

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

OFICINA ASESORA JURÍDICA

CONCEPTO UNIFICADO 05

Nota General. El derecho de los usuarios a obtener información de tales empresas, ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho fundamental, es decir, que el derecho a obtener información, salvo la considerada por la ley como secreta o reservada, tiene amparo constitucional en el artículo 23 de la Constitución.

Concordancias. [Concepto 135 de 2015.](#)

INFORMACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1. REGULACIÓN GENERAL EN LA LEY 142 DE 1994

En la legislación colombiana, en el ámbito de la administración pública en particular, el derecho a solicitar y obtener acceso a la información y a que se expida copia de los documentos que no tengan el carácter de reservados, ha sido considerado una modalidad o una especie del derecho de petición consagrado a nivel constitucional, y así está desarrollado en el artículo 17 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Hoy en día, a pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos no cumplen funciones administrativas y, por ende, no tienen el carácter de autoridades públicas por las actividades de interés general que desarrollan, el derecho de los usuarios a obtener información de tales empresas, ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho

fundamental, es decir, que el derecho a obtener información, salvo la considerada por la ley como secreta o reservada, tiene amparo constitucional en el artículo 23.

Además, el artículo 78 de la Carta dispone que la ley regulará el control de calidad de los bienes y servicios prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Por otro lado, a nivel legal, la ley de servicios públicos le dio al derecho a la información un tratamiento similar al regulado en el Código Contencioso Administrativo, al decir el numeral 9.4 del artículo 9º de la ley 142 de 1994, que es derecho de los usuarios solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna de todas las actividades y operaciones directas e indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre que no se trate de información calificada como secreta y reservada según la ley y se cumplan las condiciones y requisitos que señale la Superintendencia de Servicios Públicos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º de la ley 142 de 1994, pareciera que la ley limitó el derecho a la información a quien ostente la calidad de suscriptor o usuario en virtud de la relación contractual con la empresa para la provisión de un servicio público, sin embargo, la jurisprudencia ha venido señ*Nota General. El derecho de los usuarios a obtener información de tales empresas, ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho fundamental, es decir, que el derecho a obtener información, salvo la considerada por la ley como secreta o reservada, tiene amparo constitucional en el artículo 23 de la Constitución.*alando que tal derecho se extiende a terceros que no tengan vínculo contractual con la empresa a la cual solicitan la información.

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 numeral 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 9º 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.”

No obstante lo dicho por el Consejo de Estado, en criterio de esta Entidad, aún tratándose de suscriptores o usuarios, siempre debe existir una justificación seria para la solicitud de información; dado que hay información que, si bien no tiene el carácter de secreta o reservada, es información estratégica o confidencial y puede ser obtenida y utilizada para propósitos distintos de los señalados por la jurisprudencia. Sobre este aspecto es importante advertir que la ley restringe el derecho incluso a los mismos socios para acceder a cierta información de la sociedad, al advertir el artículo 48 de la ley 222 de 1995, que, en ningún caso, el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad se podrá extender a documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

Con relación a la información solicitada por terceros a las empresas de servicios públicos domiciliarios, 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” **Nota General.** *El derecho de los usuarios a obtener información de tales empresas, ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho fundamental, es decir, que el derecho a obtener información, salvo la considerada por la ley como secreta o reservada, tiene amparo constitucional en el artículo 23 de la Constitución.*

Igualmente, hay que tener en cuenta que el artículo 32 de la citada ley 142, señala:

“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. (...)

Así mismo, en el caso del servicio público de energía eléctrica el artículo 76 de la Ley 143 de 1994, prescribe que los actos celebrados por las sociedades por acciones en la cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social se regirán por las normas del derecho privado.

En conclusión, si bien el numeral 9.4 del artículo 9º de la ley 142 de 1994, restringe el acceso a la información que la ley califique como secreta o reservada, hay otro tipo de información que como ya se dijo, es estratégica o confidencial, y que merece ser protegida. Como afirmó la Corte Constitucional, en virtud del artículo 74 de la C.P. no todos los documentos de las empresas de servicios públicos tienen el carácter de públicos, y por ende cualquier persona no puede acceder a ellos. Además, el artículo 15 de la Carta contiene una protección especial sobre libros de contabilidad y demás documentos privados.

2. RESERVA DE LOS LIBROS Y PAPELES DEL COMERCIANTE

De conformidad con el numeral 15.1 del artículo 15 de la ley 142 de 1994, pueden prestar servicios públicos, entre otras personas, las empresas de servicios públicos. Por su parte, el artículo 19 de la ley 142 de 1994 regula lo relativo al régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y de manera particular el numeral 19.15 establece:

"En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas".

