

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO SSPD OJ 2006-688

NUBIA TERESA RODRÍGUEZ ARDILA

Gerente General

EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO DE FLORIDABLANCA E.S.P.

Carrera 6 No. 5-30

Floridablanca, Santander

Ref.: Consulta

La Procuraduría General de la Nación mediante comunicación OJ-3378 del 4 de septiembre de 2006, en cumplimiento a lo establecido en el artículo [33](#) del Código Contencioso Administrativo, remitió a esta Oficina su consulta relacionada con la competencia para el trámite del recurso de insistencia presentado ante esa Empresa por la negativa al suministro de copias e información que es considerada como reservada, así como respecto del trámite del derecho de petición ante una empresa prestadora de servicios públicos y el carácter de reservados que tienen algunos documentos.

Sobre el particular, esta Oficina le informa respetuosamente, que absolverá sus inquietudes de manera general y abstracta sin referirse a casos concretos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo [25](#) del Código Contencioso administrativo y dentro de las competencias a su cargo según lo señalado en el Decreto [990](#) de 2002.

En primer término esta Superintendencia no se pronunciará sobre la competencia del Tribunal para decidir sobre el recurso de insistencia.

En cuanto al trámite del derecho de petición y la reserva legal de algunos documentos, esta Oficina Asesora Jurídica ha mantenido la siguiente línea conceptual, entre otros, en concepto [SSPD-OJ-2006-446](#):

"2. LA RESERVA LEGAL DE DOCUMENTOS COMERCIALES ES APLICABLE A LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

El artículo [19](#) de la ley 142 de 1994 prevé el régimen jurídico aplicable a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de manera particular su numeral [19.15](#) establece: "En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas". En tanto que el numeral 27.7 del artículo [27](#) de la Ley 142 de 1994 determina que los aportes efectuados por las entidades estatales a las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por las normas de derecho privado. A su turno, el artículo [32](#) eiusdem dispone:

Régimen de derecho privado para los actos de las empresas.- Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la Constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho

privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas, todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

En congruencia con las disposiciones citadas el párrafo del artículo [8](#) y el artículo [76](#) de la Ley 143 de 1994 prescriben que el régimen jurídico específicamente aplicable a prestadoras del servicio de energía eléctrica es el de derecho privado

A este propósito la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de tiempo atrás ha determinado que no se hace necesario entrar a diferenciar las clases de empresas que existen, más sí precisar que su régimen jurídico es el de derecho privado, con contadas excepciones establecidas principalmente en el artículo [19](#) de la ley 142 de 1994.

Es obligada inferencia de lo que se viene comentando que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en cuanto se les aplica el régimen de derecho privado en sus actos y contratos, están amparadas por las previsiones del artículo [61](#) del C. de Co., pero es procedente el examen de sus libros y papeles comerciales por parte de los funcionarios de la rama judicial y ejecutiva del poder público, en especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

3. DOCUMENTOS NO AMPARADOS CON LA RESERVA.

No obstante lo expuesto no debe perderse de vista que no hay reserva respecto de los documentos que la ley dotó de publicidad frente a terceros como es el caso de las escrituras públicas, los certificados de la Cámara de Comercio y los balances publicados en medios masivos de comunicación por exigencia legal, además de otros documentos que no comportan la naturaleza de secreto industrial o que contienen información comercial.

Igual ocurre con todos los actos de naturaleza pública o que se relacionan con en el ejercicio de funciones públicas, esto es aquellos que expidan o profieran las prestadoras con ocasión del procedimiento especial de defensa del usuario en sede de la empresa, tales como documentos, pruebas, resoluciones, actos administrativos o actuaciones en las cuales se decidan dichas situaciones de carácter particular y en general todos aquellos documentos que reporten la naturaleza de públicos.

Por lo expuesto, siendo los libros de actas de junta directiva y asamblea de accionistas, los comprobantes que sirven de respaldo a las partidas asentadas en los libros y la parte de la correspondencia que se refiera directamente con el negocio, son documentos que hacen parte de "los libros y papeles del comerciante", y por tanto están protegidos por la reserva, con las excepciones previstas por la ley.

