

CE20210022

05/02/2021 05:31 pm

SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

Diana Vanessa Marín Macías

Popayán, 5 de febrero de 2021

Señores

MAGISTRADOS

SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

E.S.D.

Referencia: Acción de tutela por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la justicia, a la libertad de empresa, la libre competencia económica y al *habeas data*

Accionante: COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P.

Accionado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. – CEDELCA S.A. E.S.P. – vs. COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. – CEO S.A.S. E.S.P. –

COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P (EN ADELANTE CEO O LA COMPAÑÍA), sociedad con domicilio en Popayán, constituida por documento privado, contenido en Acta de Asamblea de Accionistas No. 02, de 24 de Junio de 2010, inscrita en el registro mercantil el 29 de Julio de 2010, bajo el No. 00027124, del Libro IX, en la Cámara de Comercio del Cauca, con NIT 900.366.010-1, (la “CEO”), representada en este acto PAOLA JIMENA RAMOS CAICEDO, en su calidad de representante legal para efectos judiciales, identificada como aparece al pie de su firma, residente y domiciliada en Popayán, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, interpongo ante la honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, ACCIÓN DE TUTELA en contra del Auto No. 9 del 7 de diciembre de 2020 proferido por el TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. - CEDELCA S.A. E.S.P.- vs. COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. – CEO S.A.S. E.S.P.- identificado con el radicado 115209, (el “Tribunal Arbitral”), por cuenta de que con dicha providencia nuevamente se están vulnerando los derechos al **DEBIDO PROCESO**, al **ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** y a la **LIBERTAD DE EMPRESA** y la **LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA**, al tiempo que se está amenazando el derecho al **HABEAS DATA** de los usuarios de la CEO.

Lo anterior tiene fundamento en los siguientes:

I HECHOS

1. El 28 de junio de 2010 CEO y Centrales Eléctricas del Cauca CEDELCA S.A. ESP firmaron un contrato de gestión (el “Contrato de Gestión”) en el que se acordó que la CEO, como “gestor”, se encargaría de:

Cláusula 3.- Objeto del Contrato.

El objeto del presente Contrato consiste en que EL GESTOR por su cuenta y riesgo asuma la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Cauca

Así mismo, para el desarrollo del objeto del presente Contrato, LA EMPRESA hará la entrega de los activos y del uso y goce de la infraestructura de los servicios públicos de distribución y comercialización al GESTOR, a título de arrendamiento, con el fin de que éste pueda cumplir con el objeto del presente Contrato.

En desarrollo del objeto de este Contrato, EL GESTOR deberá por su cuenta y riesgo (i) Realizar todas las acciones necesarias para el desarrollo del Objeto del Contrato; (ii) Realizar las Inversiones necesarias para el efecto, cumpliendo con los compromisos exigidos en el presente Contrato y en la Oferta aceptada, en los tiempos y cantidades establecidas de acuerdo con las definiciones del Anexo Técnico; (iii) Adelantar todas las gestiones relacionadas con las labores comerciales, las cuales incluyen, sin perjuicio de otras que sean necesarias, la lectura de los contadores, la crítica, el corte, la entrega y cobro del servicio, el recaudo y en general, todas aquellas actividades comerciales necesarias para prestar una atención integral a los Usuarios y iv) Todas las demás acciones requeridas para brindar una adecuada, oportuna y satisfactoria atención al usuario, siempre de acuerdo con la normativa regulatoria y legal; v) En general, realizar toda la gestión administrativa, operativa, técnica y demás actuaciones necesarias para garantizar la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.

2. En relación con la cartera de CEDELCA, la CEO se obligó, entre otras cosas, a:

EL GESTOR se compromete a pagar lo contemplado en el Cláusula Novena y el Anexo X de la Oferta, con cargo al crédito preaprobado sin condicionamiento, así:

4.1.2 Pago Cartera: Comprar y pagar a LA EMPRESA, el día de la firma del Contrato de Gestión el valor contenido en la Oferta por concepto de Cartera. El pago se hará mediante giro directo a la Fiducia - Cedelca

3. Entre la cartera que se entregó por parte de CEDELCA a la CEO se encontraban dos grupos de cartera:

- a. La "Cartera propiedad de CEDELCA" y
- b. La "Cartera presunta propiedad de CEC". Esta última cartera correspondía a una cartera en discusión con la Compañía de Electricidad del Cauca S. A. E. S. P. ("CEC"), con la que CEDELCA anteriormente había tenido otro contrato de gestión, con fines similares de gestión administrativa de CEDELCA para la prestación del servicio de energía. Y frente a la cual CEDELCA y la CEC no habían logrado llegar a un acuerdo en relación con los derechos que a cada cual le correspondían sobre la misma.

4. Dentro del Contrato de Gestión las partes establecieron una cláusula compromisoria en los siguientes términos:

Cláusula 23.- Cláusula compromisoria.

Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o ejecución de este Contrato o al momento de su terminación o su liquidación, distintas a aquellas que se resuelvan de acuerdo con la Cláusula anterior, salvo lo allí expresamente pactado, y no se pueda resolver directa y amigablemente entre éstas, será sometida a un tribunal de arbitramento, conformado por tres (3) árbitros, que funcionará de acuerdo con el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. La selección de los árbitros se hará de mutuo acuerdo de las Partes, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación escrita del desacuerdo de una de las Partes a la otra. Las partes escogerán entre los árbitros inscritos en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. En caso de no acuerdo se hará mediante sorteo de la misma lista, el cual deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al no acuerdo de las partes. El tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1.998, el Decreto 1818 de 1998, las demás normas concordantes con éstas y aquellas que las modifiquen o reemplacen, de acuerdo con las siguientes reglas:

5. El 5 de abril de 2019 CEDELCA convocó a la CEO a un Tribunal Arbitral ante la Cámara de Comercio de Bogotá, por considerar que esta última le adeudaba unas sumas de dinero por concepto de las comisiones cobradas sobre las dos carteras relacionadas anteriormente ("Cartera propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC").
6. El Tribunal Arbitral se conformó –con radicación 115209– por los doctores Antonio Pabón Santander, como presidente; la doctora Myriam Guerrero de Escobar y el doctor Sergio Muñoz Laverde como árbitros, y la doctora Juanita Camargo Franco como secretaria.
7. Para justificar sus pretensiones dentro del trámite arbitral, CEDELCA solicitó al Tribunal Arbitral que se decretara una medida cautelar de entrega de una información, que había sido previamente requerida mediante un derecho de petición, en los siguientes términos:

Con fundamento en los hechos, consideraciones y disposiciones legales invocados en precedencia, solicito:

De manera principal: que se ordene a CEO la remisión de la información que CEDELCA le solicitó en los términos contenidos en el Anexo No. 1 de este memorial

en las 48 horas siguientes a la notificación de la orden respectiva por parte del Tribunal, y que en la medida del cumplimiento de esa decisión el Tribunal posponga la iniciación de la fase de conciliación del proceso que a su vez marca la preclusividad de la oportunidad para reformar la demanda principal.

8. A su vez, la información indicada en el anexo n.º 1 es la siguiente:

PETICIONES

1. Remitir back up de toda la información contenida en el sistema de información comercial SIEC, hasta el 31 de julio 2010.
 2. Remitir back up de la información contenida en el Sistema de información SIEC, a partir del 1 de agosto de 2010 y en adelante que tenga relación con la gestión y recaudo de la "Cartera Propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC".
 3. Remitir back up de la información contenida en el sistema de Información SMARTFLEX relacionada con la gestión de la cartera entregada a CEO como "Cartera propiedad de CEDELCA" y "cartera presunta propiedad de CEC", desde el día que inició operación este sistema a corte 31 de julio de 2020.
 4. Remitir Back up de toda la información que consta en el Sistema de Gestión Documental ORFEO, hasta el 31 de julio de 2010.
9. Por considerar que la solicitud de esa medida cautelar se ajustaba a derecho, mediante el Auto n.º 8 del 9 de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral decidió:

PRIMERO. Decretar la medida cautelar en el sentido de ordenar a **CEO S.A.S. E.S.P.** permitir a **CEDELCA S.A. E.S.P.** el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, dentro los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este auto. En caso de requerir un profesional experto para recaudar la información los costos serán asumidos por la Convocante.

10. Al descorrer traslado sobre la solicitud de la medida cautelar que presentó CEDELCA, la CEO se opuso a su decreto.
11. Mediante el Auto n.º 9 del 7 de diciembre de 2020, el Tribunal Arbitral, al resolver el recurso de reposición presentado, decidió no solo confirmar la decisión contenida en el Auto n.º 8 (sobre el decreto de la medida cautelar), sino además ampliar el objeto de la misma en los términos planteados por quien en ese momento, para el Tribunal, serviría como “perito” de CEDELCA, Julio E. Villarreal (sin que hubiese existido un nombramiento o decisión objetiva en el marco del proceso que lo designara como tal). Todo esto sin considerar la variación que estaba ocurriendo sobre el alcance de la prueba, ni las implicaciones que dichas variaciones tendrían para la CEO:

RESUELVE:

PRIMERO. Ordenarle a **CEO S.A.S. E.S.P.** dar cumplimiento íntegro a la medida cautelar decretada el 9 de octubre de 2020. Para ese efecto debe permitir a **CEDELCA S.A. E.S.P.** el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, especialmente la indicado por el perito Julio E. Villarreal. El cumplimiento de la totalidad de la medida cautelar deberá darse dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de este auto.

