo siguiente;

*"Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley.*

*Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes."*

De lo anterior, advierte esta Sala que conforme al artículo 23 Superior, y el artículo 27 de la Ley 594 todos los particulares tienen la posibilidad de acceder a documentos de carácter público, no obstante, este derecho no es absoluto, en tanto, está limitado por el carácter especial de reserva que poseen de ciertos documentos.

Es menester determinar que clase documentos públicos están sujetos bajo reserva legal. La Ley 1712 del 2014, que regula el acceso a la información pública, establece cuales documentos pueden ser otorgados a particulares, debido a la publicidad de los documentos solicitados, deberá la entidad estatal competente facilitar la entrega de los mismos, sin embargo, también delimita la Ley en mención, los documentos que por su contenido particular, no pueden ser de conocimiento general;

**"ARTÍCULO 18. INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑO DE DERECHOS A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS.** *Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:*

*a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.*

*b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad.*

*c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales.*

**PARÁGRAFO.** *Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable"*





En este mismo sentido, el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 dispuso:

*"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"*

#### 4.5 Caso concreto.

En el caso bajo estudio, la parte consultante se negó a entregar los documentos solicitados por el insistente, es decir, los actos administrativos que expidió dentro del término desde el 1 enero de 2018 al 5 de julio de 2019, fundamentado en que se encuentran cobijados por el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 y el artículo 74 de la Constitución Política.





Frente a lo anterior, encuentra la Sala, que la repuesta emitida por la parte consultante para fundamentar la negativa de expedir las copias de los actos administrativos, no cumple con lo establecido en Decreto 1081 de 2015, en el artículo 2.1.1.4.4.1. el cual dispone que la entidad ante la cual se interponga derecho de petición, consistente en el suministro de documentos públicos que puedan estar sujetos a reserva legal, deberá explicar en su escrito de respuesta, el daño presente, probable y específico que ocasionaría la divulgación de la información:

**"Artículo 2.1.1.4.4.1. Contenido del acto de respuesta de rechazo o denegación del derecho de acceso a información pública por clasificación o reserva.** El acto de respuesta del sujeto obligado que deniegue o rechace una solicitud de acceso a información pública por razón de clasificación o reserva, además de seguir las directrices señaladas en el presente decreto, y en especial lo previsto en el índice de Información Clasificada y Reservada, deberá contener:

- (1) El fundamento constitucional o legal que establece el objetivo legítimo de la clasificación o la reserva, señalando expresamente la norma, artículo, inciso o párrafo que la calificación,
- (2) La identificación de la excepción que, dentro de las previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, cobija la calificación de información reservada o clasificada;
- (3) El tiempo por el que se extiende la clasificación o reserva, contado a partir de la fecha de generación de la información; y,
- (4) La determinación del daño presente, probable y específico que causaría la divulgación de la información pública y la relación de las razones y las pruebas, en caso de que existan, que acrediten la amenaza del daño"

Así las cosas, avizora esta Corporación que frente al primer requisito esto es, que la respuesta del derecho de petición contenga el fundamento constitucional o legal en que se fundamenta la reserva, se encuentra que la repuesta emitida al insistente de fecha 12 de agosto de 2019<sup>8</sup>, en efecto contiene como fundamento legal el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

Respecto al segundo requisito, es decir, la identificación de la excepción contenida en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, que cobija la reserva en el caso en específico, se observa que en la respuesta del derecho de petición<sup>9</sup> la entidad omitió cumplir con este requisito.

<sup>8</sup> Fols. 15-16 Cdno 1

<sup>9</sup> Ibídem





En lo relativo al numeral tercero del artículo en estudio, esto es, el requisito atinente a la determinación del tiempo por el que se extiende la reserva de la información negada, se tiene que no obra en la respuesta del derecho de petición<sup>10</sup> identificación de este tiempo, por lo que no se surtió este requisito.

Por último, frente al deber de determinar el daño presente, probable y específico, que se causaría con la divulgación de la información, se tiene que EMPOBOL S.A, no hace alusión a daño alguno, en la respuesta al derecho de petición<sup>11</sup>.

