

1096

MEMORANDO
UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE REGALÍAS
20151100152143

1096

SG

Bogotá, 30-11-2015

PARA: Dra. **MARÍA EUGENIA PINTO BORREGO**
Asesora Dirección General
Líder Estrategia de Regionalización

DE: **LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE**
Secretaria General

ASUNTO: Respuesta a radicado No. 20151900135403 del 28-10-2015 /
Concepto jurídico.

Cordial saludo doctora **MARÍA EUGENIA**,

Acuso recibo de su radicado interno de la referencia, a través del cual solicitó a esta dependencia la emisión de un concepto jurídico en relación con las condiciones de confidencialidad y las posibilidades de divulgación a terceros, de la información y documentación relativa a los proyectos de ciencia, tecnología e innovación cuya fuente de financiación sea el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías – FCTel del SGR y, en consecuencia, procedo a pronunciarme con base en los siguientes:

ANTECEDENTES:

1.- Con fecha 3 de noviembre de 2015, se recibió en esta Secretaría General el memorando interno de la referencia, en el que en términos puntuales se consideró y solicitó lo siguiente:

"...Fundamentos de hecho: La Secretaría Técnica del FCTel (sic), recibe continuas solicitudes de personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, relacionadas con: 1. La entrega de copias de los proyectos de inversión y/o información contenida en los mismos; radicados por las entidades territoriales para su respectiva verificación, priorización y aprobación del OCAD.

2.- Por su parte, los formuladores o proponentes de los proyectos de inversión, solicitan junto con la radicación en la Secretaría Técnica, la confidencialidad de la información y

etiff.
02.12.2015
8:21 AM

la reserva de los proyectos, en razón de proteger derechos de autor, propiedad industrial, secretos empresariales y comerciales.

Fundamentos de derecho: Principio de acceso a la información frente a los derechos de autor, propiedad industrial, secretos empresariales y comerciales.

Por lo anterior, se plantean los siguientes problemas jurídicos, para que amablemente sean resueltos en el marco de sus funciones:

- ✓ ¿La información contenida en los proyectos de inversión radicados ante la Secretaría General, con el objeto de que sean financiados con recursos del FCTel – SGR, es pública?
- ✓ ¿Tiene algún tipo de reserva su contenido?
- ✓ ¿La Secretaría Técnica tiene la obligación de entregar a una persona natural o jurídica, en uso del derecho de petición, copia de los documentos y/o proyectos de inversión que cursan en trámite de verificación, priorización, viabilización y aprobación?
- ✓ ¿Los formuladores o proponentes de los proyectos de inversión pueden solicitar la reserva de información o del pleno contenido de los proyectos? De ser afirmativo, ¿cuál es el mecanismo o trámite para tal fin?...”.

2.- Al radicado de entrada se acompañó un estudio jurídico sobre la temática planteada, de cuya lectura partirá este despacho para efectuar su análisis y que, en términos generales, consigna las siguientes conclusiones:

- a) Es una obligación constitucional y legal del Estado dar publicidad a los documentos o informaciones que tengan en su poder o que estén bajo su control y/o custodia, por razón de sus funciones (artículo 74 de la Constitución Política; y, artículos 2º y 24 de la Ley 1712 de 2014);
- b) La información relativa o contenida en los proyectos de ciencia, tecnología e innovación cuya fuente de financiación sean los recursos del FCTel del SGR, debería reposar o estar bajo custodia y/o control de las correspondientes entidades territoriales, en su condición de formuladoras, ejecutoras o financiadoras de los mismos, no de COLCIENCIAS, quien jurídicamente sólo ostenta el rol de Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión – OCAD; al margen de lo mencionado, dicha Secretaría Técnica sí ostenta competencia para pronunciarse frente a las solicitudes de acceso a la información, respecto de los documentos que se encuentren en su poder, o respecto de los cuales se le haya asignado su control y/o custodia; y,
- c) Las excepciones al principio/obligación general de dar publicidad a la información que repose o se encuentre bajo control y/o custodia de una entidad pública son, exclusivamente, las previstas en la Constitución Política y en las Leyes de la República. En este sentido, la voluntad del titular de la información no puede estar por encima de lo que prescriben

109A

tales normas jurídicas y, en tanto tal, la intención expresa del titular, en el sentido de mantener la reserva o confidencialidad de este tipo de información, no es una de las causales de excepción previstas en el ordenamiento jurídico.

TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:

1.- La competencia y demás cuestiones preliminares:

De conformidad con lo previsto en los numerales 3º, 4º, 9º y 10º del artículo 14 del Decreto 1904 de 2009 *"Por medio del cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias – y se dictan otras disposiciones"*, en materia de conceptualización jurídica, corresponde a esta secretaría general el ejercicio de las siguientes competencias específicas: (i) orientar a los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación¹ – SNCTel – en la interpretación de la normatividad del sector; (ii) asesorar al Director General, al Subdirector General, a las Direcciones y Oficinas, en la interpretación de la normatividad; (iii) dirigir las acciones necesarias para la compilación de normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina, procedimientos y demás información relacionada con la legislación en CTel y velar por su permanente actualización y difusión; y, (iv) emitir concepto sobre los asuntos jurídicos relacionados con las funciones del departamento administrativo.

Con todo, la anterior norma debe leerse en plena concordancia con lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo ordenado en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 *"Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, a propósito del alcance de los pronunciamientos que emiten las autoridades administrativas en el ejercicio de su función consultiva, los cuales carecen – es la regla general – de carácter vinculante u obligatorio, tanto en lo que corresponde a la administración, como en lo que atañe al propio peticionario interesado y al resto de la ciudadanía, lo cual implica que esta especial forma de intervención del aparato estatal no fue concebida para atender situaciones particulares y concretas, es decir, en las que se definan relaciones jurídicas individuales, las cuales deben desatarse a través de la expedición de los correspondientes actos administrativos creadores, modificatorios o extintivos de derechos y/o de obligaciones.

Es claro, en consecuencia, que los conceptos que emite la Secretaría General

¹ Hoy integrado en el Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, por virtud de lo señalado en el artículo 186 de la Ley 1753 de 2015 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. "Todos por un Nuevo País"*.

8

del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS en ejercicio de sus competencias, en especial las previstas en los numerales 3º, 4º y 10º del artículo 14 del Decreto 1904 de 2009, en cualquier caso involucran una visión jurídica general y de contexto en la aplicación del marco normativo que rige para determinado asunto de la órbita de la entidad o del catálogo funcional al que se encuentra sometida su actividad, pero de ninguna manera implican un pronunciamiento directo y de fondo, generador de efectos jurídicos individuales, pues ello equivaldría a invadir, usurpar o sustituir las competencias que les fueron asignadas a las demás dependencias y funcionarios de la entidad, encargados de la ejecución de actividades misionales o de apoyo a la gestión en el sector de la CTel.

Y la anterior precisión cobra aún mayor importancia en asuntos como el sometido a consideración, pues por la fuente de financiación y el primer nivel de institucionalidad del Sistema General de Regalías, se trata de un asunto que debería discutirse y concertarse a nivel de la Comisión Rectora del SGR o, del Departamento Nacional de Planeación – DNP, que funge como su Secretaría Técnica o, inclusive, de las propias entidades territoriales, quienes serían las custodias de los respectivos proyectos y su documentación.

