

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Auto Interlocutorio No. 286

Villavicencio, seis (06) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

SALA DECISIÓN No. 5

REFERENCIA: RECURSO DE INSISTENCIA
ACCIONANTE: UNIÓN ELÉCTRICA S.A
ACCIONADO: ELECTRIFICADORA DEL META S.A.
EXPEDIENTE: 50001-23-33-000-2019-00108-00

MAGISTRADA PONENTE: NELCY VARGAS TOVAR

Resuelve la Sala el recurso de insistencia planteado por el apoderado general de la sociedad Unión Eléctrica S.A ante la Electrificadora del Meta.

I. Antecedentes

1. De la petición

Mediante escrito del día 12 de marzo de 2019, Jesús Efraín Ossa Gómez, en calidad de representante legal de la sociedad comercial UNIÓN ELÉCTRICA S.A presentó solicitud a la Electrificadora del Meta S.A E.S.P con el fin que se le pusiera a su disposición las propuestas presentadas y la evaluación realizada dentro de la Solicitud Publica de Ofertas N° 092-2018 en copia digital (f. 5).

En oficio de 12 de marzo de esta anualidad, la Líder de Abastecimientos de la Electrificadora del Meta S.A E.S.P respondió a la solicitud impetrada, manifestando que esa sociedad es una empresa de servicios públicos mixta y sus actos se registrarán exclusivamente por las reglas de derecho privado, por tanto, los procesos de contratación se basan en el reglamento interno de esa entidad, el cual únicamente tiene como públicos, el documento base de invitación –DBI, las visitas técnicas y

reuniones aclaratorias, de tal forma que los demás documentos son de carácter privado y reservado.

Aunado a ello, manifestó que con base en la Ley 1581 de 2012, los datos tales como razón social, Nit y dirección de las personas jurídicas o naturales que se hayan presentado al proceso de oferta son públicos, pero a su juicio, los demás datos son privados y, por tanto, necesitará la autorización de los proponentes para suministrarla (f. 6).

2. De la insistencia

La Unión Eléctrica S.A por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del recurso de insistencia, reitera la solicitud de copias realizada del 12 de marzo de 2019, indicando que a pesar de que la Electrificadora del Meta S.A E.S.P cuenta con un régimen especial de contratación, le son aplicables los principios de la función administrativa y la contratación pública. Por ende, sostiene que las actuaciones de los funcionarios de dicha entidad, deberán ceñirse a los principios de publicidad y transparencia, reflejados en procesos de contratación eficaces que permitan la participación oportuna de todos los interesados, inclusive la etapa de evaluación, donde se evidencie el cumplimiento íntegro de los requisitos habilitantes, así como de aquellos necesarios para la comparación de ofertas y que es calificable.

Finalmente, el apoderado de la Unión Eléctrica S.A sostiene que no comparte el rechazo de la solicitud por parte del peticionado, pues a su juicio, el carácter privado de las ofertas presentadas por los oferentes no está contemplado en el Manual de Contratación de esa entidad (f. 7).

3. De la remisión del recurso.

La Electrificadora del Meta mediante oficio OSGJ-20198000108551 del 04 de abril de 2019, radicado en la oficina judicial de reparto el día 08 de abril de 2019, remitió a este Despacho el recurso de insistencia presentado por el apoderado general de la Sociedad Unión Eléctrica S.A., aduciendo en su escrito de remisión, que la Electrificadora del Meta S.A E.P.S, es una empresa de servicios públicos domiciliarios sometida a las normas de derecho privado; manifestando frente a la petición radicada que el peticionario no acredita un interés general para solicitar dicha información, la cual es considerada privada, de propiedad de la empresa y por tanto, reservada, pues esta sociedad es la responsable del tratamiento de la información suministrada por las personas jurídicas o naturales que presentan

ofertas en los diferentes procesos de contratación y no pueden suministrarla a terceros, salvo que la persona autorice expresamente su entrega, esto, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 5° del Decreto 1377 de 2013, más aun, cuando dentro de las propuestas se encuentran los datos comerciales de las personas jurídicas y hojas de vidas que contienen datos personales privados que debe proteger. (f. 1 al 3)