De conformidad con lo anterior, se observa que EMPOBOL S.A en liquidación, en la repuesta emitida no informa al insistente las razones de la negativa para expedir las copias de los actos administrativos solicitados, dado que no ha justificado en debida forma la misma, siendo que la repuesta es general y no concreta; además, se tiene que aun cuando la parte consultada esboza que existe reserva frente a lo solicitado, no discrimina los actos administrativos requeridos, pues si bien algunos son de carácter particular y están sujetos a reserva legal, otros pueden ser actos administrativos de carácter general o referentes al proceso liquidatario de la empresa, sobre los cuales no se justifica no expedir las copias pedidas por la parte insistente.

Así las cosas, observa la Sala que se configura una posible vulneración al derecho de petición de la parte insistente, como quiera que no se cumplen los presupuestos para la efectividad de este derecho, esto es, que la respuesta sea de "*fondo, clara y congruente*<sup>12</sup>"; por lo tanto, no resulta procedente el presente recurso para el amparo del derecho de petición, si no la acción de tutela, como lo ha establecido la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, puesto que el recurso de insistencia tiene por finalidad es ordenar o no las copias de los documentos solicitados y negados por reserva legal, pero aquí no están determinados sobre cuales recae la reserva, sino que solo a título enunciativo se manifestó en el escrito que remitió el recurso a este Tribunal y no al usuario, por lo que reitera la Sala que lo que falta es una respuesta concreta sobre qué documentos tienen reserva y luego que eso suceda, es cuando se hace procedente el recurso de

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Ibídem

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T- 149 de 2013. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.





insistencia, abriéndose la competencia de este Tribunal para determina si hay reserva legal o no.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional ha manifestado:

*"Hoy en día, es claro que con la expedición de la mencionada Ley Estatutaria los ciudadanos cuentan con un proceso destinado exclusivamente a que un funcionario judicial decida, de manera imparcial, si los documentos que una determinada autoridad pública ha clasificado como "reservados" deben o no ser entregados al solicitante, con lo cual la acción de amparo recobra su carácter subsidiario para efectos de proteger el derecho fundamental antedicho.<sup>13</sup>"*

Así, se denota que, al no existir repuesta de fondo frente a la petición efectuada por el señor Trino Cabarcas Martínez, la acción procedente es la tutela, por lo cual remitirá esta Corporación el presente recurso de insistencia a la Oficina de Administración Judicial- Reparto, para efectos de que sea repartida ante los juzgados de categoría circuito de esta ciudad como una acción de tutela.

Previo a ello, por secretaria de este Tribunal se allegaran copias del expediente contentivo del recurso de insistencia al trámite incidental adelantado contra la señora Ana Delma Eljaiek Ospino, como Gerente encargada de la Empresa de Obras Sanitarias de Bolívar- EMPOBOL S.A en liquidación.

## **5. Conclusión.**

La Sala DECLARARÁ improcedente, el presente trámite del recurso de insistencia, ante la respuesta de EMPOBOL S.A en liquidación, por no haber sido emitida con el cumplimiento de los presupuestos que satisfagan el derecho de petición. En consecuencia, ante la omisión de una respuesta de fondo por parte la empresa consultada, se ordenará remitir las presentes actuaciones a la Oficina de Administración Judicial- Reparto, a fin de que sea sometida a reparto bajo el trámite de acción de tutela, por la eventual vulneración al derecho fundamental de petición.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T- 119 de 2017. MP: Luis Ernesto Vargas Villas.





**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** improcedente el recurso de insistencia presentado por el señor TRINO CABARCAS MARTÍNEZ, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: REMÍTASE** el presente proceso a la Oficina de Administración Judicial- Reparto, para que sea repartido ante los juzgados categoría circuito de Cartagena como **acción de tutela**, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO:** Por secretaria, **ALLÉGUESE** copias del expediente contentivo del recurso de insistencia al trámite incidental adelantado contra la señora Ana Delma Eljaiek Ospino, como gerente encargada de la Empresa de Obras Sanitarias de Bolívar- EMPOBOL S.A en liquidación.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** a las partes el presente proveído.