Es por lo anterior que, sin perjuicio de la emisión del presente documento, en el cual se expresará con claridad la posición jurídica del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, a propósito de la regla de confidencialidad de la información relativa a los proyectos que se financian con cargo a los recursos del FCTel del SGR, la invitación es a que se convoque a las mencionadas instancias decisorias y asesoras del sistema, con el fin de obtener las claridades del caso sobre la temática propuesta, en lo que es necesario precisar de una vez que la posición manifestada en el presente concepto jurídico, exclusivamente podrá aplicarse a las solicitudes de acceso a la información o de documentos que de manera física o virtual reposen o estén en custodia o bajo control de esta entidad en ejercicio de su rol dentro del Sistema General de Regalías, que es donde se activa la competencia de conceptualización jurídica de esta Secretaría General, pues es un hecho que se trata de un asunto específicamente relacionado con alguna de las funciones del departamento administrativo. (Numerales 4 y 10 del artículo 14 del Decreto 1904 de 2009).

2.- El caso concreto:

En los términos de lo previsto en los artículos 15 y 74 de la Constitución Política:

“Artículo 15.- Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre

ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Subrayas no originales).

***"Artículo 74.-** Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.*

El secreto profesional es inviolable." (Subrayas no originales).

Surge de lo anterior que, en materia de acceso a la información y a los documentos que reposan o se encuentran bajo control y/o custodia de las entidades estatales, son la Constitución Política y las Leyes de la República, las únicas fuentes de excepcionalidad autorizadas por el ordenamiento jurídico colombiano, lo que nos obliga a remitirnos, en principio, al estatuto jurídico contenido, fundamentalmente, en la Ley 1530 de 2012 "Por la cual se regula la organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías."

Sin embargo, luego de revisar integralmente su contenido, sólo se evidenciaron dos artículos en materia de reserva y confidencialidad de la información, que lamentablemente no resultan aplicables al asunto sometido a consideración de la secretaría general (pues corresponden a actuaciones administrativas sancionatorias que se surten en el ciclo de la vigilancia, monitoreo y fiscalización sobre el uso adecuado de los recursos que alimentan al Sistema como un todo), pero que de cierta manera anuncian una especie de *principio general de no reserva absoluta de la información y documentación relativas a los proyectos de ciencia, tecnología e innovación que se financien con recursos del FCTel del SGR.*

Se trata de las previsiones contenidas en el párrafo tercero del artículo 14 y el artículo 121 de la mencionada ley.

Como puede verse, no existe un tratamiento jurídico especial en materia de reserva y confidencialidad de este tipo de información y, a falta del mismo, la hermenéutica jurídica impone acudir al régimen general sobre el tratamiento de la información pública y privada de contenido reservado y/o confidencial que repose en entidades públicas y, sobre el tratamiento de los datos personales y los datos sensibles, contenido en los artículos 24, 25 y 27 de la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", luego de la sustitución de

su Título II por virtud de lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*; 2, 4 a 7, 9, 10, 12 y 13 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 *“Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”*; y, 2 a 7, 18, 19, 21, 22, 24, 25 y 28 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 *“Por medio de la cual se crea la ley (sic) de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”*, de conformidad con los cuales:

De la Ley 1437 de 2011 – CPACA:

- El artículo 24 que señala que la reserva sólo se predica respecto de aquéllas informaciones o documentos expresamente excluidos del deber de publicidad por la Constitución Política y las leyes de la República; en este sentido, la norma sólo aplica la reserva a los documentos e informaciones relacionados con:
 1. La defensa y 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 pública 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 los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación.
 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.
- El artículo 25 que establece el deber legal para el funcionario responsable o encargado del tratamiento de los documentos y de la información, de

rechazar las solicitudes de acceso sólo por los motivos expresamente señalados en la Constitución Política o en las Leyes de la República.