SEGUNDO. Ordenarle a **CEDELCA S.A. E.S.P.** (i) que en el término de tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, solicite a **CEO S.A.S. E.S.P.**, en un solo escrito, el listado de la información pendiente y necesaria para la realización de la experticia de parte y (ii) que en caso de extraer información que sea de **CEO S.A.S. E.S.P.** y no tenga relación alguna con el trámite arbitral, **CEDELCA S.A. E.S.P.** se abstenga de analizarla, tratarla, y proceda a su devolución inmediata y completa a **CEO S.A.S. E.S.P.**

12. En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Arbitral en el numeral segundo del auto anterior, CEDELCA le remitió a la CEO, con fecha del 14 de diciembre de 2020 y asunto “Cumplimiento Acta 08 auto 09 – Tribunal de Arbitramento CEO”, una comunicación que relacionaba la información que para CEDELCA era “necesaria y relacionada con el proceso para poder realizar la experticia de parte”.
13. Con esta comunicación se adjuntaba un documento en el que el experto designado por CEDELCA para extraer la información, Julio E. Villarreal, le daba alcance a esa información “necesaria y relacionada con el proceso para poder realizar la experticia de parte”, así:

SISTEMA DE INFORMACION SIEC

Full Backup o backup completo de la base de datos SIEC: Copia completa de la base de datos SIEC que incluye todos los objetos de la base de datos (tablas, vistas, procedimientos almacenados, funciones, Triggers, Packages, etc). En formato DMP descriptado.

Fechas de los Full Backup Backup Completo base de datos:

- 01 de Agosto de 2010 Fecha en que se entregó el sistema Comercial SIEC (Base de datos y Aplicativo) por parte de CEDELCA a la Compañía Energética de Occidente S.A. ESP.
- 01 de Mayo de 2012 Fecha de Migración de SIEC a OPEN SMART FLEX.

Full Backup o Copia completa de Aplicación del sistema Comercial SIEC: Copia completa de TODOS los archivos almacenados en la unidad Z [Zeta] donde se desplegaba y ejecutaba el SIEC, tanto archivos fuentes como los ejecutables de tipo: (Forms, reports, archivos CTL y cualquier otro archivo que permita el correcto despliegue y funcionamiento del sistema SIEC).

Fechas de Full Backup o Copia completa de Aplicación:

- 01 de Agosto de 2010 Fecha en que se entregó el sistema Comercial SIEC (Base de datos y Aplicativo) por parte de CEDELCA a la Compañía Energética de Occidente S.A. ESP.
- 01 de Mayo de 2012 Fecha de Migración de SIEC a OPEN SMART FLEX.

SISTEMA OPEN SMART FLEX

Full Backup o backup completo de la base de datos OPEN SMART FLEX: Copia completa de la base de datos de OPEN SMART FLEX que incluye todos los objetos de la base de datos (tablas, vistas, procedimientos almacenados, funciones, Triggers, Packages, etc). En formato DMP descriptado.

Fechas de los Full Backup Backup Completo base de datos:

- 01 de Septiembre de 2020 – Contiene el histórico de los datos comerciales entre Mayo de 2012 y septiembre de 2020.

14. El requerimiento presentado por CEDELCA y soportado en lo descrito por Julio E. Villareal es abiertamente más amplio que aquel que dicha empresa le había presentado a la CEO mediante el derecho de petición (según el hecho No. 8). En efecto, se pasó de solicitar una información estrictamente relacionada con las carteras CEC y CEDELCA (y que a la postre era el objeto del litigio) a requerir la totalidad de la información de las bases de datos SMART FLEX, las cuales no solo contienen el sistema comercial de la Compañía sino también la de los usuarios de CEO, tuviesen estos o no relación con CEDELCA (es decir, con el litigio).
15. De este modo, el Tribunal Arbitral permitió mediante el Auto No. 9 la variación en el objeto de la prueba y con ello vulneró los derechos fundamentales de la CEO al debido proceso, al acceso a la justicia y dio apertura a la generación de perjuicios irremediables por violación a la libertad de empresa y a los derechos al *habeas data* de sus usuarios.
16. La orden contenida en el Auto No. 9 tiene un término perentorio de cumplimiento dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria del mismo. Esta decisión fue notificada el pasado 28 de enero de 2021 y, por tal razón, debe cumplirse máximo el 18 de febrero de 2021. Por esta razón con esta acción de tutela se solicita la medida provisional de su suspensión.

2 PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que respetuosamente se solicita sean resueltos por el despacho son:

1. ¿La medida cautelar ordenada por el Tribunal Arbitral abre la posibilidad de que se causen perjuicios irremediables por violación de los derechos fundamentales debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la libertad de empresa y la libertad de competencia de la CEO, así como del derecho fundamental al habeas data de sus usuarios, y por tanto urge que el juez constitucional emita una medida provisional que suspenda dicha orden?
2. ¿Vulnera el Tribunal Arbitral los derechos fundamentales de la CEO al debido proceso y el acceso a la administración de justicia al ordenar en una medida cautelar que le entregue a CEDELCA toda la información que reposa en sus bases de datos con el fin de que esta última pueda obtener la información de la “Cartera Propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”, a pesar de que la controversia arbitral se circunscribe únicamente a estas dos carteras?
3. ¿La orden del Tribunal Arbitral que obliga a la CEO a entregarle toda la información de sus bases de datos a CEDELCA amenaza el derecho fundamental al habeas data de los usuarios de la CEO?

Lo cierto es que previo a resolver estos problemas jurídicos es imperioso que el despacho ordene la medida provisional en los términos y por las razones que a continuación se señalan.

3 MEDIDA PROVISIONAL

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, los jueces constitucionales están facultados para decretar medidas provisionales “cuando [...] expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho”, suspendiendo la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere el derecho fundamental en cuestión. Es así como este mismo artículo, en su inciso 4°, señala que “[e]l juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a **evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados**, todo de conformidad con las circunstancias del caso”.

Según la jurisprudencia constitucional,

el Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 autoriza al juez constitucional para que adopte, a petición de parte o de oficio, “*cualquier medida de conservación o seguridad*”. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido que la oportunidad que tiene el funcionario judicial para pronunciarse sobre la protección provisional va desde la presentación de la acción de tutela hasta antes de pronunciarse definitivamente en el fallo, “*pues al resolver de fondo deberá decidir si tal medida provisional se convierte en permanente, esto es, definitiva o si por el contrario, habrá de revocarse*”¹.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha delimitado varios de los propósitos que cumple una medida provisional en sede de tutela. Así, se ha dicho que por un lado esta medida busca «proteger los derechos de los demandantes con el fin de impedir que un eventual amparo se torne ilusorio»², también que persigue «salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en discusión o en amenaza de vulneración»³ y, finalmente, «evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos objeto de análisis en el proceso»⁴.

Con base en lo anterior, solicito comedidamente a la honorable Sección Tercera del Consejo de Estado que, desde la presentación de esta acción, y con el único fin de evitar la ocurrencia de perjuicios irremediables por la vulneración a los derechos fundamentales de la CEO, ordene

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2018. M. P. Alberto Rojas Ríos.

² Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2018. M. P. Alberto Rojas Ríos.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2018. M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2018. M. P. Alberto Rojas Ríos.

provisionalmente al TRIBUNAL ARBITRAL que mientras se resuelve definitivamente esta acción de tutela **SE SUSPENDA EL CUMPLIMIENTO** de la orden contenida en el Auto No. 9 del 7 de diciembre de 2020, que fija como plazo para entregar la información el próximo 18 de febrero.

Esta medida provisional busca evitar que un eventual fallo favorable de tutela se torne ilusorio para los intereses de la CEO. En efecto, de no ser así la empresa se vería forzada a cumplir la orden contenida en el Auto No. 9, pese a que considera que esta es contraria a sus derechos fundamentales y no es proporcional con la finalidad que persigue CEDELCA.

La solicitud de la medida, además, es «razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada»⁵. En efecto, aparte de que evitaría el mencionado fallo ilusorio tampoco causaría un perjuicio irremediable a CEDELCA, pues la consecuencia de la misma sería que tendría que esperar unos pocos días adicionales a que se falle de fondo esta controversia constitucional. En este sentido, al contrastar las ventajas con las desventajas, es indudable que la medida provisional garantiza en mayor medida los intereses de la CEO y no sacrifica, pone en riesgo o perjudica los intereses que pudiera tener CEDELCA en un cumplimiento inmediato de la orden del Tribunal Arbitral.

