

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / RECURSO DE INSISTENCIA / RESERVA LEGAL DE DOCUMENTO / EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS PÚBLICOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema

[¿Incurrió la autoridad judicial accionada en un defecto sustantivo al proferir la providencia de 5 de agosto de 2022, que decidió el recurso de insistencia formulado por el señor [J.L.P.B.], en el sentido de ordenarle a la empresa el suministro de la información solicitada?]

Síntesis

[E]s importante recordar el objeto de la petición del señor [P.R.], [ante la empresa AMB S.A. ESP], en la que solicitó (...) el listado (...) de los predios que estén priorizados para ser comprados, que estén catalogados como áreas estratégicas para la protección y conservación de las zonas de recarga hídrica. (...) La tutelante argumentó que la información [requerida] no es de interés general porque (i) la compra de los predios se da por voluntad de la empresa atendiendo los planes estratégicos, (ii) hace parte del ejercicio de la actividad comercial de la empresa y (iii) se asumió que lo pedido se va a emplear en actividad de control social sin que el ciudadano acreditara credencial o experiencia en dicha gestión. (...) [E]l Juzgado aduce que se justifica la divulgación de la información de los predios priorizados en razón del interés general que busca salvaguardar, en tanto le permitiría a la ciudadanía ejercer control social sobre la protección y conservación del recurso hídrico y la correcta inversión de los recursos públicos. (...) No obstante, (...) esta Sala considera que se incurrió en defecto sustantivo porque el Juzgado accionado dio por cierto el riesgo de contaminación o peligro a la salud humana, así como la afectación del interés general alegado para obtener dicha información, sin que el ciudadano aportara prueba alguna o acreditara experiencia en dicha gestión. (...) En suma, el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga incurrió en defecto sustantivo al proferir el auto del 5 de agosto de 2022, en tanto su interpretación contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica porque (i) otorgó a la información solicitada el carácter de público conforme a la Ley 1712 de 2014, tras confundir los diversos Planes públicos con la información que los fundamenta y encontró que no se cumplieron los presupuestos del artículo 18 ibídem, a pesar de que existen riesgos de afectación de la libre competencia y, (ii) dio por cierto el riesgo de contaminación o peligro a la salud humana, así como la afectación del interés general alegado para obtener acceso a la información, por lo que no acreditó los supuestos de hecho del artículo 74 de la Ley 99 de 1993 ni del artículo 16 de la Ley 23 de 1973, pero sí aplicó sus consecuencias jurídicas.

FUENTE FORMAL: LEY 1712 DE 2014 / LEY 1712 DE 2014 - ARTÍCULO 18 / LEY 99 DE 1993 - ARTÍCULO 74 / LEY 23 DE 1973 - ARTÍCULO 16

Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 68001-23-33-000-2022-00507-01

Accionante: Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. ESP

Accionado: Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga

Asunto: Acción de tutela – Sentencia de segunda instancia

Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. **Subtema 1:** Recurso de insistencia. **Subtema 2:** Reserva de documentos de empresas de servicios públicos mixtas. **Subtema 3:** Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela. **Subtema 4:** Requisitos específicos de procedencia – defecto sustantivo. **Decisión:** Confirma el fallo de primera instancia de conceder el amparo constitucional.

La Sala decide la impugnación presentada por José Luis Pérez Bermeo en contra del fallo proferido el 6 de septiembre de 2022 por el Tribunal Administrativo de Santander, que amparó el derecho al debido proceso de la empresa de Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A., dejó sin efectos la providencia del 5 de agosto de 2022 del Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga y declaró bien negada la solicitud de información.

I. ANTECEDENTES

1.- De la tutela

La empresa de Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. (en adelante “AMB S.A. ESP”), en nombre propio, presentó acción de tutela¹ en procura de la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la defensa, que estima vulnerados por el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga al proferir la providencia del 5 de agosto de 2022 que decidió el recurso de insistencia formulado por el señor José Luis Pérez Bermeo, en el sentido de ordenarle a la empresa el suministro de la información solicitada.

