

INTRODUCCIÓN

Comúnmente se tienen preguntas acerca del alcance que tienen los diferentes grupos de interés relacionados con los servicios públicos y comunicaciones para solicitar información referente a estados financieros, actas de juntas directivas y otros asuntos relacionados con las actividades empresariales.

DESARROLLO

Es conveniente recordar que este asunto ya ha sido analizado en diversas ocasiones por las entidades de Vigilancia y Control¹, especialmente por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios², quien ha emitido diferentes conceptos que le son aplicables no solamente a las empresas de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible, sino también a las empresas prestadoras de los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Lo anterior, incluso después de la expedición de la Ley 1341 de 2009, teniendo en cuenta que bajo esta norma continúan rigiéndose por los principios establecidos por el legislador en la Ley 142 de 1994, mediante la cual transformó el régimen de prestación de los SSPPD en Colombia, migrándolos de un esquema de derecho público y de monopolio a un escenario de derecho privado y de libre y leal competencia, lo cual se ratifica en los artículos 55 y 2 numeral 2 de la Ley 1341 de 2009, que replican en su orden los principios consagrados en los artículos 10 y 33 de la Ley 142 de 1994³. Igualmente, es menester recordar que sobre este tema existen además pronunciamientos de las Altas Cortes con su correspondiente doctrina.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 15 de la ley 142 de 1994, pueden prestar servicios públicos, entre otras personas, las empresas de servicios públicos. Por su lado, el artículo 19 de la ley 142 de 1994 regula lo relativo al régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y de manera particular el numeral 19.15 establece: "*En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas*".

En concordancia con lo anterior, los artículos 61 a 67 del Código de Comercio, regulan de manera especial lo relativo a la reserva y exhibición de libros de comercio, los cuales no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o quienes estén autorizadas para ello, para los fines indicados en la Constitución, y mediante orden de autoridad competente. El artículo 63, del citado Código dispone que los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público,

¹ Recordemos que para los servicios públicos domiciliarios la entidad de vigilancia y control es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) y para las empresas de comunicaciones es la Superintendencia de Industria y Comercio (la ley 1341 de 2009 dispuso que el servicio de telefonía pública básica conmutada, local extendida y larga distancia ya no son servicios públicos domiciliarios)

²

³ Conceptos SSPD OJ 2006 384, SSPD OJ 2006 466, SSPD OJ 2006 688, SSPD OJ 2007 225, SSPD OJ 2008 641 y SSPD OJ 2009 473

pueden ordenar de oficio, la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los eventos allí señalados.

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

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

En ese contexto, el alcance, tanto del derecho de petición de información en interés general o particular, o las labores correspondientes a funciones de control político cuando así sea aplicable, especialmente para entidades oficiales de cualquier orden, deben interpretarse a la luz de la facultad legal de las sociedades prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de comunicaciones, en el sentido de invocar, tanto la reserva documental de ciertos actos y documentos relacionados con el negocio como el secreto empresarial o comercial.

Lo anterior bajo el marco jurisprudencial fijado por la H Corte Constitucional en las Sentencias T 001 del 16 de enero de 1998, T 381 de 1993, entre otras, y lo preceptuado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado bajo la Radicación 1260 del 24 de febrero de 2000.

De conformidad con las anteriores referencias administrativas y jurisprudenciales resulta importante resaltar:

- a) En principio, todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos establecidos en la ley, por prescripción del artículo 74 de la Constitución Política.
- b) Los operadores de servicios públicos domiciliarios y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TIC, cualquiera sea su naturaleza (pública o privada) se rigen por las normas del derecho privado, de acuerdo las leyes 142 de 1994 y 1341 de 2009.
- c) Los servicios públicos domiciliarios y los de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC deben ser prestados bajo el principio de libre y leal competencia, según lo previsto en las leyes 142 de 1994 y 1341 de 2009.

Por lo tanto, las bases sobre las cuales debe girar la actuación en la materia de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC- son dos:

- ✓ **Imperio del derecho privado**, dentro del cual se encuentran las normas sobre reserva de los libros y papeles del comerciante, consagrada en los artículos 61 y siguientes del Código de Comercio, y
- ✓ **Garantía de libre y leal competencia**, por lo que deberán abstenerse de realizar actos contrarios a este principio, tales como los vinculados al abuso de la posición de dominio y a las prácticas restrictivas del comercio (Decreto 2153 de 1992); los constitutivos de competencia desleal (Ley 256 de 1996); o los que atentan contra la no divulgación de la información reservada (Decisión CAN 486 de 2000, artículos 260 a 266), entre otros.

De acuerdo con Sentencia del Consejo de Estado⁴ el denominado "libro de actas" que deben llevar los entes económicos de conformidad con los artículos 195, 431 y 207 - 4 del Código de Comercio entre otros, constituye una especie del género "libros de comercio", sin que pueda entenderse, que pertenece a los libros de contabilidad, los cuales también son otra especie de los libros de comercio. En efecto, dentro de los libros de comercio se encuentran los libros de contabilidad, en el entendido de que son una especie de los primeros, pues si bien todos los libros de contabilidad son de comercio, no todos los libros de comercio son de contabilidad. Son libros de comercio, que no de contabilidad, el de Actas de Asamblea o Junta de Socios (arts. 189, 195 y 431 del C. de Cio.) el registro de acciones (arts. 195 y 406 del C. de Cio.), el libro de registro de socios en la limitada (art. 361 del C. de Cio.), el libro de navegación o bitácora; el libro de campana u órdenes a las máquinas (art. 1501 núm. 17 del C. de Cio.)