4 PRETENSIONES

Considerando los hechos recién expuestos, solicito al juez constitucional:

1. Que se **DECLARE** que el TRIBUNAL ARBITRAL ha vulnerado los derechos fundamentales de la CEO al debido proceso y al acceso a la justicia.
2. Que se **DECLARE** que el TRIBUNAL ARBITRAL ha dado apertura a la generación de perjuicios irremediables por violación a la libertad de empresa y libre competencia económica.
3. Que se **DECLARE** que el TRIBUNAL ARBITRAL ha emitido una orden que amenaza el derecho fundamental al *habeas data* de los usuarios de la CEO.
4. Que, como consecuencia de lo anterior, se **ACLARE** la decisión contenida en el Auto No. 9, mediante la cual el TRIBUNAL ARBITRAL dispuso decretar la medida cautelar, permitiéndole a CEDELCA el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, delimitando la misma exclusivamente a dicha información (es decir, circunscribiéndola a la información relacionada con la “Cartera Propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”).
5. Que, igualmente, se **ACLARE** la decisión contenida en el Auto No. 9, indicando que no se permitirá el acceso a información distinta a la relacionada con la “Cartera Propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”.
6. Que se **ORDENE** al TRIBUNAL ARBITRAL, que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia que dicte su despacho, profiera un auto aclaratorio sobre el alcance de la información cuyo acceso se permite mediante el decreto de la medida cautelar.

5 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento esta acción en los artículos 23, 85 y 86 de la Constitución Política, así como en los decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 (*Decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2018. M. P. Alberto Rojas Ríos.

5.1 Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo constitucional que está regulado en el artículo 86 de la Constitución Política –reglamentado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991–, en los siguientes términos:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública** o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela⁶.

El citado artículo determina los presupuestos necesarios para que una persona esté legitimada por activa para presentar una acción de tutela.

De acuerdo con los mismos, la CEO está legitimada para solicitar del despacho la protección inmediata de sus derechos fundamentales y de sus usuarios, a través de la interposición de esta acción, toda vez que la decisión contenida en el Auto No. 9 se constituye en una vulneración flagrante a los derechos fundamentales de la CEO al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y la libertad de empresa, y amenaza el derecho al *habeas data* de sus usuarios del servicio público de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.

5.1.1 La acción de tutela en contra de providencias judiciales: CAUSALES GENÉRICAS DE PRO-CEDIBILIDAD

La Corte Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia que la procedencia de la interposición de una acción de tutela en contra de providencias judiciales es excepcional. Esta regla, según la Corte, se desprende de la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000⁷, así como también de diversos pronunciamientos de la misma Corte y del Consejo de Estado al ejercer el control constitucional de las normas a su cargo⁸.

De tal manera que para que proceda de modo excepcional de la acción de tutela contra una providencia judicial exige que se verifique el cumplimiento de ciertos **criterios generales de procedencia**. Tales criterios son:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. (...)
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁹. (...)
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹⁰. (...)
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹¹. (...)

⁶ Decreto 2591 de 1991. Por medio del cual se reglamenta a acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991.

⁷ Hoy en día compilado en el *Decreto único reglamentario del sector justicia y derecho* (Decreto 1069 de 2015).

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Ver entre otras la sentencia T-315 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹². (...)

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹³. (...)

5.1.2 La acción de tutela en contra de providencias judiciales: CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD

Además de los presupuestos generales precitados, para la procedencia de la tutela las líneas jurisprudenciales construidas por la Corte Constitucional indican que es necesario acreditar la **existencia de al menos una causal o defecto específico**. Tales son: el defecto orgánico, el defecto procedimental absoluto, el defecto fáctico, el defecto material o sustantivo, el error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución.

En el presente caso, como en líneas posteriores se indicará con un mayor detalle, se evidencia la presencia del **defecto material o sustantivo**.

En cuanto al defecto material o sustantivo, debe recordarse que para la Corte Constitucional:

el defecto sustantivo se presenta, entre otras hipótesis, (i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, (ii) cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales, (iii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, es contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)¹⁴, (iv) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, **(v) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada** o (v) cuando a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó¹⁵ (negritas añadidas).

La breve indicación realizada sobre el contenido específico del defecto resulta relevante por cuenta de que es justamente ese el que se presenta a lo largo de la decisión del TRIBUNAL ARBITRAL que hoy se ataca.

5.2 Caso en concreto: cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales

5.2.1 CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD

En el presente caso se cumplen las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela que son aplicables, como pasará a demostrarse:

5.2.1.1 *La cuestión discutida es de relevancia constitucional:*

La discusión que se trae a consideración del juez constitucional resulta de absoluta relevancia constitucional, pues la decisión que tomó el TRIBUNAL ARBITRAL se constituyó en una

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-658 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ Sentencias T-088 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y SU-1219 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁴ Ver sentencia T-462 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁵ Ver sentencias T-765 de 1998, T-001 de 1999, SU-159 de 2002, T-244 de 2007, T-092 de febrero de 2008 y T-310 de 2009.

vulneración a los derechos fundamentales de la CEO al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, que a su vez ha derivado en la vulneración de otros derechos como la libertad de empresa, la libre competencia económica y el derecho de los usuarios de la CEO al *habeas data* en razón de la materialización del defecto sustantivo por inaplicación o aplicación inadecuada de varias normas aplicables al caso. Adicionalmente, para este caso se debe tener en cuenta que, en línea con la jurisprudencia constitucional, se está quebrantando la dimensión *in procedendo* del derecho al debido proceso (y esta controversia en realidad no trata sobre aspectos meramente legales o contractuales de la controversia sometida a juicio arbitral - *in iudicando*)¹⁶.

¿Por qué una medida cautelar que se relaciona con un debate probatorio de un proceso arbitral debe discutirse en sede constitucional? Precisamente porque la orden contenida en el Auto No. 9, por tratar de garantizar el debido proceso en su faceta del derecho a probar de CEDELCA, dejó de lado (i) el derecho de la CEO a guardar la reserva de una información que le es de suma importancia en la esencia, funcionamiento y posicionamiento de su empresa y (ii) el de los usuarios de la CEO a que terceros no conozcan de sus datos personales. ¿Por qué? Porque de la discusión sobre el contenido y comportamiento de una cartera, se pasó a la exhibición de otra cartera de mayor dimensión, de distinta fuente y de mayor valor, veamos:

- A. Para entender la razón por la que el Tribunal Arbitral decretó la medida cautelar es necesario comprender el debate que se ha dado en dicho trámite, así como el objeto de la medida:

Discusión en el trámite arbitral	
	Derechos de CEDELCA sobre la cartera de su propiedad, administrada por la CEO
¿Qué se necesita saber?	El comportamiento de la cartera
¿Cuál cartera?	La que la CEO le administra a CEDELCA: <ul style="list-style-type: none"> - "Cartera Propiedad de CEDELCA" - "Cartera presunta propiedad de CEC"
¿Qué pretende la medida?	Que se entregue la información solicitada en derecho de petición: <ol style="list-style-type: none"> 1. Remitir back up de toda la información contenida en el sistema de información comercial SIEC, hasta el 31 de julio 2010. 2. Remitir back up de la información contenida en el Sistema de Información SIEC, a partir del 1 de agosto de 2010 y en adelante que tenga relación con la gestión y recaudo de la "Cartera Propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC". 3. Remitir back up de la información contenida en el sistema de información SMARTIFLEX relacionada con la gestión de la cartera entregada a CEO como "Cartera propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC", desde el día que inició operación este sistema a corte 31 de julio de 2020. 4. Remitir Back up de toda la información que consta en el Sistema de Gestión Documental ORFEO hasta el 31 de julio de 2010.

- B. Luego, entender que mediante el Auto No. 8 el Tribunal Arbitral efectivamente ordenó a la CEO entregar a CEDELCA la información solicitada mediante el derecho de petición:

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-354 de 2019. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Decretar la medida cautelar en el sentido de ordenar a **CEO S.A.S. E.S.P.** permitir a **CEDELCA S.A. E.S.P.** el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, dentro los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este auto. En caso de requerir un profesional experto para recaudar la información los costos serán asumidos por la Convocante.

- C. Hasta este punto las discusiones que se dieron en el marco del trámite arbitral concernieron exclusivamente a ese escenario procesal. ¿Por qué? Porque el siguiente pronunciamiento del Tribunal Arbitral, mediante el Auto No. 9, amplió la orden de entrega de información así:

Ordenarle a **CEO S.A.S. E.S.P.** dar cumplimiento íntegro a la medida cautelar decretada el 9 de octubre de 2020. Para ese efecto debe permitir a **CEDELCA S.A. E.S.P.** el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, **especialmente lo indicado por el perito Julio E. Villareal**. El cumplimiento de la totalidad de la medida cautelar deberá darse dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de este auto.