2.- Hechos

2.1.- El 24 de mayo de 2022 el señor José Luis Pérez Bermeo presentó petición² ante la empresa AMB S.A. ESP en la que solicitó *“la base de datos que contenga el listado de los predios adquiridos y de igual forma, los predios que estén priorizados para ser comprados; que estén catalogados como áreas estratégicas para la protección y conservación de las zonas de recarga hídrica”*³.

¹ Obra en Samai, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado C854EDAADF5A75EF E29DE858B512E4F3 AA9B19BB83A71C8A B0E4799C6D66ED85.

² Obra en Samai, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado C6AC1974A905DD0E D6E3C405AB0FF7C9 A86B358A702B6B4F 815A8890EB17ABD9, pág. 5 a 11.

³ Obra en Samai, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado C6AC1974A905DD0E D6E3C405AB0FF7C9 A86B358A702B6B4F 815A8890EB17ABD9, pág. 5.

2.2.- En comunicación del 15 de junio de 2022⁴ el AMB S.A. ESP se negó a suministrar la pretendida información, con fundamento en que tiene el carácter de reservada por hacer parte de los Planes Estratégicos de la empresa, conforme al numeral 6 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. Explicó que la información no corresponde con la relación acueducto–usuario y a ninguno de los eventos del artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

2.3.- Ante la negativa, el 29 de junio de 2022 el señor Pérez Bermeo interpuso recurso de insistencia⁵, en el que solicitó que se remitiera el tema a los Juzgados Administrativos de Bucaramanga para que resolvieran sobre la reserva invocada.

2.4.- En respuesta del 12 de julio de 2022⁶ el AMB S.A. ESP negó nuevamente la solicitud de información con fundamento en lo siguiente: (i) la información no es pública, según el artículo 61 del Código de Comercio que establece la reserva de libros y papeles del comerciante y (ii) la información no tiene relación directa con la prestación del servicio público ni con la relación empresa-usuario, por lo que el recurso no le es aplicable.

2.5.- Con ocasión de la reiterada negativa, el señor Pérez Bermeo radicó el recurso de insistencia ante los Jueces Administrativos de Bucaramanga, conforme al artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, y se le asignó el radicado núm. 68001-3333-013-2022-00106-00.

2.6.- El recurso se repartió al Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga y fue resuelto mediante providencia del 5 de agosto de 2022⁷, así: (i) declaró mal rechazada la solicitud de información del señor José Luis Pérez Bermeo, (ii) ordenó al AMB S.A. ESP que suministrara la información solicitada y (iii) exhortó a la empresa para que capacitara a sus funcionarios sobre el recurso de insistencia y sobre el deber de motivación de las solicitudes de información y la obligación de remitir el recurso a los jueces administrativos cuando se mantenga la reserva.

El Juzgado explicó que el AMB S.A. ESP debió remitir el recurso de insistencia en tanto se trata de una empresa de servicios públicos de capital mixto, con más del 90% de

⁴ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado C6AC1974A905DD0E D6E3C405AB0FF7C9 A86B358A702B6B4F 815A8890EB17ABD9, pág. 1 a 2.

⁵ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado C6AC1974A905DD0E D6E3C405AB0FF7C9 A86B358A702B6B4F 815A8890EB17ABD9, pág. 17 a 18.

⁶ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado C6AC1974A905DD0E D6E3C405AB0FF7C9 A86B358A702B6B4F 815A8890EB17ABD9, pág. 15 a 16.

⁷ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado 5DD1697DA2EAF5A1 D578B051029BEB3B B5BB7DF4C43FF6B3 7E796AA27F6CE263.

participación del Estado, por lo que se considera una entidad que negó la solicitud de información con fundamento en una reserva constitucional o legal. Aclaró que el artículo 33 del CPACA no es aplicable, ni tampoco se puede circunscribir el trámite del recurso a la relación empresa-usuario, debido a que esa norma se refiere al derecho de petición de los usuarios de instituciones privadas que prestan servicios públicos.