De la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

- El artículo 2º, que dentro del ámbito de aplicación de dicha normativa, excluye a: 1. Las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico; 2. Las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; 3. Las bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia; 4. Las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales; 5. Las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008²; y, 6. Las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993³.
- El artículo 4º, que como principios fundamentales para el tratamiento de datos personales o sensibles, reconoce que: 1. Se trata de una actuación reglada por el derecho y que sólo éste tiene la capacidad de introducir excepciones sobre la regla general de tratamiento de la información pública; 2. Que el tratamiento debe perseguir a una finalidad legítima (artículo 12), la cual debe ser informada al titular de la información; 3. Que se exige la autorización expresa del titular (artículo 9º), o de mandato legal o judicial, para que el Sujeto Obligado proceda a la divulgación que llegare a solicitársele respecto de datos personales o sensibles; y, 4. Que la información que pueda calificarse como pública y que no refiera a datos personales o sensibles de su titular, es susceptible y debe divulgarse (por medio físico o electrónico).
- El artículo 5º, que define los datos personales y sensibles como *"...aquéllos 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 promuevan intereses de cualquier partido o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, la vida sexual y los datos biométricos..."*.
- El artículo 6º, que como debido proceso para el tratamiento de los datos personales o sensibles del titular, señala las siguientes reglas de obligatoria observancia: 1. En cualquier caso se requiere la autorización expresa del titular de la información para el tratamiento de la misma,

² "Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones".

³ "Por la cual se regula la realización de los Censos de Población y Vivienda en todo el territorio nacional".

salvo lo que corresponde a información de naturaleza pública. A falta de autorización, se atenderán los mandatos legales y las órdenes de las autoridades judiciales o administrativas con competencia para solicitar la información reservada, en el marco de sus funciones y procedimientos;

2. Que el tratamiento procede, excepcionalmente, ante 2.1. situaciones en que sean necesario salvaguardar el interés vital del titular y éste se encuentre física o jurídicamente incapacitado, en cuyo caso debe contarse con la autorización a su nombre de su representante legal, o 2.2. en el curso de actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una Fundación, ONG, o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular, o, 2.3. cuando el tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento o defensa de un derecho en un proceso judicial, o, 2.4. cuando el tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los titulares.

- El artículo 7º, que como causal de excepción de primer orden (debe mantenerse la reserva de la información relativa a este grupo poblacional en especial), prohíbe de manera general el tratamiento de los datos personales o sensibles de las niñas, niños y adolescentes, salvo aquella información que pueda ser calificada como de naturaleza pública.
- Los artículos 9º y 10 que, luego de ratificar que en todos los casos de tratamiento de información personal o sensible se debe contar con la autorización expresa del titular, la exceptúa para las siguientes eventualidades: 1. Cuando se trate de información requerida por entidad pública en el ejercicio de sus funciones; 2. Los datos que, por su naturaleza y contenido, sean susceptibles de calificarse de públicos; 3. Los datos tratados en casos de urgencia médica o sanitaria. 4. Frente al tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos. Y, 5. Los datos relacionados con el registro civil de las personas.
- El artículo 13, que como personas autorizadas a quienes se les podría suministrar información relacionada con datos personales o sensibles, señala a: 1. Las entidades públicas en el ejercicio de sus funciones o mediando la correspondiente orden judicial; 2. Por supuesto al titular de la información, o a sus causahabientes y representantes legales; y, como venimos exponiendo, 3. Al tercero expresamente autorizado por el titular de la información y previamente informado de la finalidad que persigue el tratamiento de la información solicitada.

Y, finalmente, de la Ley Estatutaria No. 1712 de 2014 (en cuyo artículo 5º se señaló que entidades como ésta, por su naturaleza jurídica, están obligadas expresamente a su cumplimiento):

- Los artículos 2º, 3º y 28 que como principios generales en relación con la obligación de dar publicidad a la información y a los documentos que reposan o se encuentran bajo la custodia o el control de entidades estatales, salvo lo relativo a datos personales o sensibles y las excepciones expresamente consignadas en la Constitución Política y en las leyes de la República en materia de reserva y confidencialidad y, para los efectos del presente estudio, estableció lo siguientes:

1. Principio de máxima publicidad para titular universal, según el cual "... Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada ni limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley...".

2. Principio de transparencia, de conformidad con el cual "... toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley, se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley...".

3. Principio de facilitación en virtud del cual "... los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo...".

4. Principio de la divulgación proactiva de la información, que señala expresamente que "... El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros...".