¿Qué implicación tiene el que el Tribunal Arbitral hubiese incluido la oración “especialmente lo indicado por el perito Julio E. Villareal” en su orden? Que la CEO ya no tendría que entregar información relacionada con la cartera que es objeto del litigio, sino TODOS los archivos contenidos en las bases de datos de la empresa, que en este caso corresponden a su sistema de información comercial. Paso a explicar la diferencia del alcance con una comparación entre la solicitud planteada en el derecho de petición de CEDELCA (objeto de la solicitud de la medida cautelar y del Auto No. 8) y la orden proferida en el Auto No. 9:

	Solicitud derecho de petición (objeto de la solicitud de la medida cautelar y del Auto No. 8)	Solicitud del perito Julio E. Villareal (cuyo cumplimiento se ordenó en el Auto No. 9)
	<p>1. Remitir back up de toda la información contenida en el sistema de información comercial SIEC, hasta el 31 de julio 2010.</p> <p>2. Remitir back up de la información contenida en el Sistema de información SIEC, a partir del 1 de agosto de 2010 y en adelante que tenga relación con la gestión y recaudo de la “Cartera Propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”.</p> <p>3. Remitir back up de la información contenida en el sistema de Información SMARTFLEX relacionada con la gestión de la cartera entregada a CEO como “Cartera propiedad de CEDELCA” y “cartera presunta propiedad de CEC”, desde el día que inició operación este sistema a corte 31 de julio de 2020.</p> <p>4. Remitir Back up de toda la información que consta en el Sistema de Gestión Documental ORFEO, hasta el 31 de julio de 2010.</p>	<p>SISTEMA DE INFORMACIÓN SIEC Full Backup o backup completo de la base de datos SIEC: Copia completa de la base de datos SIEC que incluye todos los objetos de la base de datos (tablas, vistas, procedimientos almacenados, funciones, Triggers, Packages, etc). En formato DMP descriptado.</p> <p>Fechas de los Full Backup. Backup Completo base de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 01 de Agosto de 2010 Fecha en que se entregó el sistema Comercial SIEC (Base de datos y Aplicativo) por parte de CEDELCA a la Compañía Energética de Occidente S.A. ESP. • 01 de Mayo de 2012 Fecha de Migración de SIEC a OPEN SMART FLEX. Full Backup o Copia completa de Aplicación del sistema Comercial SIEC: Copia completa de TODOS los archivos almacenados en la unidad Z (Zeta) donde se desplegaba y ejecutaba el SIEC, tanto archivos fuentes como los ejecutables de tipo: (Forms, reports, archivos CTL, y cualquier otro archivo que permita el correcto despliegue y funcionamiento del sistema SIEC). <p>Fechas de Full Backup o Copia completa de Aplicación:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 01 de Agosto de 2010 Fecha en que se entregó el sistema Comercial SIEC (Base de datos y Aplicativo) por parte de CEDELCA a la Compañía Energética de Occidente S.A. ESP.

		<p>• 01 de Mayo de 2012 Fecha de Migración de SIEC a OPEN SMART FLEX.</p> <p>SISTEMA OPEN SMART FLEX</p> <p>Full Backup o backup completo de la base de datos OPEN SMART FLEX: Copia completa de la base de datos de OPEN SMART FLEX que incluye todos los objetos de la base de datos (tablas, vistas, procedimientos almacenados, funciones, Triggers, Packages, etc). En formato DMP descriptado.</p> <p>Fechas de los Full Backup Backup Completo base de datos:</p> <p>• 01 de Septiembre de 2020 – Contiene el histórico de los datos comerciales entre Mayo de 2012 y septiembre de 2020.</p>
¿A qué información se refiere?	<p>A la información contenida en el SIEC: que fue el que CEDELCA le entregó a la CEO con su cartera</p> <p>A la “Cartera Propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”</p>	A TODA la información contenida en las bases de datos SIEC y SMART FLEX
¿Cuál es la razón del límite temporal?	Las variaciones entre sistemas de almacenamiento desde que se entregó a la CEO la cartera	
¿Cuál es la razón de la mención a las bases de datos?	La CEO ha tenido migración entre los sistemas: SIEC, SMART FLEX y ORFEO	La CEO ha tenido migración entre los sistemas: SIEC y SMART FLEX

Para mayor claridad del despacho:

- Mientras que en la solicitud inicial la información que se solicitaba era restringida exclusivamente al comportamiento de las bases de datos de “Cartera Propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”, en la segunda solicitud la información solicitada fue TODA la información contenida en las bases de datos.

¿Por qué se amplió la cantidad y calidad de información solicitada?, ¿para qué? Esto no tiene justificación alguna, no fue una preocupación del Tribunal Arbitral y, sin embargo, fue una exigencia avalada mediante el Auto No. 9.

- Mientras que en la solicitud inicial la solicitud guardaba relación con el objeto del litigio ventilado ante el Tribunal Arbitral, en la segunda solicitud la información requerida nada tiene que ver con la Litis:
O, acaso, ¿qué tiene que ver el comportamiento de la cartera de otros clientes de la CEO con el trámite arbitral?, ¿de qué le sirve a CEDELCA conocer información sobre los usuarios que hacen parte de la cartera de la CEO –distinta a la que fue objeto de compra– para probar sus pretensiones del trámite arbitral?

Nótese cómo hubo esta mutación en la orden de entrega de información dada a la CEO:

Orden Auto No. 8

Información A

La de las carteras



Orden Auto No. 9

Información A + B

*TODA la información de las bases de datos
(la de las carteras + el resto)*

Y es precisamente esa adición del +B en el Auto No. 9 la que ubica la discusión en el plano constitucional. En efecto, esa información no tiene nada que ver con el objeto del litigio del trámite arbitral. Y tampoco materializa el derecho de prueba de CEDELCA el poner en su conocimiento el "+B" (precisamente porque es información que NADA tiene que ver con la cartera que CEDELCA entregó a la CEO). Así ordenarle a la CEO que se la entregue supone:

- Obligarla a soportar una ampliación del objeto de la prueba de manera desproporcionada, inconducente e injustificada;
- Obligarla a entregar información que hace parte de su información privada y útil dentro de sus dinámicas empresariales;
- Obligarla a soportar una posición de desventaja en el mercado, frente al resto de competidores;
- Obligarla a entregar un activo de altísimo valor patrimonial, sin ningún tipo de remuneración;
- Obligarla a vulnerar acuerdos de tratamiento de datos personales con sus usuarios (que ninguna relación tienen con CEDELCA);
- Ponerla en una posición de incumplimiento del régimen de protección de datos y en la tangible posibilidad de ser sancionada por la SIC.

De tal manera que la vulneración a los derechos fundamentales de la CEO y de sus usuarios con la materialización de la orden contenida en el Auto No. 9 no es un asunto que vaya a ser debatido en el trámite arbitral. De hecho, en el mismo ya se agotaron los recursos ordinarios y oportunos para solicitarle al Tribunal Arbitral que no ordenara la entrega de información diferente a la relacionada con el litigio, pero el Tribunal Arbitral no accedió.

¿Esto qué quiere decir? Que si se llega a entregar la información requerida en el Auto No. 9, en el trámite arbitral se continuará con el ejercicio procesal de validar si CEDELCA tiene o no derecho al reconocimiento de sus pretensiones, pero para nada se discutirá si se vulneró algún derecho de la CEO al obligarla a entregar toda la información contenida en sus bases de datos. De hecho, tan así lo reconoce el Tribunal Arbitral que tratando de justificar la extensión de la orden contenida en el Auto No. 9, le indicó a la CEO que si el perito realizaba uso indebido de la información adicional, respondería judicialmente:

el auto impugnado, la información que el perito deberá analizar e incorporar en su dictamen, se restringirá a la que corresponde a esta controversia, debiendo guardar la reserva correspondiente a lo que sea ajeno a ella, y en caso de no hacerlo, será legalmente responsable. Tampoco resulta oponible la reserva, en tanto la información que

La pregunta es: ¿por qué si el Tribunal Arbitral reconoce que hay información que no guarda relación con la controversia continúa obligando a CEO a entregarla? Y, ¿para qué esperar a que se entregue información innecesaria, que se generen perjuicios al propietario de la información, para luego buscar un eventual escenario en el que se deba probar una responsabilidad de terceros por dichos perjuicios?

Esa es la importancia de esta acción de tutela: **prevenir la materialización de vulneración de derechos fundamentales de la CEO y de sus usuarios y A SU VEZ garantizar el derecho al debido proceso de CEDELCA**, entregándole la información que le es necesaria para presentar el dictamen pericial que ha solicitado en el trámite arbitral.

5.2.1.2 La acción de tutela es el único medio de defensa judicial al alcance de la CEO:

La acción de tutela es el único medio a través del cual la CEO puede solicitar amparo del Estado para la protección de sus derechos fundamentales, toda vez que ya se presentaron todos los recursos en el trámite arbitral en virtud del cual el TRIBUNAL ARBITRAL profirió el Auto No. 9 del 7 de diciembre de 2020. Lo anterior se traduce en que CEO no tiene más oportunidades o remedios procesales para cuestionar la legalidad de las decisiones que hoy se controvierten.

Es pertinente anotar que el laudo arbitral, que pondría fin al referido trámite, no tendría ningún pronunciamiento desde la perspectiva constitucional sobre la medida cautelar que conculca los derechos fundamentales de la CEO. De este modo, no habría lugar a que la CEO hiciera uso de los recursos de anulación y revisión para oponerse a ella, y para ese momento ya se habrían producido los perjuicios irremediables a la empresa.

5.2.1.3 Se cumple con el requisito de la inmediatez:

Entre la fecha en que se profirió el Auto No. 10, por medio del cual se confirmó lo dispuesto en el Auto No. 9, y la presente acción han pasado apenas siete días hábiles. Atendiendo a la complejidad del asunto, de la importancia que reviste en la definición de la situación de CEO, así como de la entidad de la vulneración de los derechos fundamentales y de los perjuicios que se derivan de allí, es un tiempo absolutamente razonable.