El Juzgado concluyó que la respuesta del AMB S.A. ESP no satisface las cargas argumentativas y probatorias que exige el ordenamiento jurídico para restringir el acceso a la información que se encuentra en su poder y desconoce el carácter público de la información solicitada. Adujo que la empresa no explicó las razones por las cuales la información de los predios adquiridos o priorizados para compra se encuadra dentro de la categoría jurídica de “planes estratégicos” y “libros de comerciantes”, ni por qué su divulgación ubica a la entidad en desventaja competitiva frente a otras empresas.

Sobre la naturaleza de la información, sostuvo que no está sometida a reserva, pues su divulgación no afecta los planes estratégicos de la entidad, en tanto se trata de información de interés general necesaria para el control social sobre proyectos con incidencia ambiental, por lo que debe considerarse pública y ser entregada a cualquier persona que la requiera sin condicionamiento alguno. Explicó que conforme a la sentencia C-951 de 2014, una cosa son los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos y otra los planes de inversión o proyectos específicos que son de acceso público. Adujo que no se puede concluir que tales proyecciones por sí solas constituyan estrategias para crear ventajas competitivas frente a otras empresas y que su divulgación pueda causar perjuicios para la entidad.

Manifestó que frente a las empresas de servicios públicos existe una extensa y sólida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que reconoce el derecho de los ciudadanos “no usuarios” a acceder a los documentos e información pública que se encuentren en custodia de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando quiera que la petición esté motivada en razones de bien común o interés general. Arguyó que el acceso a la información de los predios y propiedades de la entidad se equipara al requerimiento de un estudio de impacto ambiental.

3.- Fundamentos del amparo

3.1.- La empresa tutelante adujo que la autoridad judicial incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación de las normas que se enuncian a continuación: artículos 74⁸ y 111⁹ de la Ley 99 de 1993¹⁰; artículos 2¹¹, 3¹², 5¹³, 9¹⁴ y 11¹⁵ de la Ley 1712 de 2014¹⁶; artículos 24¹⁷, 25¹⁸, 26¹⁹ y 33²⁰ de la Ley 1437 de 2011 (en adelante “CPACA”); artículo

⁸ “ARTÍCULO 74. Del Derecho de Petición de Informaciones. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Dicha petición debe ser respondida en 10 días hábiles. Además, toda persona podrá invocar su derecho a ser informada sobre el monto y utilización de los recursos financieros, que están destinados a la preservación del medio ambiente”.

⁹ “ARTÍCULO 111. Adquisición de áreas de interés para acueductos municipales. Declárense de interés público las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y distritales. Los departamentos y municipios dedicarán durante quince años un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos, de tal forma que antes de concluido tal período, haya adquirido dichas zonas.

La administración de estas zonas corresponderá al respectivo distrito o municipio en forma conjunta con la respectiva Corporación Autónoma Regional y con la opcional participación de la sociedad civil.

PARÁGRAFO. Los proyectos de construcción de distritos de riego deberán dedicar un porcentaje no inferior al 3% del valor de la obra a la adquisición de áreas estratégicas para la conservación de los recursos hídricos que los surten de agua”.

¹⁰ “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ “ARTÍCULO 2. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”.

¹² “ARTÍCULO 3. Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública. (...)”.

¹³ “ARTÍCULO 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital. (...)

c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público; (...)”.

¹⁴ “ARTÍCULO 9. Información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan: (...) e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. (...)”

PARÁGRAFO 1. La información a que se refiere este artículo deberá publicarse de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad (...)

¹⁵ “ARTÍCULO 11. Información mínima obligatoria respecto a servicios, procedimientos y funcionamiento del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva:

a) Detalles pertinentes sobre todo servicio que brinde directamente al público, incluyendo normas, formularios y protocolos de atención; (...)

¹⁶ “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.