- Los artículos 4º, 24 y 25, que definieron el derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la información en dos dimensiones complementarias: de una parte, se entiende como la facultad que tiene toda persona de ejercer su derecho constitucional fundamental de petición en procura de la obtención de una información o de una documentación que repose o se encuentre bajo control o custodia de las entidades públicas, salvo lo relativo a datos personales y sensibles y las excepciones constitucionales y legales autorizadas; y, de otra, como

la obligación de esas mismas entidades de divulgar de manera dinámica dicha información, esto es, sin necesidad de solicitud de parte interesada.

- El artículo 6º, que dentro de las definiciones que interesan para los fines de este estudio, consagró las siguientes:

*"...a) **Información.** Se refiere a un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen;*

*b) **Información pública.** Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera o controle en su calidad de tal;*

*c) **Información pública clasificada.** Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser restringido, negado o exceptuado⁴, siempre que se trate de circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley;*

*d) **Información pública reservada.** Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley;*

*e) **Publicar y divulgar.** Significa poner a disposición en una forma de acceso general a los miembros del público e incluye la impresión, emisión y las formas electrónicas de difusión;*

(...)

*k) **Documento en construcción.** No será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado, en su calidad de tal." (Subrayas no originales).*

- El artículo 7º, que atendiendo a las anteriores definiciones, consagró un deber genérico de disponibilidad electrónica de la información pública y no exceptuada por la Constitución Política o la ley, para los interesados, en cabeza de las entidades controlantes o los depositarios de la misma.
- Los artículos 18 y 19, que de manera concreta definieron los escenarios que debe revisar y verificar el responsable del tratamiento de la información, para entender que se trata de información exceptuada por la ley del deber genérico de publicidad y acceso a la información (1. Cuando la información solicitada causa daño a derechos de personas naturales o jurídicas: derecho a la intimidad, derechos a la vida, la salud o la seguridad personales y, los secretos industriales, comerciales y profesionales; y, 2. Cuando la información solicitada causa daño a los intereses públicos: defensa y seguridad nacionales, seguridad pública,

⁴ Es el caso típico de la reserva o confidencialidad de los datos personales y los datos sensibles de que trata la parcialmente transcrita Ley Estatutaria 1581 de 2012.

1101

relaciones internacionales, prevención, investigación y sanción de delitos y faltas, hasta determinado momento, el debido proceso y la igualdad de los sujetos procesales, la administración efectiva de la justicia, los derechos de la infancia y la adolescencia, la estabilidad macroeconómica y financiera del país, la salud pública)

- Y, finalmente, el artículo 21 que consagra la regla según la cual la reserva o confidencialidad se predica de lo material de la información y no del documento propiamente dicho y que, a partir de dicha distinción, autorizó al responsable del tratamiento de la información para proceder a las divulgaciones parciales respecto de lo solicitado, manteniendo por supuesto la reserva sobre lo que la ley le ordena.

Conforme con lo visto, el ordenamiento jurídico es absolutamente claro y unívoco en cuanto corresponde a la interpretación del deber general de publicidad y de acceso a la información pública que repose o se encuentre bajo custodia o control de las entidades estatales, por razón de sus funciones, y esta conclusión, que se extracta de la sola lectura del extenso marco legal que se acaba de transcribir, es coincidente con la posición jurídica que acompañó a la presente solicitud de conceptualización jurídica, como pasamos a indicar:

a) En materia de reserva y confidencialidad de la información puesta en conocimiento o bajo control y custodia de las autoridades estatales, por razón de sus funciones, la autonomía de la voluntad de su titular, en el sentido de solicitar expresamente el mantenimiento de la misma frente a solicitudes de terceros, NO configura una de las excepciones señaladas en la Constitución Política o en la Ley, o, lo que es lo mismo, que la solicitud de un particular en el sentido de mantener su información (salvo lo que correspondería a los datos personales o sensibles, en los que la excepción opera por el simple ministerio de la ley) en condiciones de reserva, no convierte *per se* esa información en reservada o confidencial; todo lo contrario, por el principio de *máxima publicidad para titular universal* y por el *principio de divulgación proactiva de la información*, se presume que dicha información, salvo lo expresamente exceptuado, es pública y divulgable;