5.2.1.4 Se identifican los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados:

Los hechos que generaron la vulneración ya fueron identificados en el acápite de hechos de la presente acción y de los derechos vulnerados ya se ha hecho mención. Sin embargo, más adelante, cuando se sustente la existencia del defecto sustantivo por inaplicación de una norma aplicable al caso en el presente asunto, se desarrollará con mayor amplitud una argumentación en este sentido.

5.2.1.5 No se trata de una sentencia de tutela:

En efecto, la presente acción de tutela no se orienta a atacar una sentencia de tutela, sino que se dirige a cuestionar la decisión tomada por el TRIBUNAL ARBITRAL mediante el Auto No. 9.

Y es importante aclarar que este Auto no ha sido atacado en vía de tutela anteriormente.

5.2.2 CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD

Defecto sustantivo por inaplicación de normas aplicables al caso

A continuación se argumentan las razones jurídicas que permiten concluir que la decisión contenida en el Auto No. 9 configura un **defecto sustantivo por inaplicación de las normas aplicables al caso**, que se traduce en que la dimensión de la orden contenida en dicho auto resulta desconocedora del derecho al debido proceso de la CEO, de su derecho a la libertad de empresa y de los derechos al *habeas data* de los usuarios de la CEO:

VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO

El artículo 29 constitucional dispone que «el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». Según ha explicado la Corte Constitucional,

La Constitución Política de 1991, extendió las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención del constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías¹⁷.

Este derecho constitucional se concreta en una serie de garantías, como las que se mencionan a continuación:

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-445 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) **a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico**, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) **al ejercicio del derecho de defensa y contradicción**, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso¹⁸.

La exhibición de documentos no ha sido practicada en debida forma: violación al artículo 268 del Código General del Proceso

En lo que tiene que ver con la práctica de la prueba de la exhibición de libros y papeles de los comerciantes, el Código General del Proceso es claro en precisar que esta exhibición (i) es parcial y no total, (ii) **debe hacerse ante el juez** y (iii) viene limitada por los asientos y papeles que **tengan relación necesaria con el objeto del proceso**. En efecto, según el artículo 268 del estatuto procesal vigente:

Podrá ordenarse, de oficio o a solicitud de parte, la exhibición parcial de los libros y papeles del comerciante. La diligencia se practicará **ante el juez** del lugar en que los libros se lleven y **se limitará** a los asientos y papeles que **tengan relación necesaria con el objeto del proceso** y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales.

El comerciante que no presente alguno de sus libros a pesar de habersele ordenado la exhibición, quedará sujeto a los libros de su contraparte que estén llevados en forma legal, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificada de su renuencia, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale.

Para el examen de los libros y papeles del comerciante en los casos de exhibición, la parte interesada podrá designar un perito.

Esta norma, por expresa disposición del estatuto arbitral vigente (Ley 1563 de 2012) resulta enteramente aplicable: en los términos del segundo inciso del artículo 31 (sobre audiencias y pruebas) «el tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen». Sin embargo, en este caso, en abierta contravía con la normatividad vigente:

- (i) Se está decretando una exhibición total de las bases de datos SIEC y SMART FLEX de la CEO –conforme se dispuso en el Auto No. 9–,
- (ii) No se está realizando ante el juez y
- (iii) No está limitada a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso. En efecto, como se ha venido exponiendo el Tribunal ha permitido que el objeto de la prueba se amplíe a la totalidad de la información contenida en las bases de datos de la CEO, sin considerar que el 60% de la información que contienen nada tienen que ver con el objeto del proceso ni con el ejercicio probatorio que requiere realizar CEDELCA en el trámite arbitral.

En línea con la disposición sobre la práctica de la prueba de exhibición de libros y papeles comerciales, el Código de Comercio establece en el artículo 66 que «el juez o funcionario hará constar los hechos y asientos verificados [...]»:

El examen de los libros se practicará en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia de éste o de la persona que lo represente. **El juez o funcionario hará constar los hechos y asientos verificados** y, además, del estado general de la

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-980. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

contabilidad o de los libros, con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y, en consecuencia, reconocerles o no el valor probatorio correspondiente (negritas añadidas).

¿Qué ha ocurrido en el trámite arbitral? Que la ausencia de límites en la información que se ha ordenado exhibir a la CEO y la falta de presencia del Tribunal Arbitral en la práctica de esta exhibición ha conducido a que el Tribunal no haya valorado adecuadamente: (i) la información que ya ha entregado la CEO a CEDELCA, (ii) las negativas injustificadas de CEDELCA a recibir las bases de datos con la información irrelevante para la prueba pericial encriptada, y (iii) la verdadera trascendencia de lo que para la CEO representa despojarse de la totalidad de la información contenida en sus bases de datos.

Aquí nos encontramos, Honorable Magistrado, ante una evidente vulneración al debido proceso en la práctica de la prueba decretada como medida cautelar y, consecuentemente, en el derecho de defensa de la CEO, por lo que urgente se torna el pronunciamiento constitucional para evitar la generación de perjuicios irremediables.

Se ha alterado el objeto de la prueba y el Tribunal lo ha permitido, en desmedro de los derechos de la CEO

El Tribunal Arbitral, de modo desproporcionado, injustificado y con fines absolutamente inconducentes varió el objeto de la medida cautelar para fines probatorios. Con fines meramente aclaratorios y de argumentación reitero la dimensión del cambio:

Mientras que en el Auto No. 8 el Tribunal Arbitral ordenó:

Decretar la medida cautelar en el sentido de ordenar a CEO S.A.S. E.S.P. permitir a CEDELCA S.A. E.S.P. el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, dentro los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este auto. En caso de requerir un profesional experto para recaudar la información los costos serán asumidos por la Convocante

En el Auto No. 9 el Tribunal Arbitral ordenó:

Ordenarle a CEO S.A.S. E.S.P. dar cumplimiento íntegro a la medida cautelar decretada el 9 de octubre de 2020. Para ese efecto debe permitir a CEDELCA S.A. E.S.P. el acceso a toda la información solicitada en su derecho de petición del 29 de julio de 2020, especialmente la indicada por el perito Julio E. Villareal. El cumplimiento de la totalidad de la medida cautelar deberá darse dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de este auto.

En concreto, la diferencia entre lo solicitado en el derecho de petición del 9 de octubre de 2020 y lo solicitado por el perito Julio E. Villareal es:

Derecho de petición	Solicitud del perito Julio E. Villareal
A la información de la "Cartera Propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC"	A TODA la información contenida en las bases de datos SIEC y SMART FLEX

Sin lugar a dudas, exigirle a la CEO entregar información contenida en sus bases de datos que NADA TIENE QUE VER con la necesidad probatoria de CEDELCA en el proceso no solo resulta desproporcionado, sino que desnaturaliza absolutamente la justificación de la prueba que el mismo Tribunal planteó en el Auto 8:

- No existe legitimación en la causa por activa para solicitar información que no esté relacionada con el objeto del litigio ni mucho menos con aquella que no es necesaria para que CEDELCA ejerza adecuadamente su defensa
- No existe aparición de buen derecho porque la información distinta a la relacionada con la "Cartera Propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC" no le va a servir para la prueba pericial solicitada por CEDELCA
- No hay necesidad alguna de entregar la información porque la prueba pericial se puede realizar en su totalidad sin conocer información que nada tiene que ver con la "Cartera Propiedad de CEDELCA" y la "Cartera presunta propiedad de CEC"
- No hay efectividad ni proporcionalidad. Por el contrario, entregar TODA la información contenida en las bases de datos de la CEO –y no solamente la relacionada con la "Cartera Propiedad de CEDELCA" y "Cartera presunta propiedad de CEC" – es una orden exagerada para la CEO, vulneratoria de derechos y desproporcionada porque no conduce en nada la concreción del derecho de prueba de CEDELCA

En todo, la orden contenida en el Auto No. 9 evidencia una errónea interpretación de los límites del Tribunal Arbitral y una discrecionalidad injustificada en la amplitud del universo documental que se le exige entregar a la CEO.

De nuevo, la ampliación en el objeto de la prueba de exhibición de documentos ubica a la CEO en un escenario claro de vulnerabilidad por la conculcación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad de empresa que requiere del juez constitucional porque es el único que puede evitar la materialización de perjuicios irremediables.

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA COMO CONSECUENCIA DEL IRRESPETO DEL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN DE LAS PARTES

El acceso a la justicia es un derecho fundamental establecido en el artículo 229 de la Constitución Política. Según el texto constitucional, «se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia». De acuerdo con lo que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

se fundamenta en la cláusula de Estado Social de Derecho, en el que la resolución de los litigios y controversias que surgen de la vida en sociedad debe encontrar vías institucionalizadas que contribuyan a realizar el sometimiento de las actuaciones públicas y privadas al ordenamiento jurídico, el valor de la justicia material, la efectividad de los derechos constitucionales, así como los valores y fines constitucionales de paz y convivencia pacífica. [...] La efectividad del derecho de acceso a la justicia implica, a la vez, tanto una regulación jurídica adecuada de las condiciones para la formulación de pretensiones al sistema y para el desarrollo procesal del contencioso, **con las garantías propias del debido proceso**, regulación que debe ser de rango legal, como una importante actividad prestacional para la oferta adecuada del engranaje institucional encargado de decidir las pretensiones, bajo condiciones adecuadas de cobertura territorial y suficiente, para que las decisiones se adopten en un plazo razonable y sean ejecutables. Estos elementos son los que ponen de relieve el carácter de servicio público esencial reconocido a la justicia (negritas añadidas)¹⁹.