4. RESTRICCIONES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y SALVAGUARDA DE LA INFORMACIÓN PRIVADA

Como lo señala el profesor Almonacid "por regla general, la empresa y el comerciante gozan de una reserva corporativa, de la cual hace parte la reserva documentaria, que garantiza que las informaciones y los

documentos privados de la empresa estén por fuera del acceso público"; sin embargo, la reserva legal no es absoluta, pues de conformidad con la ley y la costumbre mercantil, dicha información está destinada a trascender al público en distintas oportunidades relacionadas con el interés público y social, como es el caso de las entidades del sector financiero y asegurador que deben publicar sus estados financieros y particularmente la información que debe revelarse al Estado en los casos indicados por el artículo [15](#) Superior.

De modo que la información que debe suministrarse al Estado se relaciona principalmente con asuntos de carácter judicial, fiscal y de intervención, inspección, control y vigilancia. Así se desprende de los artículos [61](#) y [63](#) del Código de Comercio según los cuales los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, privilegiando el derecho de inspección a los asociados y a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría, y sólo permitiendo el acceso de los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público en los casos especialmente previstos.

Además, sólo es posible la exhibición general de los libros y papeles del comerciante, cuando los jueces de la República así lo ordenen, en los casos de quiebra y liquidación de sucesiones, comunidades y sociedades, de conformidad con el artículo [64](#) del Código de Comercio.

(?.)

6. INFORMACIÓN SECRETA PRIVADA: PROTECCIÓN DEL SECRETO INDUSTRIAL.

Además de la información contenida en los libros y papeles del comerciante, también está protegida con reserva legal y descrita el "know How", esto es, aquella serie de conocimientos o experiencias que tienen valor económico pertenecientes a una empresa o individuo, susceptibles de patentes, pero que no se patentan y se explotan en secreto; también reciben la denominación de secretos industriales.

A este respecto la Decisión 344 de 1993 del Acuerdo de Cartagena en su artículo 72 señala que la información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. De igual forma la referida normatividad protege el secreto industrial cuando éste no sea conocido en general, ni sea fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate.

En suma, el derecho protege aquella información que no patentada, es decir sin reconocimiento estatal de propiedad en cabeza de una específica persona, no puede ser conocida ni revelada por quien la posee, pero que contiene un valor económico importante, el cual se perdería si se da a conocer a terceros.

7. DERECHO A LA INFORMACIÓN E INFORMACIÓN RESERVADA DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO QUE PRESTAN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS O PRESTADORAS DE CAPITAL MIXTO.

Como es bien sabido, el párrafo primero del artículo [17](#) de la Ley 142 de 1994 prescribe que las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, pueden revestir la forma de empresa industrial y comercial. La misma preceptiva dispone que el régimen aplicable a estas últimas, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, sea el previsto en la Ley 142 de 1994. Huelga recordar, igualmente, que el artículo [32](#) de la Ley 142 de 1994 señala que la constitución y los actos de las empresas prestadoras de manera general se rigen por normas de derecho privado, al igual que aquellos que se requieren para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas

Esta regla ius privatista se aplica a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes presenten dentro del capital social, ni la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce, por lo que la protección a la información será idéntica a la de un prestador particular.

Ahora bien, en relación con la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la Ley [489](#) en el párrafo de su artículo 85 señaló expresamente que las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones que de esa naturaleza desarrollen y posean las empresa industriales y comerciales del Estado. De tal suerte que todo aquello que la ley defina como secreto industrial o información comercial, tendrá el carácter de reservado para tales empresas públicas, por lo cual dicha información no será susceptible de ser solicitada en virtud de los derechos de petición y de información.

En resumen, la información comercial protegida es aquella definida como la que se desprende de las actividades de industria y comercio que desarrollen, esto es la información comercial referida a los papeles y libros del comerciante y anexos o notas de éstos. En este sentido la Corte Constitucional ha expresado que el derecho a acceder del ciudadano a los documentos públicos, cuando dichos documentos se encuentran sometidos a reserva no es posible por virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, que regula la publicidad de los documentos oficiales y el acceso ciudadano a ellos.

No ocurre lo mismo con los documentos respecto de los cuales la ley dotó de publicidad frente a terceros, como es el caso de las escrituras públicas, los certificados de la cámara de comercio y los balances publicados en medios masivos de comunicación por exigencia legal, además de otros documentos que no comportan la naturaleza de secreto industrial o información comercial, los cuales pueden ser solicitados por los particulares a dichas empresas.