4. Solicitud de pruebas

Mediante auto del 11 de abril de 2019 el despacho ponente conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, requirió a la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. -EMSA S.A. E.S.P, para que en el término de 3 días remitiera copia del poder general conferido por la Sociedad Unión Eléctrica S.A. al abogado Diego Orlando Cano Sánchez, y así mismo, indicara el estado actual de la Solicitud Pública de Ofertas No. 092-2018 (f. 15 y 16).

El 22 de abril de 2019 el abogado Diego Orlando Cano Sánchez, allega copia del certificado de existencia y representación legal de la sociedad comercial Unión Eléctrica S.A, de la Escritura Pública No. 679 del 21 de febrero de 2014 mediante la cual se le confiere un poder general y una certificación de vigencia del poder otorgado, expedida el 22 de abril de 2019 por el Notario 25 de Medellín (f. 19 al 40).

El 24 de abril de 2019, la requerida, Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. argumenta frente a lo solicitado, que en el recurso de insistencia no se evidenció que se hubiera adjuntado copia del poder general conferido por la sociedad Unión Eléctrica S.A. al abogado Diego Orlando Cano Sánchez y que la Solicitud de Ofertas No. 092-2018 fue adjudicada a la firma SYPELC (f. 41).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En virtud de lo preceptuado en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, este Tribunal es el competente para decidir sobre el recurso de insistencia presentado por el apoderado general de la Unión Eléctrica S.A.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar en primer lugar, si se cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1755 de 2015 y en caso afirmativo, se verificará si hay lugar a negarle el acceso a los documentos solicitados por el peticionario por ser estos de carácter privado, tal como fue manifestado por la ELECTRIFICADORA DEL META S.A. E.S.P.- EMSA S.A. E.S.P. En caso contrario, si conforme a la Constitución y la Ley, no se encuentran sujetos a reserva alguna y consecuentemente, deben ser entregados por la entidad renuente.

3. Precisiones jurídicas

El recurso de insistencia es un mecanismo procesal que estableció el Legislador a favor del peticionario para insistir en la información o documentación cuando ha sido rechazada bajo el argumento de tener reserva legal, la cual debe ser argumentada y presentada dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la respuesta emitida por la entidad. Así se establece de manera clara en los artículos 25 y 26 de la Ley 1755 de 2015:

“Artículo 25. Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.”

“Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

(...)

Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.”... (Negrillas fuera del texto).

4. Caso concreto

De lo expuesto en la situación fáctica narrada en el escrito de insistencia, el caudal probatorio y la normatividad que rige la materia, la Sala previo a pronunciarse sobre el fondo del asunto realizará las siguientes precisiones:

A folio 5 reposa la petición radicada el 12 de marzo de 2019 por Jesús Efraín Ossa Gómez, quien manifiesta ser el representante legal de la Unión Eléctrica S.A, la cual versa sobre la entrega de la copia digital del expediente, las propuestas presentadas y la evaluación realizada dentro de la Solicitud Pública de Ofertas No. 092 de 2018, sin que allegue documental que pruebe la calidad con la que se presenta ante la Electrificadora del Meta.

El 12 de marzo de 2019, encontrándose en término, la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. negó la entrega de la solicitud de copias argumentando que su reglamento interno de contratación únicamente se establece como documentos públicos, el Documento Base de Invitación DBI, las visitas técnicas y reuniones aclaratorias, pero los demás documentos y actos del proceso de contratación son de carácter privado y reservado (f. 6).

Ante lo resuelto, el abogado Diego Orlando Cano Sánchez, interpone recurso de insistencia, arguyendo ostentar poder general otorgado por la sociedad comercial Unión Eléctrica S.A., sin que dentro de las documentales remitidas por el peticionado repose el poder mencionado.