Una consecuencia del carácter iusfundamental del acceso a la administración de justicia consiste en que en materia arbitral existe el principio de habilitación de las partes. Así, siguiendo la jurisprudencia constitucional hay que aclarar que

es la voluntad de las partes la que activa la jurisdicción arbitral, la competencia de los árbitros y sus atribuciones, por lo cual **admitir el ejercicio de funciones judiciales excepcionales por quienes no han sido expresamente autorizados por la voluntad de las partes contraría el principio de habilitación que está en la base del arbitramento**, así como también va en contra del carácter excepcional y por ende de la interpretación estricta de este mecanismo de solución de conflictos [...] (negritas añadidas)²⁰.

Así, en este punto se sostiene que el Tribunal accionado está excediendo los límites establecidos cuando fue habilitado por CEO y CEDELCA para resolver las controversias que existieran entre ellas, como consecuencia del cumplimiento o ejecución del Contrato de Gestión. En efecto, la habilitación del Tribunal se contrae a resolver las controversias que estén relacionadas con (i) el cumplimiento del Contrato de Gestión, (ii) su ejecución, (iii) su terminación o (iv) su liquidación, como se puede leer en la cláusula 23 del Contrato de Gestión:

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2017. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Cláusula 23.- Cláusula compromisoria.

Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes durante el cumplimiento o ejecución de este Contrato o al momento de su terminación o su liquidación, distintas a aquellas que se resuelvan de acuerdo con la Cláusula anterior, salvo lo allí expresamente pactado, y no se pueda resolver directa y amigablemente entre éstas, será sometida a un tribunal de arbitramento, conformado por tres (3) árbitros, que funcionará de acuerdo con el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. La selección de los árbitros se hará de mutuo acuerdo de las Partes, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación escrita del desacuerdo de una de las Partes a la otra. Las partes escogerán entre los árbitros inscritos en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. En caso de no acuerdo se hará mediante sorteo de la misma lista, el cual deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al no acuerdo de las partes. El tribunal constituido se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1.998, el Decreto 1818 de 1998, las demás normas concordantes con éstas y aquellas que las modifiquen o reemplacen, de acuerdo con las siguientes reglas:

En este caso es evidente que la actuación del Tribunal Arbitral desborda el principio de habilitación de las partes, porque este se encuentra habilitado para resolver las controversias que tengan como punto de partida el Contrato de Gestión. Y, en ese sentido, las órdenes impartidas a cualquiera de las partes del proceso deberán limitarse a dicha esfera contractual, sin que pueda entonces impartir órdenes sobre asuntos ajenos, aunque estén dirigidas a las partes del litigio. Particularmente la orden contenida en el Auto n.º 9 si bien se dirige a la CEO, que obra como convocada en el trámite arbitral, se circunscribe en parte a asuntos completamente ajenos a la relación contractual entre la CEO y CEDELCA y, de contera, al asunto para el cual se encuentra expresamente habilitado el Tribunal Arbitral.

Así, ordenar a la CEO que entregue información relacionada con las carteras de CEDELCA guarda sentido con la autoridad conferida por las partes (habilitación) al Tribunal, pero en lo que respecta a la información contenida en las bases de datos de la CEO, que nada tiene que ver con el Contrato de Gestión, el Tribunal Arbitral carece de competencia para disponer sobre la exhibición de la misma.

VULNERACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

La medida cautelar desproporcionada que ha ordenado el Tribunal Arbitral también vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia, y con ello se abre el paso a la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la CEO, como se expone a continuación

El derecho a la libertad de empresa se desprende de la libertad económica consagrada en el artículo 333 constitucional. Al respecto, es pertinente recordar que según la Corte Constitucional, este corresponde a «una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio»²¹. La jurisprudencia constitucional también ha identificado los elementos esenciales de este derecho, a saber:

- i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición^[146]; ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; iv) el derecho a la libre iniciativa privada; v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable (negritas añadidas)²².

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 2019. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²² Ibid.

Es claro que este derecho no es absoluto y puede ser limitado por el Estado, «siempre que [tales límites] respeten los contenidos que conforman sus elementos esenciales, obedezca[n] a fines constitucionales y garantice[n] la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada». Así, el Estado puede limitar este derecho cuando esto se justifique por razones del interés general o la responsabilidad social. En efecto, en los términos de la jurisprudencia constitucional estos son los tres requisitos que debe cumplir cualquier restricción a la libertad de empresa:

1. Respetar su núcleo esencial;
2. Obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución;
3. Responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad

Ahora bien, de acuerdo con la Decisión 486 proferida por la Comunidad Andina de Naciones, secreto empresarial es «cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial y que sea susceptible de transmitirse a un tercero». Así, la información para que sea considerada como secreto empresarial debe (i) ser secreta, (ii) tener valor comercial y (iii) haber sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta²³.

Relacionado con este derecho, el despacho también debe entrar a analizar la afectación a la libre competencia económica que se produciría de llegar a cumplirse la decisión proferida por el Tribunal Arbitral, como se explica a continuación:

En los términos del artículo 333 del texto constitucional, «la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades». Esta norma define un sistema de economía social de mercado dentro del Estado social de derecho, en el cual se establece que la economía se debe regir por principios liberales, tales como la libertad económica, que incluye la libertad de empresa y la iniciativa privada, pero teniendo como límite la intervención del Estado para evitar que se transgreda la libre competencia cuando la prevalencia del interés general así lo amerite. Es decir, el orden público económico se configura como un límite a la autonomía de la voluntad privada, permitiendo así que los organismos de inspección, vigilancia y control intervengan con el fin de salvaguardar el libre desarrollo de los mercados.

CEO es una compañía que detenta el 99 % de participación del mercado de la distribución de energía eléctrica en el departamento del Cauca y el 1 % del mercado de comercialización de energía eléctrica en el país. A su vez, CEO participa de diferentes mercados conexos o secundarios a su actividad principal. Y CEO presta un servicio conexo a su actividad principal, cual es el de gestión de cartera. El referido negocio es independiente y enmarcado dentro del contrato de condiciones uniformes.

De otra parte, CEDELCA resulta ser un competidor potencial probado del mercado de la distribución y comercialización de energía eléctrica, por cuanto fue el distribuidor y comercializador de energía eléctrica en el departamento del Cauca que le antecedió a CEO.

En línea con la anterior, resulta ajustado hacer el análisis de los hechos con base en la calidad de los sujetos que intervienen en los mismos y su relacionamiento en el mercado. A saber, CEO y CEDELCA son competidores en el mercado de distribución de energía eléctrica en el departamento del Cauca.

Es consecuente con la orden impartida por el Tribunal Arbitral manifestar que el derecho constitucional a la libre competencia en el mercado de distribución de energía eléctrica en el departamento del Cauca se encuentra en inminente riesgo, pues de otorgar cabal cumplimiento a la misma se estaría materializando un intercambio de información entre competidores de aquellos

²³ PEÑA VALENZUELA, Daniel. Nuevos alcances de los secretos empresariales en Colombia. Universidad Externado de Colombia, revista Contexto. [Consulta en línea, disponible en: [Vista de Nuevos alcances de los secretos empresariales en Colombia \(uexternado.edu.co\)](http://www.externado.edu.co)]

prohibidos por el ordenamiento jurídico²⁴. En el presente caso, la información que ordena entregar el Tribunal Arbitral es de aquella que la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en materia de libre competencia ha determinado como sensible para el mercado, puesto que comprende información de precios, costos, márgenes, *know how* y mercado, toda presentada de forma desagregada y actualizada.

Respecto al intercambio de información sensible entre agentes económicos, la SIC estableció su carácter restrictivo mediante la Resolución No. 56979 del 10 de agosto de 2018:

Sobre el carácter restrictivo del intercambio de información también se ha dejado establecido que ese tipo de comportamiento, por sí mismo, puede generar riesgos para la competencia si, debido a las condiciones en que se realiza y el contexto en el que se enmarca, es idóneo para promover la generación de efectos coordinados ilícitos.

La SIC y la doctrina internacional han resultado coherentes en afirmar que el intercambio de información entre competidores, en especial en mercados con características monopólicas, duopólicas u oligopólicas resulta reprochable y genera fallas en los mercados en los cuales se presenta. La simetría de la información en las condiciones de mercado descritas genera incentivos a la homogenización en los elementos mismos sobre los cuales cabalga la libre competencia, ya referidos con anterioridad, puesto que es apenas natural que el comportamiento de un agente de mercado se adecue al otro del cual ya conoce la información sensible para sentar su posición en el mercado en procura de capturarlo, generando así un cese a la contienda por los consumidores. Por supuesto, si no hay puja entre competidores el bienestar del consumidor final, su excedente, se ve menoscabado.