b) Atendiendo al régimen jurídico general definido en la Constitución Política de Colombia, en la Ley 1437 de 2011, en la Ley 1581 de 2012 y en la Ley 1712 de 2014, toda información pública o de interés público en conocimiento o bajo control y custodia de las entidades estatales se presume tal, esto es pública y debe ser entregada a quien legítimamente la solicite, salvo las siguientes excepciones constitucionales y legales:

- La información relativa a los datos personales o sensibles de los particulares y de los funcionarios públicos;



- La información que puede causar afectación sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes;

- La información cuya divulgación tenga el potencial de causar daño a los intereses públicos (defensa y seguridad nacional, seguridad pública, relaciones internacionales, la prevención, investigación y sanción de delitos y faltas disciplinarias, hasta tanto se produzca la acusación o se formule pliego de cargos, el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales, la efectiva administración de la justicia, la estabilidad macroeconómica y financiera del país o la salud pública).

- La información aquélla cuya divulgación tenga el potencial de causar daño sobre los siguientes derechos de los particulares: derecho a la intimidad – sin perjuicio de la información correspondiente a servidores públicos que sea objeto de divulgación por razones de transparencia –; derecho a la vida, a la salud y a la integridad o seguridad personales; los secretos comerciales, industriales y profesionales; y, la reserva bancaria, respecto de la cual, sin embargo, puede solicitarse su levantamiento por orden de las autoridades administrativas o judiciales, en el marco de los procesos que éstas adelanten.

- La información consignada en documentos públicos en construcción o que sirven para la deliberación y toma de decisiones;

c) Los derechos de propiedad intelectual o los derechos de autor sobre una obra, invención o creación, así estén relacionados con un proyecto en materia de ciencia, tecnología e innovación, no fueron considerados por el constituyente primario ni por el legislador como causal de excepción al deber general de publicidad, precisamente por cuanto que esta materia tiene un régimen jurídico de protección especial y propio, que antes que cualquier cosa, lo que busca es garantizar la titularidad de la idea, obra o invención, según el caso. (Registro y protección de ese registro).

3.- Las Respuestas:

Atendiendo pues a las consideraciones plasmadas en precedencia, esta secretaría general se permite formular respuesta puntual a cada una de las interrogantes formuladas en la solicitud de concepto, de la siguiente manera:

a) Efectivamente, se considera pública la información contenida en los proyectos de inversión radicados ante la Secretaría General, con el objeto de que sean financiados con recursos del FCTel – SGR, salvo la información que se ajuste a una cualquiera de las excepciones constitucionales y legales anotadas en el aparatado anterior;

b) La reserva o confidencialidad de la información relativa a este tipo de proyectos, opera bajo el régimen jurídico general de transparencia y acceso a la información pública, según el cual sólo tendrán el carácter de reservados o confidenciales, los siguientes documentos e informaciones: 1.- La información relativa a los datos personales o sensibles de los particulares y de los funcionarios públicos; 2.- La información que puede causar afectación sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes; 3.- La información cuya divulgación tenga el potencial de causar daño a los intereses públicos (defensa y seguridad nacional, seguridad pública, relaciones internacionales, la prevención, investigación y sanción de delitos y faltas disciplinarias, hasta tanto se produzca la acusación o se formule pliego de cargos, el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales, la efectiva administración de la justicia, la estabilidad macroeconómica y financiera del país o la salud pública); 4.- La información aquella cuya divulgación tenga el potencial de causar daño sobre los siguientes derechos de los particulares: derecho a la intimidad – sin perjuicio de la información correspondiente a servidores públicos que sea objeto de divulgación por razones de transparencia –; derecho a la vida, a la salud y a la integridad o seguridad personales; los secretos comerciales, industriales y profesionales; y, la reserva bancaria, respecto de la cual, sin embargo, puede solicitarse su levantamiento por orden de las autoridades administrativas o judiciales, en el marco de los procesos que éstas adelanten; y, 5.- La información consignada en documentos públicos en construcción o que sirven para la deliberación y toma de decisiones.