¹⁷ “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: (...) 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos”.

¹⁸ “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”.

¹⁹ “ARTÍCULO 26. INSISTENCIA DEL SOLICITANTE EN CASO DE RESERVA. Si la persona interesada insiste 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:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.

2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

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”.

²⁰ “ARTÍCULO 33. DERECHO DE PETICIÓN DE LOS USUARIOS ANTE INSTITUCIONES PRIVADAS. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores”.

61²¹ del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 17²² y 31²³ de la Ley 142 de 1994 y el artículo 74²⁴ de la Constitución Política.

3.2.- La empresa accionante adujo que se desconoció su régimen y naturaleza, pues por ser de carácter mixto y estructurada bajo el esquema de sociedad por acciones, está regulada por el derecho privado. En esa medida, sostuvo que se omitió la sentencia C-736 de 2007 sobre la naturaleza de la ESP y se interpretó y aplicó de forma indebida el artículo 33 del CPACA, pues no se refiere a instituciones privadas, sino a empresas de servicios públicos que se rigen por el derecho privado, por lo que solo está obligada a responder las peticiones que versen sobre sus relaciones con los usuarios del servicio.

3.3.- Manifestó que no se le corrió traslado del recurso de insistencia, por lo que no tuvo la oportunidad de explicar al Despacho las razones por las cuales el procedimiento del artículo 26 del CPACA no era aplicable a la petición del señor Pérez Bermeo, ni por qué la información requerida no podía considerarse como pública. En ese sentido, explicó que la autoridad accionada pretende modificar la naturaleza y carácter de un documento netamente privado, como lo son los bienes de propiedad de una sociedad anónima regida por el derecho privado, y convertirlos en documentos públicos, desconociendo su carácter reservado.

²¹ "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".

²² "ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

PARÁGRAFO 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir <sic> reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas".

²³ "ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

²⁴ "ARTÍCULO 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable".

3.4.- Puso de presente que la proyección de expansión y análisis de compra de predios en zonas estratégicas de recarga hídrica constituyen un insumo valioso y fundamental para toda empresa dedicada a actividades del servicio público de acueducto, ya que por medio de dichos predios garantizan la salvaguarda de su materia prima. Manifestó que de llegarse a conocer la información se podría generar que terceros o el propio petionario buscara adquirir los predios, con miras a evitar el desarrollo de los planes estratégicos de la empresa, o inflar el valor de los predios, impidiendo su futura compra, o haciéndola más onerosa.

3.5.- Expuso que el plan de manejo ambiental hace parte de los documentos para la expedición de una licencia ambiental y de un expediente de una entidad pública, por lo que sí es un documento público; contrario a la información de los bienes de una empresa que rige su funcionamiento por el régimen privado. Por ende, aclaró que la solicitud de información no es equiparable a un plan de manejo ambiental.

3.6.- Argumentó que la información tampoco es de interés general por tres razones: (i) la compra de los predios se hace por voluntad de la empresa atendiendo los planes estratégicos, (ii) es parte del ejercicio de la actividad comercial de la empresa y (iii) se asumió que lo pedido se va a emplear en actividad de control social sin que el ciudadano acreditara credencial o experiencia en dicha gestión.

3.7.- Enfatizó que la información solicitada es privada, con acceso reservado, y no se enmarca dentro de los supuestos para tener acceso, en tanto el petionario no es una autoridad competente, no requirió la información con miras al cumplimiento de funciones de vigilancia o auditoría y la presunta labor de control social para la protección y conservación del recurso hídrico no se constituye en causal para el levantamiento del velo de reserva de la que gozan los libros y papeles del comerciante.

3.8.- Por último, trajo a colación la sentencia T-181 de 2014²⁵, en la cual la Corte Constitucional hizo una diferenciación entre el acceso a documentos públicos y privados²⁶.

4.- Pretensiones

²⁵ Se analiza una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resuelve un recurso de insistencia de una información solicitada a la empresa ETB, que se negó a suministrar con fundamento en el artículo 61 del Código de Comercio.