Igual circunstancia se presenta con respecto a todos los actos de naturaleza pública que expida o profieran las autoridades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tales como resoluciones o decisiones de carácter general o particular y todos aquellos documentos que reporten la naturaleza de públicos.

En todo caso, es menester repetir que los organismos de control del Estado, los funcionarios de la rama judicial y de la rama ejecutiva del poder público en cumplimiento de sus funciones y deberes legales, podrán acceder a dichos documentos manteniendo la respectiva reserva.

8. DERECHO DE LOS USUARIOS A LA INFORMACIÓN, INFORMACIÓN SECRETA O RESERVADA

La Ley 142 de 1994 en el artículo [9](#), numeral cuarto, establece como derecho de los usuarios el solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, haciendo expresa excepción de aquella información calificada como secreta o reservada por la ley en los términos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En efecto, el artículo [79](#) de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo [13](#) de la Ley 689 de 2001, en su numeral 14 facultó a la Superintendencia a definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.

En torno a este tema, el Consejo de Estado ha sostenido que:

"El derecho a la información de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios se funda en el contrato de servicios públicos existente entre la empresa prestadora de tales servicios y el usuario, y constituye una contraprestación necesaria en favor de éste, dado que el contrato es uniforme para todos los usuarios y la empresa ocupa una posición dominante frente a éstos, conforme lo establecen los artículos [128](#) y [14](#) num. 14.13, respectivamente, de la ley 142 de 1994, la cual estableció el régimen de los servicios públicos

domiciliarios. Los derechos de los usuarios se encuentran consignados principalmente, en el artículo 9 de la ley y el derecho a la información se señala en el numeral 9.4. Además, en ejercicio del derecho de petición, reconocido por el artículo 23 de la Constitución, el usuario o un tercero puede solicitar a las empresas de servicios públicos domiciliarios información o documentos que no tengan el carácter de reservados. (subrayas fuera de texto).

En el mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que:

"No es posible que terceros puedan ejercer el derecho de petición ante una empresa de servicios públicos domiciliarios, mediante la obtención de datos, informaciones y documentos que hacen parte del ámbito de la gestión privada de la empresa y de cuyo conocimiento están excluidos dichos terceros, por no tratarse de documentos públicos a los cuales pueden tener acceso todas las personas en los términos del art. 74 de la Constitución, y porque los referidos datos y documentos están sujetos a la protección a que aluden los incisos 3 y 4 del art. 15 de la misma obra

A este propósito el profesor Hugo Palacios Mejía sostiene que las excepciones a éste derecho a la información son de interpretación restrictiva, tesis que se comparte en la medida en que si bien un usuario tiene derecho a pedir información no privilegiada y relacionada con la prestación del servicio, no podrá acceder a aquella que, como se vio, sea secreta o reservada. En otras palabras, un peticionario no podrá conocer los libros y papeles del comerciante, ni los secretos industriales o la información de propiedad exclusiva de una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios. En todo caso, toda la información que sea de disponibilidad para los usuarios en ejercicio de su derecho implicará que se cubran los costos que le ocasione a la empresa proporcionar la información

Igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia [T-457](#) de 1999 al decidir sobre un asunto en el que se debatía si una empresa industrial y Comercial del Estado debía suministrar información sobre su nómina de trabajadores, expuso lo siguiente:

En conclusión, de acuerdo con el análisis anterior, se puede señalar que los documentos pedidos por el demandante, no pertenecen a los que la ley protege con reserva: "secreto industrial y la información comercial" (artículo 85), puesto que, recuérdese, se trata de la nómina de los trabajadores, con los valores de cesantías, y el acta de reunión de la Junta Directiva en donde se acordó la reestructuración de la entidad. Como se ve, no corresponde a los denominados secreto industrial ni a informaciones de esa naturaleza.

(...)