Por lo anterior, el despacho ponente en uso de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015, solicitó a la Electrificadora del Meta S.A E.S.P. allegar el poder general presentado por el abogado Diego Orlando Cano Sánchez en el trámite de insistencia, ya que la petición fue radicada por el representante legal de la sociedad comercial Unión Eléctrica S.A, señor Jesús Efraín Ossa Gómez.

El 24 de abril de 2019 la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. manifiesta que con el recurso de insistencia presentado por el abogado Diego Orlando Cano Sánchez no se adjuntó copia del poder general conferido por la sociedad comercial Unión Eléctrica S.A., es decir, no acreditó la calidad de apoderado de la persona jurídica en mención.

Las personas jurídicas, son personas ficticias, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, que deben ser representadas judicial y extrajudicialmente¹, tanto así, que en el caso de las sociedades comerciales, en los incisos 6° y 12° del artículo 110 del Código de Comercio se estableció como requisito para la constitución de una sociedad comercial que se debe indicar dentro de la escritura pública de constitución el nombre y domicilio de la persona o personas que van representar legalmente la sociedad.

Por su parte, la Corte Constitucional ha precisado que las personas jurídicas "*son titulares de algunos derechos fundamentales, tales como: la igualdad; la inviolabilidad de domicilio, de correspondencia y demás formas de comunicación privada; el derecho de petición; el debido proceso; la libertad de asociación; la inviolabilidad de documentos y papeles privados; el acceso a la administración de justicia; el derecho a la información; el habeas data y el derecho al buen nombre.*"²(Negrillas fuera del texto).

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015 dispone que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante cualquier autoridad, ya sea por motivos de interés general o particular, el cual se puede ejercer sin representación a través de abogado, es decir, por la misma persona natural o en el caso de personas jurídicas, través de su representante legal.

En el asunto bajo examen, la petición fue interpuesta el 12 de marzo de 2019 por Jesús Efraín Ossa Gómez, quien manifiesta ser el representante legal de la sociedad comercial Unión Eléctrica S.A., sin embargo, como se expuso en precedencia, en las documentales remitidas por el peticionado a esta Corporación, no se observa que quien eleva la solicitud haya probado la calidad en la que actuaba dentro del trámite de petición, situación que bien podía ser enmendada por parte de la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P., si se hubiese requerido al solicitante acreditar la calidad en la que comparecía³; contrario a ello, la entidad procedió a dar respuesta negativa a la solicitud alegando reversa, decisión contra la cual, el abogado Diego Orlando Cano Sánchez, quien adujo ser el apoderado general de Unión Eléctrica S.A., interpone recurso de insistencia, sin allegar tampoco el poder conferido por parte del representante legal de la

¹ Artículo 633 del Código Civil.

² Sentencia T- 385 de 2013.

³ Artículo 17. *Peticiones incompletas y desistimiento tácito.* En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

entidad.

No obstante, a las presentes diligencias se arrimó el certificado de existencia y representación de la Unión Eléctrica S.A., expedido por la Cámara de Comercio⁴, en el que se acredita la calidad de gerente general de quien presentó la solicitud, es decir, Jesús Efraín Ossa Gómez; igualmente, se allegó escritura pública 679 del 21 de febrero de 2014, mediante la cual se confiere poder general al doctor Diego Orlando Cano Sánchez⁵, para que represente los intereses de la Unión en toda clase de procesos y en especial, interponer toda clase de recursos contra los actos emitidos por autoridades administrativas, entre otros; situación que permite dar por saneada la falencia formal que se presentó en un principio dentro de la actuación surtida en sede administrativa.

Acotado lo anterior, se tiene que el representante legal de la sociedad Unión Eléctrica S.A, presenta petición ante la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P., que versa sobre la entrega de la copia digital del expediente de la Solicitud Pública de Ofertas No. 092 de 2018, las propuestas que allí se presentaron y la evaluación realizada a cada una de ellas.