En adición a todo lo que se ha venido diciendo, es importante destacar que la importancia del sistema de información comercial de la CEO (SMARTFLEX) recae en la explotación económica que esta empresa pueda hacer legítimamente sobre la misma y en el reconocimiento que esta tiene en el mercado como un competidor posicionado. Esto quiere decir que poner en conocimiento de CEDELCA esta información por un lado pone en una situación de desventaja a la CEO por ya no ser el único que conoce esta información en el mercado y por lo mismo ya no tener ese factor diferencial frente a sus competidores, a la vez que abre la ventana a que no solamente lo conozca CEDELCA, sino que la información se filtre a otros agentes del mercado. Esto es, se presenta un riesgo directo con CEDELCA, además de un potencial riesgo indirecto con las otras personas o empresas que puedan conocer esta información.

Una vez más, se resalta la importancia de este escenario constitucional para prevenir la materialización de un perjuicio irremediable para la CEO, que podría derivarse de la entrega de la información que ha ordenado el Tribunal Arbitral.

AMENAZA DE VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL HABEAS DATA DE LOS USUARIOS DE LA CEO

El artículo 15 de la Constitución Política consagra el que ha sido conocido como derecho al *habeas data*. En los términos del texto constitucional, se consagra «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». Además, señala que «en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetará la libertad y demás». Para la Corte Constitucional este derecho,

otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y

²⁴ Debe tenerse en cuenta el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en virtud del cual «quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos». Adicionalmente, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala: «para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: [...] 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios».

certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales”. El habeas data comprende la autodeterminación informática y tiene “la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo.”²⁵.

La Ley Estatutaria 1581 de 2012 establece una serie de principios fundamentales con respecto al régimen de protección de datos personales, dentro de los cuales es pertinente –por estar relacionados con este asunto– hacer referencia a los de libertad y finalidad. El primero –en palabras de la Corte Constitucional–, prevé que «el consentimiento es el punto de identidad y relevancia que determinará la vulneración o no del derecho fundamental al habeas data». Por su parte, el principio de finalidad pregonada que en «materia de autorización, el consentimiento otorgado al encargado del tratamiento o responsable debe ser previo, expreso o informado»²⁶.

La Corte Constitucional también ha sido enfática en considerar que “la obtención y divulgación de datos personales sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas”. Ahora bien, una excepción a este principio ocurriría cuando exista una imperiosa necesidad de cumplir con un fin constitucional superior. Efectivamente, siguiendo la jurisprudencia constitucional,

bajo ciertas circunstancias particulares, la dureza del principio de libertad que debe orientar el tratamiento de datos personales se flexibiliza al armonizarse con el principio de finalidad, siempre y cuando la circulación del dato esté estrictamente dirigida y restringida al cumplimiento del fin constitucional superior, con arreglo al principio de necesidad²⁷

Concretamente en lo que tiene que ver con la información que está contenida en las bases de datos, es decir en el sistema de información comercial SMARTFLEX de la CEO (además de ser un activo de altísimo valor, como se ha mencionado), es evidente que se trata de datos personales que, como su nombre lo indica, sirven para identificar a las personas. Por supuesto, también contienen información que analizada desde una perspectiva aislada en nada afecta la intimidad de una persona (como, por ejemplo, un ciclo de consumo), pero que cuando se circunscriben a una persona permiten construir patrones relativos a la intimidad de los usuarios. Es decir, con la totalidad de la información que se almacena en el sistema de información comercial SMARTFLEX de la CEO sobre sus usuarios es dable tanto identificar y ubicar a los mismos, a la par que conocer detalles de su intimidad como cuánto tiempo permanecen en casa, cuándo salen de vacaciones, a qué horas duermen, en qué horarios consumen más o menos energía, etc.

Ello le otorga aún más importancia al interés de la CEO de salvaguardar la reserva de esta información en aras de proteger la intimidad de sus usuarios. El asunto es que además dichos usuarios confían en que la CEO es garante total de la seguridad y confidencialidad de su información personal y no han otorgado una autorización expresa para que se comparta a terceros.

Para claridad de su despacho y para entender la magnitud de las asociaciones y usos que se puede dar a esta información, a modo de ejemplo se presentan algunos de los campos incluidos en las bases de datos:

- | | |
|-------------------------------|-------------------------|
| - Identificación del usuario; | - Capacidad trafo; |
| - Nombre del usuario; | - Sector de suministro; |
| - Estado del producto; | - Periodos vencidos; |
| - Zona; | - Saldo pendiente; |
| - Departamento; | - Nivel de tensión; |
| - Municipio; | - Tipo de red; |

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2020. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2013 y sentencia C-748 de 2011, reiteradas en la sentencia C-094 de 2020.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2014, reiterada en la sentencia C-094 de 2020.

- Localidad;
- Barrio;
- Número de casa
- Letra casa
- Dirección;
- Ubicación
- Tipo cliente
- Ruta;
- Tipo de medidor;
- Tecnología medida;
- Fases medidas;
- Propiedad medida;
- Carga;
- Ciclo de consumos;
- Actividad económica;
- Segmento del mercado;
- Días facturados;
- Consumos estimados;
- Consumo promedio;
- Método de variación del consumo;
- Consumo comunitario;
- Teléfono de contacto.
- Unidades habit.;

Lo que es aún más gravoso en materia del derecho al habeas data y de la protección de datos personales es que de la totalidad de la información que el Tribunal Arbitral está ordenando entregar, solamente el 6.46 %²⁸ corresponde a las carteras de CEDELCA (“Cartera propiedad de CEDELCA” y “Cartera presunta propiedad de CEC”). Esto es, de los datos de los 360,446 usuarios de la CEO que están almacenados en las bases de datos del sistema de información comercial SMARTFLEX, que el Tribunal Arbitral está ordenando entregar, solo los de 40,660 usuarios hacen parte de la información que interesa al proceso arbitral. Así que el 93.54 % de la información restante corresponde a datos de usuarios que nada tienen que ver con CEDELCA, nada tienen que ver con la controversia nacida del Contrato de Gestión (firmado entre CEDELCA y la CEO) y nada tienen que ver con la cláusula compromisoria y la habilitación otorgada al Tribunal Arbitral. O sea que el Tribunal Arbitral le estaría imponiendo al 93.54% de los usuarios de las carteras de la CEO la carga de perder su intimidad y sin siquiera ante una autoridad competente, pues el Tribunal no ha sido habilitado para ello.

5.2.3 JUICIO ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD

Según ha explicado la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad es una «herramienta metodológica» que busca «aportar racionalidad, predictibilidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez»²⁹. Esta herramienta está compuesta por tres niveles de análisis (o sub principios): idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y busca

analizar si una medida sometida a estudio es adecuada para la consecución del fin propuesto. Inmediatamente después, debe asumirse el análisis de *necesidad*, en virtud del cual se aprecia, si la medida escogida por el Legislador es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa. Finalmente, el estudio de *proporcionalidad en sentido estricto* se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación – beneficio, y finalmente, algunas consideraciones -en caso de contar con los elementos- sobre la certeza de los efectos de tal relación³⁰.

Adicionalmente, la Corte ha establecido tres intensidades de análisis (leve, intermedia y estricta). La intensidad estricta, que es la que debe usarse para resolver los problemas jurídicos planteados

²⁸ Esta es la relación de la información que el Tribunal Arbitral le ordenó a la CEO entregar a CEDELCA:

Dueño	Usuarios	%	Cartera	Financiaciones	Total Cartera	%
CEC	20,196	5.60%	3,648,997,334	3,356,327,782	7,005,325,116	5.44%
CEDELCA	20,464	5.68%	698,062,554	613,765,792	1,311,828,346	1.02%
CEO	319,786	88.72%	77,413,515,549	43,037,105,424	120,450,620,973	93.54%
Total general	360,446	100%	81,760,575,437	47,007,198,998	128,767,774,435	100%

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 2020. M. P. Alberto Rojas Ríos.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 2020. M. P. Alberto Rojas Ríos

en la presente acción de tutela, se debe usar «ante una medida que impactara el goce de un derecho constitucional fundamental»³¹. El test estricto de proporcionalidad exige:

- Establecer que el fin es legítimo, importante e imperioso;
- Que el medio, además de legítimo, debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario para la consecución del fin, esto es, que no puede ser reemplazado por uno menos lesivo;
- Adelantar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto³².

Habida cuenta que se encuentran en disputa bienes constitucionales, que, además, tienen la categoría de fundamentales, por la materialización de la decisión que el Tribunal Arbitral tomó mediante el Auto No. 9 debe acudirse al test estricto de proporcionalidad para analizar la razonabilidad de esta medida.

Entonces, el test estricto de proporcionalidad exige realizar el siguiente análisis en el caso en concreto:

- A. ¿El fin de la medida cautelar ordenada por el Tribunal Arbitral es legítimo, importante e imperioso?

El fin
Garantizar el derecho de CEDELCA de <i>solicitar la entrega o práctica de unas pruebas que requiere para ejercer adecuadamente su defensa.</i>
Por supuesto, todas las partes de un proceso deben tener la posibilidad de probar los supuestos de hecho que respaldan los derechos reclamados, para que puedan ejercer con todas las garantías su defensa.
Esto se desprende del derecho al acceso a la justicia, a la prueba, a un juicio justo en el que las partes puedan solicitar la presencia de un juez para dirimir un conflicto, soportar su tesis con pruebas y defenderse de las tesis contrarias de las demás partes y del juez. También se desprende del Código General del Proceso que consagra las reglas procesales que deben regir en el acceso a la justicia y, en particular, al deber de las partes de <i>probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen</i> (artículo 167), así como el artículo 29 constitucional que consagra el derecho a la defensa como parte del debido proceso.
Por lo mismo, el fin está constitucionalmente amparado.
CUMPLE

- B. ¿La medida cautelar ordenada por el Tribunal Arbitral es adecuada, efectivamente conducente y necesaria para la consecución del fin?