A este respecto, es necesario precisar que cuando la ley 142 de 1994 se refiere a las empresas de servicios públicos, está hablando de las sociedades por acciones sometidas al régimen jurídico previsto en el artículo 19 de la ley 142 de 1994. De tal suerte que aquí no estarían incluidas las empresas industriales y comerciales del Estado. Con relación a estas, el artículo 85 de la ley 489 de 1998 indica que, "Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado". No es claro si cuando el artículo 85 habla de información comercial se está refiriendo a algún tipo de información estratégica o confidencial, o simplemente hace referencia a la que en el Código de Comercio se denomina libros y papeles del comerciante.

Con fundamento en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, a las empresas de servicios públicos se les aplican, entre otras disposiciones del Código de Comercio, el

artículo 48 a 67 que regulan lo relacionado con los libros y papeles del comerciante. Los artículos 48 y 49 del citado Código señalan que son los libros y papeles del comerciante, entre otros, los libros contables⁴, sus soportes, los libros que deban registrarse (artículo 126 del Decreto 2649 de 1993), como los de accionistas y similares (artículo 130 del Decreto 2649 de 1993), los libros de actas de junta directiva y de asamblea de accionistas (artículo 131 del Decreto 2649 de 1993).

Por su parte, los artículos 61 a 67 del Código de Comercio, regulan de manera especial lo relativo a la reserva y exhibición de libros de comercio, los cuales no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o quienes estén autorizadas para ello, para los fines indicados en la Constitución, y mediante orden de autoridad competente. El artículo 63 del citado Código, dispone que los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, pueden ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los eventos allí señalados.

De otro lado, el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 concede a los socios el derecho de inspección de los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad, y hace expresa excepción de aquellos documentos que versen sobre secretos industriales, o cuando se trate de datos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

3. ACCESO ESPECIAL A INFORMACIÓN PARTICULAR PARA EL EJERCICIO DE LABORES DE SUPERVISIÓN ESTATAL.

Como se anotó anteriormente, según el Estatuto Mercantil la empresa y el comerciante gozan de una reserva corporativa, por regla general, 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, 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 de la Constitución Política.

De allí que, la información que debe suministrarse al Estado se relacione principalmente con asuntos de carácter judicial, fiscal y de intervención, inspección, control y vigilancia. De acuerdo con los artículos 61 y 63 del Código de Comercio, 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 auditoria, y sólo permitiendo el acceso de los funcionarios

de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público en los casos especialmente previstos:

Las entidades de inspección y vigilancia tienen acceso de manera general a determinada información para su actividad ordinaria de supervisión y, de manera particular, para adelantar investigaciones en casos muy concretos por posible violación del régimen jurídico que regule determinada actividad.

En el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 370 de la C.P; ésta ejerce la función presidencial de inspección, control y vigilancia sobre las entidades que presten servicios públicos domiciliarios. Esa facultad de inspección permite a esta Superintendencia solicitar, información para cumplir las funciones ordinarias de supervisión que le asigna el numeral 11 del artículo 79 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la ley 689 de 2001, es decir, evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de cualquier entidad prestadora de Servicios Públicos. En este caso, se trata de información no privilegiada o reservada y necesaria para los fines previstos en la ley 142 de 1994, en particular en su artículo 79.

Para el cumplimiento de las funciones de vigilancia y control asignadas a esta Superintendencia, así como para el ejercicio de las funciones de otras autoridades, entre ellas las que corresponden a las comisiones de regulación, el artículo 14 de la Ley 689 de 2001 creó el Sistema Único de Información – SUI. A través de este sistema, la Superintendencia de Servicios Públicos puede solicitar a los prestadores de servicios públicos información relativa a la propiedad de la empresa y su participación accionaria.

Pero además de esta información, el inciso 3 del artículo 15 de la C. P. prescribe que: “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”. Como se dijo, en el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos, esta información es distinta de la que se exige para la función prevista en el artículo 79 de la ley 142 de 1994, y su examen debe hacerse conforme a las reglas del artículo 61 y siguientes del Código de Comercio.

Para el adecuado ejercicio de la atribución prevista en el artículo 15 de la Constitución, el numeral 79.8 del artículo 79, dispone que la Superintendencia de Servicios puede:

(...) 79.8. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus demás funciones.

No sobra recordar que el numeral 19.11 del artículo 19 de la ley 142 de 1994, señala que las copias de las actas de las asambleas generales deberán ser conservadas, y las empresas deberán enviar copia de ellas y de los estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos. El artículo 448 del Código de Comercio que le atribuía facultades a la Superintendencia de Servicios Públicos con relación a los balances y

a los estados de pérdidas y ganancias fue derogado por el artículo 242 de la ley 222 de 1995.