Frente a esta solicitud, la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. negó la entrega de las copias solicitadas bajo el argumento que en su reglamento interno de contratación únicamente se establece como documentos públicos el Documento Base de Invitación DBI, las visitas técnicas y las reuniones aclaratorias, por tanto, los documentos solicitados son de carácter privado y reservado. Así mismo, adujo que en virtud de lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012, los datos públicos que se pueden dar a conocer son la razón social de las personas jurídicas o naturales que se hayan presentado al proceso, el NIT y su dirección, razón por la cual, los demás datos requieren de autorización de los proponentes, ya que corresponde a información de carácter privado (f. 6).

Por lo anterior, el apoderado de la sociedad peticionaria presenta recurso de insistencia aduciendo que si bien la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. cuenta con un régimen de contratación especial, esto no la exime de las reglas de la Ley 80 de 1993, pues le son aplicables los principios de la función administrativa y contratación pública, así como los principios de publicidad y transparencia, por lo tanto, expresa que no es de recibo el rechazo de su petición pues su fundamento no está contemplado en el Manual de Contratación de la peticionada, sin que exista claridad en el sustento normativo que lo soporta (f. 7).

⁴ Folio 20-29,

⁵ Folio 30.

Con base en lo expuesto, se observa que la controversia a resolver se contrae en determinar si dado el régimen de contratación que tiene la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. como sociedad de economía mixta, sus documentos, tales como el expediente de la Solicitud Pública No. 092 de 2018, las propuestas presentadas y la evaluación realizada a cada una de estas, son de carácter privado y, por tanto, gozan *per se* de reserva.

En efecto, se tiene que la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. es una sociedad anónima, que tiene como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, clasificada legalmente como una empresa de servicios públicos mixta, de naturaleza y régimen jurídico especial, que se rige bajo las normas de derecho privado⁶.

Por lo tanto, al ser de carácter privado, pese a tener un porcentaje de patrimonio público, conforme lo dispone el artículo 8° de la Ley 143 de 1994⁷, su régimen de contratación, se basa en el régimen interno aprobado por esa entidad, el cual establece los diversos procedimientos que deben regir las contrataciones que requiera la sociedad.

Ahora, revisado el régimen de contratación interno de esa entidad⁸, se advierte lo siguiente:

En su artículo 11° dispone que la Electrificadora del Meta S.A. tiene como modalidades de contratación: **1.** La solicitud privada de una oferta, la cual permite la negociación integral de los términos del contrato con un solo oferente (artículo 12). **2.** La solicitud privada de ofertas, la cual procede cuando la cuantía sea superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y menor o igual doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) (artículo 13) y **3.** La solicitud pública de ofertas, la cual procede

⁶ Fl. 8 al 12.

⁷ ARTÍCULO 8o. Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria.

Salvo disposición legal en contrario, los presupuestos de las entidades públicas del orden territorial serán aprobados por las correspondientes juntas directivas, sin que se requiera la participación de otras autoridades.

PARÁGRAFO. El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁸ <http://www.electrificadoradelmeta.com.co/newweb/wp-content/uploads/2016/08/REGLAMENTO-INTERNO-DE-CONTRATACION-PAGINA-WEB.pdf>

cuando la cuantía de contratación sea superior a doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

En el *sub lite*, la petición de insistencia versa sobre las propuestas allegadas dentro de la solicitud pública de ofertas No. 092 de 2018, solicitud a la cual se opone la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P., arguyendo que es una empresa de servicios públicos domiciliarios y por ende, la información en principio, está reservada a los usuarios y suscriptores del servicio público de energía. De tal suerte que, a su juicio, no es posible que un tercero pueda ejercer el derecho de petición ante una empresa de servicios públicos domiciliarios mediante la obtención de datos, informaciones y documentos que están sujetos a reserva como es el caso de los contratos solicitados, suscritos por EMSA ESP y dar información relacionada con los mismos, que hacen parte del ámbito de la gestión privada de la empresa y de cuyo conocimiento están excluidos dichos terceros.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sede de tutela, ha permitido que los particulares puedan acceder a los documentos de las empresas de servicios públicos, inspirado en razones de bien común o interés general. En sentencia T-693/99, la misma Corporación analiza lo expuesto en sentencias T-617 de 1998 y T-638 de 1998, citadas por el actor para sustentar sus asertos, expuso la Corte:

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

·Siguiendo los parámetros de la sentencia T-01 de 1998, interpretados posteriormente en las sentencias de reiteración T-617 y T-638 de 1998, en donde se debatió asunto similar, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al margen de su calidad pública o privada (artículo 15 de la ley 142 de 1994) prestan un servicio público a los usuarios, suscriptores, terceros y a la ciudadanía en general; servicio público, que es inherente a la finalidad social del Estado (Art. 365 C. P.) y esa sola circunstancia las coloca en una posición dominante frente a éstos, con la consiguiente obligación de proteger el derecho fundamental de petición a pesar de su naturaleza privada.

La excusa de su carácter privado para no acceder a las peticiones formuladas con base en el artículo 23 de la Constitución, no es acertada cuando lo que se discute es la viabilidad de un instrumento de legitimidad democrática, como es el derecho de petición, en un Estado Social de derecho que permanentemente convoca a los ciudadanos a un control efectivo de los actos y actividades que interesan a todos los asociados

Ahora bien, no se entiende cómo las instancias no otorgan la protección tutelar, si todos los documentos solicitados apuntan a la misma finalidad y tienen por objeto, como ya se indicó, develar y aclararle a la sociedad el manejo de los dineros públicos comprometidos en el proceso de capitalización de una empresa prestadora de un servicio público domiciliario y en donde es claro advertir que los intereses son comunes para todos los usuarios (y no usuarios) de tal servicio”.

En torno al tema, el Consejo de Estado ha sostenido de manera similar:

“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.”⁹

De manera más reciente; argumentó la misma Corporación que frente a las empresas de servicios públicos mixtas, tendrán el carácter de documentos públicos aquellos que estén relacionados con el cumplimiento de la prestación del servicio público que le corresponda por ley, al igual que los que sean producto del ejercicio de prerrogativas propias de una entidad pública. Por el contrario, se entenderá como documento privado y por tanto no podrá ser consultado por los ciudadanos, aquellos que sean originados del ejercicio de las funciones que realice la entidad, equiparables a las que realizan los particulares en un mercado donde se necesita que compita en igualdad de condiciones para la eficaz prestación del servicio.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-181 de 2014, expuso:

“... el legislador en cumplimiento de lo dispuesto por la misma norma constitucional –art. 74 CP– fijó taxativamente los casos en los cuales el acceso a la información puede ser restringido excepcionalmente. Así, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011[37], “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, establece que sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

“(i) los protegidos por el secreto comercial o industrial; (ii) los relacionados con la defensa o seguridad nacionales; (iii) los amparados por el secreto profesional; (iv) los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en

⁹ Concepto Sala de Consulta del Consejo de Estado No. 1260 del 24 de febrero de 2000, C.P. Cesar Hoyos Salazar.

los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información; (v) los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación.”

4.3.2.2. Empero, sin perjuicio de tales excepciones legales y, con el ánimo de mantener el control sobre las actuaciones de las entidades públicas y particulares que desempeñan funciones públicas, esa misma ley en el artículo 27 señaló que no es oponible la reserva a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. En todo caso, dispuso la misma norma, corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que llegaren a conocer.

4.3.3. Por otra parte, cuando se trate de documentos de carácter privado, contrario a lo dispuesto para el acceso a los documentos públicos, la regla general es la reserva, en tanto la ley no disponga excepcionalmente su exhibición o la expedición de copias. En ese sentido, el artículo 15 de la Carta Política, en el inciso 4° establece 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.”