"Recuérdese, como ya se dijo, que las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, tienen su origen en disposiciones constitucionales y cumplen a la manera de los particulares una actividad económica dentro del ámbito que señalan los artículos [33](#) y [334](#) de la Constitución Política. El desarrollo de su actividad comercial o de servicios, se cumple obviamente, bajo las orientaciones de una economía de libre empresa y libre competencia, pero limitada por el bien común, y por ello, sometida a la dirección general del Estado. Es decir, las mencionadas empresas, se constituyen bajo la forma de sociedades por acciones y se rigen en todo lo que respecta a su constitución y funcionamiento, en cuanto cumplen una función empresarial por las normas del Código de Comercio, y en cuanto desarrollan una finalidad social del Estado, por las normas de la Constitución y la ley.

"Así, la calidad de entidad privada que ostenta la empresa accionada es relevante en tratándose de sus actos y competencias, pero no es argumento que pueda esgrimirse sin más, cada vez que un ciudadano, integrante de un conglomerado social que tiene interés en su buen funcionamiento y en el patrimonio estatal que se compromete en el manejo de la empresa, encuentre la infranqueable barrera de la naturaleza privada de aquella para impedir, entre otras cosas, la participación ciudadana, con cercana vulneración al artículo [40](#) de la Constitución Nacional.

"Siguiendo los parámetros de las sentencia [T-01](#) de 1998, expuestos ampliamente en la sentencia T-617 de 1998, en donde se debatió asunto similar, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al margen de su calidad pública o privada (artículo [15](#) de la ley 142 de 1994) prestan un servicio público a los usuarios, suscriptores, terceros y a la ciudadanía en general; servicio público, que es inherente a la finalidad social del Estado (Art. [365](#) de la C. P.) y esa sola circunstancia las coloca en una posición dominante frente a éstos, con la consiguiente obligación de proteger el derecho fundamental de petición a pesar de su naturaleza privada. La excusa de su carácter privado para no acceder a las peticiones formuladas con base en el artículo [23](#) de la Constitución, no es acertada cuando lo que se discute es la viabilidad de un instrumento de legitimidad democrática, como es el derecho de petición, en un Estado Social de derecho que permanentemente convoca a los ciudadanos a un control efectivo de los actos y actividades que interesan a todos los asociados." (sentencia [T-638 de 1998](#), M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell)

Conforme a lo expuesto, las empresas de servicios públicos oficiales por acciones como es el caso de la empresa objeto de consulta, se rigen por lo previsto en el artículo [61](#) del C. de Co., pero es procedente el examen de sus libros y papeles comerciales por parte de los funcionarios de la rama judicial y ejecutiva del poder público, en especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. También tendrá reserva la información sobre secreto industrial y la información confidencial que debe ser protegida por razones de la competencia que enfrente la empresa en el mercado de los servicios que presta.

Por otro lado, con relación a la información sobre los contratos de las empresas de servicios públicos, esta Oficina en concepto [SSPD-OJ-2005-112](#) señaló:

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que los contratos de las empresa de servicios públicos pueden contener información confidencial no sólo de la empresa sino de terceros contratistas a la cual no puede tener acceso cualquier persona, por lo que en punto de los contratos de la empresa hay que examinar en cada caso de qué contrato se trata y qué clase de información contiene, ya que es normal que en es tipo de negocios las partes contratantes pacten cláusulas de confidencialidad respecto de cierta información.

En conclusión, la información sobre contratos de las empresas de servicios públicos no tiene reserva legal y puede ser conocida por los ciudadanos, salvo aquella información de carácter confidencial".

Finalmente, es equivocado afirmar que la única información que pueden entregar las empresas de servicios públicos es aquella que guarde relación con el contrato de condiciones uniformes.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección:basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/. Ahí encontrará normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, en particular los conceptos emitidos por esta Entidad.

Cordialmente,

GUILLERMO OBREGÓN GONZÁLEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Copia. Doctor Carlos Alberto Orlando Jaiquel, Jefe Oficina Jurídica

Procuraduría General de la Nación, Carrera 5 No. 15-80, Piso 10.

Compilado, editado y concordado para SSPD por [BISA Corporation Ltda.](#)

Editores y Compiladores: Yezid Fernando Alvarado Rincón, Astrid Suárez Prieto.

Radicación 2006-529-034813-2 - Reparto No. 1185

Preparado por: María del Carmen Santana Suárez, Asesora Oficina Jurídica

TEMAS: DERECHO A LA INFORMACIÓN. Se exceptúan los documentos sujetos a reserva legal.