²⁶ "...los documentos que tengan carácter público, en virtud del artículo 74 Superior se asume la posibilidad de que todas las personas puedan acceder a ellos, salvo la existencia de una excepción que imponga una reserva legal expresamente; contrario sensu, tratándose de documentos que tengan carácter privado, la regla general es la reserva, a no ser de que se cumplan con los casos excepcionales previstos en el último inciso del artículo 15 Superior".

La accionante solicitó que (i) se tutelén los derechos fundamentales, (ii) se declare que el auto que resolvió el recurso de insistencia incurrió en defecto sustantivo, (iii) se revoque y deje sin efectos el auto del 5 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado Trece Administrativo de Bogotá y (iv) se ordene a la autoridad judicial accionada que profiera una nueva decisión en la cual se reconozca el carácter reservado de la información y se desestime su entrega.

5.- Trámite de la acción de tutela en primera instancia

5.1.- Mediante auto del 25 de agosto de 2022²⁷ el Tribunal Administrativo de Santander admitió la acción de tutela, dispuso su notificación y ordenó la suspensión provisional del numeral segundo de la parte resolutive del auto del 5 de agosto de 2022 del Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga, que se refiere a la entrega de información al señor José Luis Pérez Bermeo.

5.2.- Luego, mediante auto del 1 de septiembre de 2022²⁸, se vinculó al señor José Luis Pérez Bermeo en calidad de tercero interesado en el resultado del proceso, por ostentar la calidad de peticionario dentro del recurso de insistencia objeto de debate.

5.3.- El señor José Luis Pérez Bermeo solicitó²⁹ que se confirmara el auto del 5 de agosto de 2022 del Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga, en tanto no se vulneró ningún derecho fundamental. Argumentó que la información solicitada hace parte de la órbita empresa-usuario porque a través de los predios se pretende garantizar el servicio público a los habitantes de los municipios a los cuales pertenecen. Sostuvo que el Juzgado accionado analizó los hechos y la información solicitada y encontró que es de interés público y no incurre en un error sustantivo. Arguyó que el trámite fue el adecuado, en tanto el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015 no establece que se deba realizar alguna clase de traslado y que su intención es netamente informativa, con el objetivo de saber si realmente los predios son estratégicos para la protección del recurso hídrico o si se está invirtiendo en otra clase de predios en desmedro de la población.

²⁷ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 5, certificado 81EBD3DE78D1876E 828FA53D567C3F10 85F4AB5909208DB1 2BE4EF603E2F5B24.

²⁸ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 12, certificado B2F35120438F30F0 EE79C4E248500540 EAE4680E7FB339F4 C95199DE5900A5E8.

²⁹ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 17, certificado 6EB1915C3522BEE9 EF2E7255D300183A E0B6E8C24315CB76 89F04FE9D388476D, pág. 48 a 58.

5.4.- El Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga solicitó³⁰ que se niegue la solicitud de amparo porque no se vulneraron los derechos alegados y no se acreditaron los requisitos para su procedencia. Adujo que se realizó una interpretación razonable sobre las normas aplicables y concluyó que todas las autoridades, incluso las empresas de servicios públicos domiciliarios, están obligadas a dar trámite al recurso de insistencia, máxime cuando la petición que eleva un ciudadano tiene por finalidad la protección del interés general.

Explicó que su tesis central es que los planes estratégicos y los libros contables de las empresas de servicios públicos están sometidos a reserva, puesto que contienen información vital para ejercer la actividad misional bajo el principio de libre competencia, pero no toda la información es reservada, solo aquella cuya divulgación pueda ponerlas en desventaja competitiva, lo que en el caso concreto no se demostró. Manifestó que la reserva no puede invocarse para negar el acceso a información o documentación que por ley es pública, como lo es, el plan de compras y los bienes adquiridos por estas empresas, tipologías documentales que cobijan la información peticionada por el recurrente.