4.3.4. De acuerdo con lo anterior, dependiendo de la naturaleza pública o privada del documento, será aplicada la normatividad correspondiente para determinar si por regla general está permitido el acceso, o si por el contrario, la reserva del mismo prevalece, salvo en las excepciones establecidas por la ley.

4.3.5. En ese orden de ideas, en el caso de las empresas de servicios públicos mixtas, que sean entidades públicas, pero sometidas a las reglas del derecho privado para la realización de su objeto social, es evidente que dependiendo de la función que cumplan como entidad pública o como particular, pueden existir dentro de sus documentos algunos que tengan carácter público, mientras que otros pueden ser totalmente privados.

4.3.6. Tendrán el carácter de documentos públicos aquellos que estén relacionados con el cumplimiento de la prestación del servicio público que le corresponda por ley, al igual que los que sean producto del ejercicio de prerrogativas propias de una entidad pública. Respecto de estos documentos el ciudadano tendrá la posibilidad de acceder a ellos en cuanto son de público conocimiento, salvo que exista una reserva expresa consagrada en una norma legal.

4.3.7. Ahora bien, se entenderá como documento privado y por tanto no podrá ser consultado por los ciudadanos, excepto que sea para la satisfacción de los fines consagrados en la Constitución o en la ley, aquellos que sean originados del ejercicio de las funciones que realice la entidad, equiparables a las que realizan los particulares en un mercado donde se necesita que compita en igualdad de condiciones para la eficaz prestación del servicio.

4.3.8. De lo anterior, colige la Sala que la determinación del régimen jurídico de la reserva de los documentos de las empresas de servicios públicos mixtas, depende directamente de la naturaleza pública o privada del documento, por cuanto partiendo de ello se puede definir cuál de las dos regulaciones constitucionales y legales mencionadas resulta aplicable para precisar si es posible o no el acceso” (Destacado fuera de texto).

En el asunto analizado, la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos mixta¹⁰, que comprende un régimen jurídico y una naturaleza jurídica especial, sometidas a las reglas del derecho privado para la realización de su objeto social, que producen documentos de carácter público, cuando operan en cumplimiento de las prerrogativas propias de las entidades públicas; y documentos de carácter privado, cuando son producidos con ocasión al ejercicio de las funciones que realiza la entidad en las mismas condiciones que los particulares que intervienen en el mercado.

De ahí que resulte necesario en primer lugar determinar la naturaleza de los documentos solicitados, es decir, si son públicos o privados, para luego entrar a establecer si gozan o no de reserva legal.

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dispone que las entidades que se encuentren exceptas del Estatuto General de Contratación, también deben acoger los principios de función administrativa y gestión fiscal, así expuso:

“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*

Al respecto, se tiene que lo solicitado en este caso por parte de la sociedad peticionaria son *“las propuestas presentadas y la evaluación realizada dentro de la Solicitud Pública de Ofertas N° 092-2018”* (Cfr. Folio 5).

En aras de determinar en qué etapa de la contratación se encontraba la Solicitud Pública de Ofertas en alusión, el despacho ponente solicitó a la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P., informara su estado actual, frente a lo cual, la empresa precisó que el proceso de contratación fue adjudicado a la firma SYPELC (f. 41).

En este orden de ideas, en la medida que la solicitud de documentación recae sobre el proceso contractual adelantado por la Electrificadora del Meta, bajo la modalidad de Solicitud Pública de Ofertas, cuyo objeto es la *“ejecución del plan de disminución de pérdidas de energía eléctrica y atención de solicitudes de clientes*

¹⁰ Tomado de la página www.electrificadoradelmeta.com.co.

de la *Electrificadora del Meta S.A. E.S.P.*" (Cfr. Folio 1), a juicio de la Sala, la sociedad comercial Grupo Unión S.A., tenía la posibilidad de acceder a la documentación requerida, salvo expresa reserva consagrada en la ley, en la medida que la misma está relacionada con el cumplimiento de la prestación del servicio público de energía eléctrica.