La medida	
Obligar a la CEO a entregar a CEDELCA toda la información contenida en sus bases de datos SIEC y SMART FLEX.	
¿Adecuada y efectivamente conducente?	¿Necesaria?
Entendiendo la adecuación como una relación entre los medios y el fin de la medida, sin lugar a dudas si la CEO le	En absoluto.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 2020. M. P. Alberto Rojas Ríos.

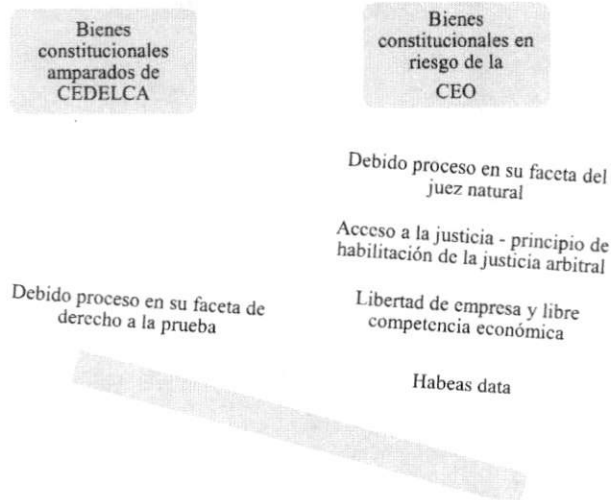
³² Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001, reiterada en la sentencia C-234 de 2019 y recientemente en la sentencia C-022 de 2020.

<p>entrega a CEDELCA toda la información de sus bases de datos (tanto la que respecta a sus carteras como la que nada tiene que ver con las mismas) es evidente que CEDELCA puede lograr su finalidad de realizar el dictamen pericial.</p> <p>Y así, la medida tomada por el Tribunal conduce a la consecución del fin.</p>	<p>A CEDELCA se le puede garantizar su derecho a la prueba ordenando la entrega solo de la información relacionada con sus carteras CEC y CEDELCA (en los términos solicitados en el derecho de petición del 29 de julio de 2020).</p> <p>Exigir a la CEO la entrega de todo un universo de información (que es todo su sistema de información comercial) es una medida que, como se ha demostrado a lo largo de esta acción de tutela, le es nociva para su derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y que deviene en una afectación a principios constitucionales tan valiosos como la libertad de empresa, la libre competencia económica, así como al derecho al <i>habeas data</i> de sus usuarios.</p> <p>¿Esto qué quiere decir? Que la medida tomada por el Tribunal Arbitral mediante el Auto No. 9 no es la única existente para garantizar el fin porque hay otras menos gravosas para los numerosos principios constitucionales en juego.</p> <p>Así, ordenar a la CEO entregar solo la información relacionada con las carteras de CEDELCA (sentido del Auto No. 8) tiene un menor impacto negativo en la CEO y es igualmente idóneo para alcanzar el fin garantista de los derechos de CEDELCA porque el que esta conozca información de la CEO que nada tiene que ver con el objeto de la prueba (y del litigio), no es indispensable para que se garantice su derecho de prueba.</p>
<p>CUMPLE</p>	<p>NO CUMPLE</p>

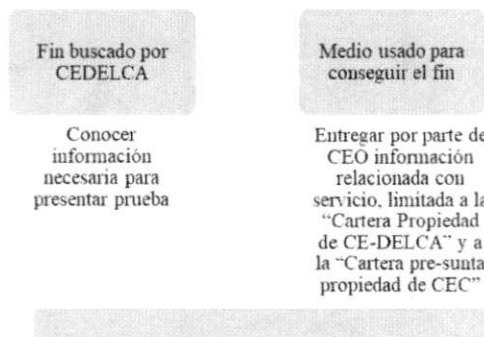
C. ¿Qué conclusión arroja el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida cautelar ordenada por el Tribunal Arbitral?

Evidentemente no existe un equilibrio entre las ventajas que para CEDELCA trae la medida y las desventajas (o perjuicios) que le produce a la CEO. De hecho, la medida rompe la exigencia constitucional de que las ventajas derivadas de una medida sean siempre superiores a los perjuicios causados a otros bienes constitucionales.

Dicho de otra manera, la decisión contenida en el Auto No. 9 representa la siguiente balanza entre beneficios y afectaciones:



Balanza que podría equilibrarse si la decisión del Auto No. 8 (limitada exclusivamente a la exhibición de la información relacionada con las carteras de CEDELCA) es la que se materializa, así:



En últimas, es claro que el Tribunal Arbitral:

- No ha garantizado la debida práctica de la exhibición de documentos ordenada en el varias veces citado Auto No. 8.
- Permitió la ampliación del objeto de la prueba decretada (modificando sustancialmente la medida cautelar solicitada) mediante el Auto No. 9, y, con ello, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la CEO.
- Abandonó su obligación legal de estar presente en la exhibición de documentos e información que le había ordenado a la CEO en favor de CEDELCA, vulnerando así el derecho al debido proceso de la CEO. Esto, además, lo condujo a otorgarle plena credibilidad al experto aportado por CEDELCA, también vulnerando el debido proceso de la CEO.
- No tenía competencia para decidir sobre la exhibición o no de las bases de datos de la CEO, por no estar habilitado para ello, de modo que vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia de la CEO.
- Ha dejado de lado que no es necesario ordenar a la CEO que entregue la totalidad de la información de sus bases de datos está poniendo en riesgo bienes constitucionales de la CEO, existiendo otras medidas para lograr el fin garantista a favor de CEDELCA
- Está vulnerando los derechos a la libertad de empresa y libre competencia económica de la CEO al ordenarle entregar uno de sus activos más valiosos.
- Está amenazando el derecho fundamental al habeas data de los usuarios de la CEO al ordenar la exhibición de sus datos personales sin tener competencia ni fundamentos constitucionales valederos.

6 COMPETENCIA

El Honorable Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la presente acción de tutela (i) por la naturaleza del mismo, (ii) por tener jurisdicción en el lugar en donde se han vulnerado los derechos fundamentales de la CEO y (iii) por la naturaleza jurídica del accionado. Precisamente, la razón de su competencia está contemplada en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2.2.3.1.2.1 numeral 2º del *Decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho* (Decreto 1069 de 2015).

7 PRUEBAS

Con este escrito de tutela presento los siguientes documentos para que sean tenidos como pruebas:

1. Contrato de Gestión firmado entre CEO y CEDELCA;
2. Copia de la demanda arbitral promovida por CEDELCA en contra de CEO;
3. Copia del Acta No. 1 del 6 de abril de 2019, que contiene el Auto 01, por medio del cual se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral que dirimirá las controversias surgidas entre CEDELCA y CEO, y el Auto No. 2 del 5 de abril de 2020 que admitió la demanda arbitral.
4. Copia de la solicitud de medida cautelar formulada por CEDELCA ante el Tribunal Arbitral;
5. Copia del memorial CEO describió el traslado de la solicitud de la medida cautelar formulada por CEDELCA ante el Tribunal Arbitral;
6. Copia del derecho de petición presentado por CEDELCA ante la CEO el 29 de julio de 2020;
7. Auto No. 8 del 9 de octubre de 2020, proferido por el Tribunal Arbitral;
8. Auto No. 9 del 7 de diciembre de 2020, proferido por el Tribunal Arbitral;
9. Comunicación remitida por CEDELCA a la CEO con fecha del 14 de diciembre de 2020 y asunto "Cumplimiento Acta 08 auto 09 – Tribunal de Arbitramento CEO".

8 ANEXOS

Con esta acción de tutela se anexan:

1. Los documentos enunciados en el acápite de pruebas.
2. Copia del certificado de existencia y representación legal de CEO.

9 JURAMENTO

Manifiesto, honorable despacho, bajo la gravedad del juramento, que por los mismos hechos y derechos la CEO no ha interpuesto otra ACCIÓN DE TUTELA o petición similar ante ninguna autoridad judicial.

10 NOTIFICACIONES

Para todos los efectos legales y cualquier tipo de notificación, solicito se tengan en cuenta las siguientes direcciones:

1. De CEO: el correo electrónico cia.energetica@ceoesp.com o paola.ramos@ceoesp.com; en la Carrera 7 No. 1N-28, piso 4, en Popayán. Teléfono: 8 30 1000.
2. De la entidad accionada: el correo electrónico Los correos electrónicos para notificaciones del Tribunal de Arbitramento es radicaciondocumentoscac@ccb.org.co ; jcamargofranco@gmail.com myriamguerrerodeescobar@hotmail.com smunozlaverde@yahoo.com y aps@pabonabogados.com

Atentamente,



PAOLA JIMENA RAMOS CAICEDO
C.C. 25.279.480
Representante legal para Efectos Judiciales
Compañía Energética de Occidente S.A.S ESP