Otro aspecto relevante en este punto es el que tiene que ver con el suministro de información por la Superintendencia de Servicios Públicos a otras autoridades. Sobre este asunto el Consejo de Estado⁸ respondió una consulta de esta misma Entidad en los siguientes términos:

"Ahora bien, la Superintendencia constituye una "oficina pública", de acuerdo con los artículos 14 y 27 de la ley 57 de 1985 y por consiguiente, sobre los documentos que reposan en ella existe el derecho de petición de conformidad con el artículo 12 de la misma ley.

Sin embargo, respecto de los documentos que tienen carácter reservado, como serían por ejemplo, "los libros y papeles del comerciante" de alguna empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, allegados en desarrollo de sus facultades de control, inspección y vigilancia, la Superintendencia podría invocar la reserva de tales documentos en virtud del artículo 61 del Código de Comercio, y denegar su entrega frente al derecho de petición de un particular, mas no ante una solicitud de otra autoridad, formulada para el debido ejercicio de sus funciones, pues en este caso, es viable la entrega con el compromiso de esa autoridad de asegurar la reserva de los documentos, conforme al artículo 20 del Código Contencioso Administrativo y el también artículo 20 de la ley 57 de 1985.

En consecuencia, en el evento en que el Congreso de la República, en ejercicio de su función de control político, solicite a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios documentos existentes en los archivos de ésta, se debe examinar si los documentos han sido expedidos por la Superintendencia o si son documentos emitidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios y recibidos por la Superintendencia en desarrollo de su labor de control, inspección y vigilancia, para determinar la procedencia de su envío.

Si son documentos originados por la Superintendencia es procedente su envío al Congreso, puesto que éste los solicita válidamente dentro del ejercicio del control político que le asigna la Constitución, pero si son provenientes de una empresa de servicios públicos domiciliarios, al estar ésta sujeta al régimen de derecho privado con determinadas excepciones establecidas por la ley 142 de 1994, no es procedente el envío, ya que tal empresa no se encuentra comprendida dentro del gobierno o la administración y por tanto, no es objeto del control político del Congreso.

Debe entenderse que los informes estadísticos elaborados por la Superintendencia con fundamento en datos suministrados a ésta por las empresas de servicios públicos, también pueden ser proporcionados al Congreso.

Por último, es de anotar que si los documentos de las mencionadas empresas son requeridos por el Congreso en desarrollo de un proceso judicial, que adelante con fundamento en la función jurisdiccional que le asignan los artículos 116 inciso

segundo, 174, 175 y 178 numerales 3 y 4, de la Constitución, procede su envío por el carácter jurisdiccional de la función, de conformidad con el citado artículo 63 del Código de Comercio y el artículo 333 del Reglamento del Congreso. (...)

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede entregar fotocopias de los documentos que le hayan sido suministrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cualquier otra entidad de la rama ejecutiva del poder público que tenga la calidad de "autoridad", de acuerdo con el artículo 1o del Código Contencioso Administrativo, y que los solicite para el debido ejercicio de sus funciones. Si los documentos tienen carácter reservado, procederá la entrega pero la autoridad destinataria tendrá el deber de mantener la reserva, si la ley no dispone otra cosa, de conformidad con el artículo 20 del mismo Código y el artículo 20 de la ley 57 de 1985".

De acuerdo con lo anterior, cualquier persona tiene acceso a la información de las empresas de servicios públicos que haya sido enviada a la Superintendencia de Servicios Públicos, salvo que se trate de información calificada por la ley como secreta, reservada, estratégica o confidencial, a la cual sólo pueden acceder las autoridades conforme a la autorización del artículo 15 de la Constitución Política con arreglo a lo previsto en el artículo 61 y siguientes del Código de Comercio.

4. PROTECCIÓN DEL SECRETO INDUSTRIAL

Además de la información contenida en los libros y papeles del comerciante, también está protegida con reserva legal 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, finalidades de los productos, a los métodos, procesos de producción, a los medios, formas de distribución, 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 no patentada, es decir, sin reconocimiento estatal de propiedad en cabeza de una específica persona, que no puede ser revelada por quien la posee, pero que contiene un valor económico importante, el cual se perdería si se da a conocer a terceros.

5. INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS.

En relación con la información sobre contratos distintos del de condiciones uniformes, se debe tener en cuenta que los contratos de las empresas de servicios públicos pueden contener información confidencial no sólo de la empresa sino de terceros (como, por ejemplo, sus contratistas), a la cual no puede tener acceso cualquier persona, por lo que en punto de los contratos de las empresas hay que examinar en cada caso de qué contrato se trata y qué clase de información contiene, ya que es normal que en ese tipo de negocios las partes contratantes pacten cláusulas de confidencialidad respecto de cierto tipo de información.