Huelga precisar que frente a las propuestas en materia de contratación estatal, las mismas dejan de ser reservadas, una vez se da el cierre de la licitación. Al respecto, la Corte Constitucional¹¹ ha precisado:

"Ahora bien, el precepto legal no establece el momento a partir del cual las autoridades pueden expedir copias de las propuestas presentadas, esto es, no determina cuando las personas que demuestren interés legítimo pueden solicitar copias de las propuestas presentadas por los oferentes, no obstante encuentra esta Sala que este interrogante puede ser respondido acudiendo a argumentos lógicos y conciliando los intereses de los oferentes con el principio de transparencia.

En efecto, como regla general mientras no se haya cerrado la licitación[17] los oferentes pueden retirar, adicionar, completar, sustituir o modificar sus propuestas, razón por la cual en aras de preservar sus derechos y en definitiva garantizar la transparencia del proceso de contratación durante esta fase las ofertas serán reservadas. No obstante, una vez se produzca el cierre de la licitación y tenga lugar la apertura de las ofertas[18], éstas se tornan públicas y sólo subsiste la reserva relacionada con las patentes, procedimientos y privilegios, contemplada por el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En definitiva, las propuestas serán reservadas mientras no haya tenido lugar el cierre de la licitación, con posterioridad al cierre sólo subsistirán las reservas previstas por el numeral 4º del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[19]."

Postura que a juicio de la Sala, resulta plenamente aplicable en el asunto analizado, pues pese a que el peticionado es una empresa de servicios públicos mixta regida para la realización de su objeto social por las normas del derecho privado, la documentación solicitada no se da en el marco de un contrato de condiciones uniformes propio de la empresa prestadora del servicio público y los usuarios o suscriptores; por el contrario, la información está relacionada con el proceso de contratación adelantado por la empresa con el propósito de cumplir con su objeto social, a saber, la prestación del servicio público de energía eléctrica, el cual, como se mencionó en precedencia, finalizó con la adjudicación a la firma SYPELC. Tampoco se trata de un tercero sin interés para actuar, por el contrario, se observa que la Unión Eléctrica fue uno (1) de los ocho (8) proponentes dentro

¹¹ T-1029 de 2005.

del proceso de contratación (cfr. Folio 1), por lo que le asistiría un interés para obtener la información.

Ahora, expresa la Electrificadora del Meta, que sus actos jurídicos y documentos se encuentran amparados por la reserva de que trata el artículo 61 del C. de Co.

La norma aludida expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 61. EXCEPCIONES AL DERECHO DE RESERVA. Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas.”

La referida disposición señala dos supuestos en los cuales es posible levantar la reserva que por regla general se mantiene sobre documentos que se entienden son de carácter privado. La primera de las excepciones al derecho de reserva, es cuando los libros y papeles sean requeridos *para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente*, mientras que la segunda, se presenta cuando tales documentos sean solicitados para el cumplimiento de las funciones de *vigilancia y auditoría*.

Supuestos que no se cumplen en este caso, en la medida que no se está requiriendo libros y/o papeles del comerciante, por el contrario el insistente solicitó que se pongan a su disposición copia digital del expediente, las propuestas presentas y la evaluación realizada dentro de la Solicitud Pública de Ofertas No. 092-2018, que en nada se asimila al proceso contabilidad interno que maneja la Empresa de Servicios Públicos, por tanto, no es de recibo dicho argumento para efectos de negar la entrega de los documentos requeridos.

Adicionalmente, el argumento de la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. relativo a que conforme a su reglamento contratación interno solo se tiene como públicos el Documento Base de Invitación-DBI, visitas técnicas y reuniones aclaratorias, pero los demás documentos y actos del proceso de contratación son de carácter privado; no corresponde a la realidad jurídica que reposa en el mencionado reglamento, pues en aras de establecer si existía alguna restricción que se haya previsto por parte de la Electrificadora, no se advirtió que en dicho documento se plasmen cuáles documentos son de carácter reservado ni a cuáles tendrían acceso los ciudadanos y/o interesados.