6.- Fallo de tutela de primera instancia

6.1.- El Tribunal Administrativo de Santander, mediante fallo del 6 de septiembre de 2022³¹, resolvió: (i) amparar el derecho al debido proceso del AMB S.A. ESP, (ii) dejar sin efectos la providencia del 5 de agosto de 2022 que resolvió el recurso de insistencia y (iii) declarar bien negada la solicitud de información que hizo el señor José Luis Pérez Bermeo.

6.2.- Adujo que el AMB S.A. ESP vulneró el derecho de petición del señor José Luis Pérez Bermeo, en tanto no aplicó de manera correcta las normas que regulan el procedimiento de insistencia, en concreto el artículo 26 del CPACA, pues lo que hizo fue enviar al peticionario una nueva respuesta reiterando su negativa y las razones dadas para ello, impidiendo el mecanismo legal de insistencia. Por ende, explicó que la conducta del Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga fue correcta, debido a que tramitó la insistencia con base en la documentación que le fue allegada.

³⁰ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 29, certificado 9F25E4222131C0A9 A399D7374099CD8E 20AD9648ABE4F097 E80300D1FABFC357.

³¹ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 20, certificado 59482FBCC5A79D61 C66A8F6BE2871052 163C8E98F044549E FBF1E4E008F87F8D.

6.3.- Sostuvo que la providencia impugnada incurrió en defecto sustantivo porque (i) la información solicitada no tiene vínculo con la relación empresa-usuario, (ii) se desconoció la naturaleza jurídica del AMB S.A. ESP, en tanto es una empresa de servicios públicos domiciliarios y le es aplicable el régimen privado (artículo 61 del Código de Comercio), por lo que no está obligada a hacer entrega de información acerca de sus activos o de aquellos predios que se encuentren dentro de sus planes estratégicos porque ello la pondría en una situación de riesgo frente a otros competidores y (iii) el actor no acreditó el interés general alegado a efectos de obtener dicha información.

6.4.- Respecto de la base de datos del listado de predios adquiridos, manifestó que son parte del inventario de la entidad, y los priorizados para ser comprados, que estén catalogados como áreas estratégicas para la conservación de las zonas de recarga hídrica y paso por servicios ambientales, hacen parte del fuero privado del AMB S.A. ESP, conforme lo establece el artículo 18³² de la Ley 1712 de 2014. Sostuvo que se trata de información pública clasificada porque tal pondría al AMB S.A. ESP en una situación de riesgo frente a otros competidores y podría afectar el valor comercial de los bienes.

6.5.- Explicó que la razón alegada por el señor José Luis Pérez Bermeo de asistirle un interés general para acceder a la información referida, en tanto versa sobre aspectos de relevancia ambiental o para el ejercicio del control social sobre proyectos relacionados con la conservación del medio ambiente, no tiene sustento alguno para subsumirse en la excepción de la reserva del artículo 61 del Código de Comercio.

7.- Razones de la impugnación

7.1.- En contra de la decisión antes aludida el señor José Luis Pérez Bermeo presentó escrito de impugnación³³, en el que solicitó que: (i) se revisen los argumentos planteados y se responda de forma motivada cada uno de ellos, (ii) se revoque la decisión de primera instancia constitucional y (iii) se deniegue el amparo solicitado, de tal forma que se mantenga la decisión impartida por el Juzgado accionado.

³² "ARTÍCULO 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad;

c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales

PARÁGRAFO. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable".

³³ Obra en Samai, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 23, certificado AA257FB9C3310350 1C477898BB137948 6CF53E6A14507512 9679AC8F21A45C87.

7.2.- Reiteró los argumentos que planteó en la contestación de la demanda sobre la naturaleza pública de la información y su relación con la adecuada prestación del servicio, por lo que existe un interés público y social. Adujo que no se configura ninguna de las excepciones a reserva del artículo 61 del Código de Comercio, por lo que no se configura un defecto sustantivo. Enfatizó que conforme a las normas³⁴ que regulan la adquisición de los predios que integran áreas de importancia estratégica para la preservación y mantenimiento del recurso hídrico que surten de agua a los acueductos municipales, distritales y regionales, y una sentencia del Consejo de Estado³⁵, la información que se solicita es pública.