Sin perjuicio de lo anterior, no se debe perder de vista que como la confidencialidad o reserva se predicen respecto de la información materialmente consignada en un documento y no del documento propiamente dicho, el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 autorizó las divulgaciones parciales, producto de lo cual corresponderá a la administración decidir de manera motivada y suficiente, en cada caso, qué es susceptible de publicarse o de entregar información y qué no, atendiendo a la naturaleza de los datos de que se trate.

c) Efectivamente es obligación de la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión – OCAD, como sujeto obligado en los términos de la Ley 1712 de 2014, entregar la información que le sea requerida (que repose en su poder o se encuentre bajo su control y custodia, por razón de sus funciones) – incluida la información y documentos incorporados a proyectos de inversión que se financien con cargo a recursos del FCTel del SGR – y que sea susceptible de entregarse y publicarse (esto es, salvo las excepciones constitucionales y legales anotadas), a las personas naturales o jurídicas que la requieran en ejercicio del derecho constitucional fundamental de petición.

d) No comporta efecto jurídico vinculante, frente a los mandatos constitucionales y legales en materia de reserva y confidencialidad de la información pública o de interés público, la intención expresa de su titular para que ésta se mantenga secreta o confidencial.

De esta manera, el consentimiento es causa de reserva, pero sólo para el tratamiento de lo que jurídicamente pudiera considerarse como dato personal o sensible, no así respecto de la demás información contenida en el proyecto de que se trate, la cual adquiere vocación de ser pública al momento de someterse a la consideración de la entidad estatal, salvo las excepciones legales precisas que ya se señalaron en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, respecto del mecanismo de interacción con los formuladores y ejecutores de proyectos y con la ciudadanía en general para el acceso a este tipo de información calificada, se sugiere el diseño de una ficha guía que se diligencie con la presentación de cada proyecto a viabilización del OCAD, siguiendo la matriz de lo que constitucional y legalmente se encuentra exceptuado del deber de publicidad. Es decir, un documento de diligenciamiento por el interesado (formulador o ejecutor), posiblemente sometido a la gravedad del juramento, en el que se consignen casillas correspondientes a cada una de las excepciones de ley, junto con un compromiso de confidencialidad de la entidad pública depositaria de la misma, en el que se deje expresa su obligación de mantener las condiciones de reserva, pero sólo para los datos expresamente excluidos de la obligación de publicidad según el ordenamiento jurídico.

Por lo demás, podría diseñarse, en conjunto con las instituciones que juegan un rol de asesoramiento o decisorio en el marco de gestión del FCTel del SGR, un manual integrador o de operación respecto del derecho de acceso a la información pública o de interés público y, para ello, deberán seguirse las pautas y directrices señaladas en los artículos 3º, 4º, 7º, 8º, 12, 17 y 20 de la Ley 1712 de 2014.

En cualquier caso, se reitera, no es el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS el llamado a ejercer esta competencia (la de señalar la metodología o el mecanismo de publicidad de la información y documentación relativa a los proyectos de inversión a financiarse con recursos del FCTel del SGR) de manera autónoma, básicamente por el papel que le fue encomendado en el Sistema General de Regalías.

ALCANCE DEL CONCEPTO:

Como se señaló en las observaciones preliminares a la tesis expuesta, el

presente concepto jurídico comporta los precisos alcances señalados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo ordenado en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015.

Dispone la citada norma, lo siguiente:

"...Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución..." (Subrayas no originales)

Sin otro particular,

Cordialmente,


LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Sin anexos.

Elaborado por: SMEJIA