**QUINTA: HÁGANSE**, todas las anotaciones en los libros y sistema de registro Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 075 de la fecha.*

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS  
CON ACLARACIÓN DE VOTO

AUSENTE CON PERMISO

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE  
(En uso de permiso)



<b>Medio de Control:</b>	Recurso de insistencia
<b>Radicación:</b>	13-001-23-33-000-2019-00446-00
<b>Demandante:</b>	Trino Cabarcas Martínez
<b>Demandado:</b>	EMPOBOL S.A. en liquidación
<b>Asunto</b>	Aclaración de Voto
<b>Magistrado Ponente:</b>	Moisés Rodríguez Pérez

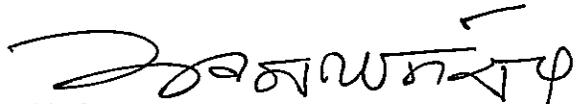
Con mi acostumbrado, aclaro voto frente a la sentencia proferida en el proceso de la referencia, mediante la cual se declaró improcedente el recurso de insistencia promovido por el señor Trino Cabarcas Martínez contra EMPOBOL en, liquidación y se dispone remitir el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial para que sea repartida a los Juzgados Administrativos del Circuito a efectos de que se le dé el trámite de acción de tutela.

Si bien estoy de acuerdo con la decisión, me aparto de algunos de los argumentos que le sirven de motivación, en especial las manifestaciones según las cuales la entidad accionada omitió dar respuesta de fondo a la petición de documentos, sin cumplir los presupuestos que satisfagan el derecho de petición.

A mi juicio, dicha afirmación entraña un pronunciamiento de fondo respecto de la violación del derecho de petición que corresponde emitir a posteriori al Juez que conozca la acción de tutela, luego de surtirse su trámite con la garantía de defensa de la parte accionada; pero en ningún caso a priori por parte de esta Sala, a quien eventualmente correspondería el conocimiento de la acción de tutela en segunda instancia.

Para evitar prejuzgamiento, debió esta Sala limitarse a señalar, como hizo atinadamente, que en el sub lite no se reunían los presupuestos para tramitar y decidir el recurso de insistencia, entre ellos la negativa a entregar documentos concretos que la administración califica como reservados; que en el sub lite no se cumplió, dado que la respuesta a la petición se limitó a señalar de manera general que no se entregarían los documentos requeridos porque entre ellos los había sometidos a reserva. Y la inconformidad del actor por la falta de entrega de documentos debían entonces tramitarse por vía de la acción de tutela, pues solo en caso de que EMPOBOL respondiera de manera concreta respecto de cuales documentos operaba la reserva, correspondía al Tribunal decidir por vía del recurso de insistencia si debían entregarse o no al peticionario.

En los términos anteriores, aclaro mi voto.

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS  
Magistrado

Fecha up supra







Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

<b>Acción</b>	<b>RECURSO DE INSISTENCIA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2019-00446-00</b>
<b>Insistente</b>	<b>TRINO CABARCAS MARTÍNEZ</b>
<b>Consultante</b>	<b>EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE BOLÍVAR-EMPOBOL S.A EN LIQUIDACIÓN</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

Se deja constancia, que el doctor Moisés Rodríguez Pérez, Magistrado Ponente dentro del proceso de la referencia, estuvo separado de las funciones de su cargo como Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, durante los días 28 y 29 de octubre de 2019, en virtud a la Comisión de Servicios otorgada a su favor, mediante Acuerdo N° 314 del 7 de octubre de 2019 por el H. Consejo de Estado, con el fin de participar en el "Taller sobre liquidaciones en materia contenciosa administrativa" organizado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en la ciudad de Barranquilla-Atlántico.

Se anexa Acuerdo N° 314 de 2019 (1 folio)

  
**YORJANI HEREDIA LORA**  
Auxiliar Judicial