Así las cosas, considera la Sala viable que el peticionario, en este caso, Grupo Unión S.A., acceda a la información solicitada, consistente en las propuestas presentadas en el marco de la solicitud pública de ofertas N° 092-2018. No obstante, como quiera que la información requerida, puede contener información confidencial no sólo de la empresa sino de terceros a la cual no puede tener acceso cualquier persona, por hacer parte del ámbito de la gestión privada de la empresa y de cuyo conocimiento están excluidos dichos terceros, es menester declarar mal denegada la petición, pero solo de manera parcial.

En efecto, revisada la documentación solicitada, se observa que efectivamente cada una de las propuestas contienen información de carácter reservado, tales como hojas de vida de las personas que iban a ejecutar las propuestas presentadas, certificaciones laborales o contractuales, facturas, copias de documentos de identidad, entre otras, que conforme lo dispuesto en Constitución y la Ley son de carácter reservado.

Sobre este aspecto, el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 dispone:

“Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.**
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
- 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.**
6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.
7. Los amparados por el secreto profesional.
8. Los datos genéticos humanos.

PARÁGRAFO. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.” (Negritas fuera del texto).

Sin embargo, considera la Sala que la información aludida deja de ser reservada pues al momento de presentarse las propuestas consintieron implícitamente en que estos datos fueran conocidos por terceros y el contrato como se expuso, ya fue adjudicado, de tal manera que tanto las ofertas como los documentos que las mismas contienen, se tornan públicas; lo contrario, afectaría la transparencia y publicidad del proceso contractual.

En consecuencia, se ordenará a la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P. que entregue todos los documentos solicitados por el representante legal de la sociedad comercial Unión Eléctrica S.A, **excepto** los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas naturales y jurídicas que se relacionan en cada una de las propuestas presentadas, específicamente los documentos sensibles¹² que puedan contener las hojas de vida y anexos relacionadas en las propuestas presentadas, como historias médicas, entre otros, como lo dispone la Ley 1581 de 2012.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta del Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR MAL DENEGADA, pero solo de manera parcial, la petición de copias presentada por señor Jesús Efraín Ossa Gómez, en calidad de representante legal de Unión Eléctrica S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P., entregue de manera inmediata a la Unión Eléctrica S.A. todos los documentos solicitados en la petición radicada el 12 de marzo de 2019, excepto los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas naturales y jurídicas que se relacionan en cada una de las propuestas presentadas, específicamente los documentos sensibles que puedan contener las hojas de vida y anexos relacionadas en las propuestas presentadas, como historias médicas, entre otros, como lo dispone la Ley 1581 de 2012.

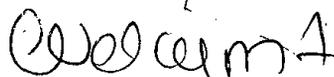
¹² Ley 1581 de 2012, ARTÍCULO 5o. DATOS SENSIBLES. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

TERCERO: Ordenar que esta decisión se notifique de manera personal o por el medio más expedito al interesado y a la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P.

CUARTO: En firme esta providencia archívese la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Estudiado y aprobado en Sala de Decisión N° 5 de la fecha, mediante Acta No 34



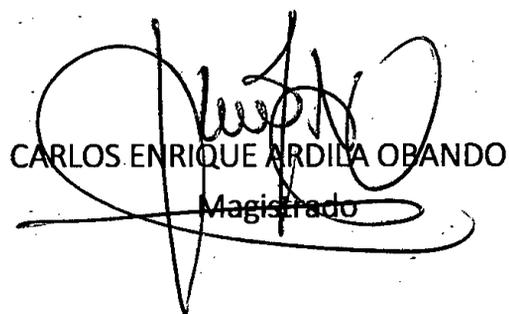
NELCY VARGAS TOVAR

Magistrada.



CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Magistrado