De conformidad con lo anterior y siguiendo lo expresado por la Superintendencia de SSPD en los conceptos aludidos:

"...Siendo los libros de actas de junta directiva y asamblea de accionistas, los comprobantes que sirven de respaldo a las partidas asentadas en los libros y la parte de la correspondencia que se refiera directamente con el negocio, son documentos que hacen parte de "los libros y papeles del comerciante", y por tanto están protegidos por la reserva, con las excepciones previstas por la ley"⁵

Ahora bien las excepciones aludidas efectivamente están previstas en la norma legal, específicamente en el artículo 63 del Código de Comercio, el cual expresa:

"ARTÍCULO 63. EXHIBICIÓN O EXAMEN DE LIBROS DE COMERCIO ORDENADO DE OFICIO. Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:

4 Sentencia 73001-23-31-000-15678-01(9069) de Sección 4ª proferida el 10 de Septiembre de 1998 (Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán,

5 Concepto SSPD-OJ-2006-384 de julio 21 de 2006

- 1) Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones;
- 2) Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común;
- 3) En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y
- 4) En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Deberá tenerse presente que el citado artículo, por tratarse de una norma de excepción debe tener interpretación restrictiva, sin que le sea dable al operador jurídico extender sus supuestos o sus efectos a situaciones distintas a las expresamente previstas.

Resulta entonces evidente, tal como lo reitera la referida Superintendencia en su Concepto SSPD OJ 2009 473 que:

“... el Código de Comercio en los artículos 61 y siguientes regula de manera especial la reserva y exhibición de libros de comercio, esto es, de todos los documentos que hacen parte de los denominados legalmente “los libros y papeles del comerciante”, los cuales no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o quienes estén autorizadas para ello, para los fines indicados en la Constitución y mediante orden de autoridad competente.”

Debe considerarse que dentro de los “papeles del comerciante” se encuentran, los planes y líneas de la estrategia, los que constituyen parte del *know How* de la empresas de servicios públicos y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC-, entendiendo éste, como la serie de conocimientos o experiencias acumulados por ellas, que tienen valor económico y se encuentran protegidos por la reserva legal de los *Secretos Empresariales*, concepto que se refiere a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios⁶.

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

La Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones protege dicho *Secreto Empresarial* cuando no sea conocido en general ni sea fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate, tal como se presenta en las estrategias determinadas por los órganos de dirección y administración de las sociedades; en tal sentido se ha

⁶ Artículo 260 de la Decisión 486 de 2000 o Régimen de Propiedad Industrial en la Comunidad Andina de Naciones.

pronunciado la Superintendencia de Industria y Comercio en concepto con Radicación 02068227 del 6 de septiembre de 2002, donde define y determina las características del secreto empresarial.

Como parte de esa protección la normatividad de la Comunidad Andina de Naciones, que por su carácter supranacional prevalece sobre el derecho interno de cada País Miembro, en la Decisión 486 de 2000, artículo 265, impone el deber de no divulgación a los órganos o personas que tienen bajo su control la información reservada:

“Artículo 265.- Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.” (Subraya fuera de texto)

También en el campo internacional, los compromisos adquiridos por Colombia mediante la suscripción de diversos tratados, imponen al empresario el deber de reserva y a los terceros la obligación de respetarla, con las excepciones que permiten su levantamiento; así por ejemplo, en el artículo 39 del Anexo C [ADPIC por su sigla en español] del Tratado de Creación de la Organización Mundial del Comercio, al que adhirió Colombia mediante la Ley 170 de 1994, se establece:

Sección 7: Protección de la información no divulgada

Artículo 39

... 2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos (A los efectos de la presente disposición, la expresión “de manera contraria a los usos comerciales honestos” significará por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas), en la medida en que dicha información:

- a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y*
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla....”*

Finalmente es preciso advertir que a nivel nacional e internacional la protección de la información reservada, no solo se da en el ámbito de los asuntos mercantiles, dentro de los que se inscriben los Secretos Empresariales, sino en el campo laboral y en la esfera del derecho penal. En nuestro país, el trabajador tiene la obligación de guardar la reserva sobre la información confidencial que genere o a la que tenga acceso, y cuando revele secretos técnicos o comerciales o de a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio para la empresa, está sometido a sanciones y a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador⁷. De igual modo, en el derecho penal se encuentra tipificada como delito la “violación de la reserva industrial o comercial” (Artículo 308 del Código Penal).

Finalmente, es importante resaltar que la Ley 1437 de 2011 (que entra a regir en julio del 2012): “*Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, en el capítulo específico del derecho de petición recoge en su artículo 24 algo que venía establecido en el Código actual, que la única razón para negar las copias es que el documento tenga reserva por la Constitución o por la ley, pero hace un listado de los documentos que se entienden reservados, estableciendo en el mismo algunos documentos de carácter público, además de una serie de documentos reservados privados, en los siguientes términos: “*Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial: 1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial. 2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales. 3. Los amparados por el secreto profesional. 4. 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, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información. 5. 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*”.

CONCLUSIÓN

En conclusión, de conformidad con la legislación vigente las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de Tecnologías de la Información y Comunicaciones –TIC- están protegidas en cuanto a su actividad empresarial, sin importar su naturaleza jurídica, por las normas relativas a la reserva documental, en lo que se refiere a libros y papeles de comercio, dentro de los cuales se incluye la información estratégica contenida en las actas de Junta Directiva, cuya confidencialidad está protegida por las normas de los secretos empresariales de que tratan la Decisión de la Comunidad Andina de Naciones 486 de 2000, el derecho laboral, el derecho penal y los tratados internacionales sobre comercio suscritos por Colombia.

⁷ Artículo 62 No. 8 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el Concepto 3636 de Junio 21 de 2006 del Ministerio de protección Social