7.3.- Argumentó que los municipios que integran el Área Metropolitana de Bucaramanga presentan problemas de suministro de agua, por lo que se cuestiona si la empresa ha ejecutado de forma correcta la prestación del servicio. Arguye que de ahí su preocupación de conocer si realmente los predios que están adquiridos y priorizados para compra cumplen con las características de ser abastecedores de recursos hídricos y están al interior de un área estratégica, pues de no reunir estas condiciones no es predio surtidor de agua y se estarían comprando inmuebles que no cumplen con la condición de ser abastecedores de agua.

7.4.- En cuanto a la adecuada prestación del servicio, explicó que la información solicitada sí tiene un contenido de usuario-empresa porque a través de una adecuada gestión en la adquisición de los predios se garantiza el suministro de agua a la población. Sostuvo que conforme a la sentencia T-230 de 2020, es un derecho de los usuarios solicitar información sobre las actividades y operaciones directas o indirectas que se realizan para la prestación de los servicios públicos, siempre que el acceso a la información esté inspirado en razones de bien común o interés general.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada en contra del fallo de tutela proferido el 6 de septiembre de 2022 por el Tribunal Administrativo de Santander

³⁴ Citó las siguientes disposiciones: Artículo 1 del Decreto 2811 de 1974, artículo 106 de la Ley 1151 de 2007 que modificó el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, Decreto 953 de 2013.

³⁵ Sección tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, sentencia del 29 de octubre de 2015. “...las funciones relativas a la adquisición de áreas estratégicas para la conservación de las cuencas hídricas abastecedoras de acueductos, se orientan al cumplimiento de fines que involucran los intereses supremos del Estado, en cuanto orientados a garantizar la oferta eficiente de agua para la satisfacción de necesidades esenciales, determinantes de la calidad de vida y la dignidad del ser humano”.

de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 25 del Acuerdo núm. 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- Problema jurídico

Se verificará si la solicitud de amparo constitucional cumple con los requisitos generales de procedibilidad. En caso afirmativo, se analizará si la autoridad acusada incurrió en el defecto aludido.

3.- La acción de tutela en contra de providencias judiciales

La Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 reconoció que la acción de tutela en contra de providencias judiciales está sujeta al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad³⁶ y de procedencia³⁷, con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos de orden superior.

4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto

4.1.- La tutela cumple con el requisito de *relevancia constitucional*, pues en el presente asunto no se discute una situación de índole legal, sino de carácter *ius fundamental*, sobre la base de que se debe determinar si el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga desconoció los derechos fundamentales invocados al declarar mal rechazada la solicitud de información, ordenar al AMB S.A. ESP que suministre lo pedido y exhortarlo para que se capacite a sus funcionarios sobre el recurso de insistencia.

4.2.- La acción de tutela acredita el requisito de *subsidiariedad*, pues en contra de la providencia que resolvió el recurso de insistencia no existe otro medio de impugnación.

4.3.- El presupuesto de *inmediatez* igualmente se encuentra superado. En efecto, la providencia que se reprocha fue proferida el 5 de agosto de 2022³⁸ y el amparo se radicó

³⁶ De acuerdo con la sentencia C-590 de 2005, la tutela en contra de providencia judicial está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos generales de procedibilidad: que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; que la petición cumpla con el requisito de inmediatez; que en el evento de fundamentarse la solicitud en una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales; que se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración de los derechos y, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso y; que el fallo censurado no sea de tutela.

³⁷ Los requisitos específicos, también conocidos como defectos, son: defecto orgánico; defecto procedimental; defecto fáctico; defecto material o sustantivo; defecto por error inducido; defecto por falta de motivación; defecto por desconocimiento del precedente; y defecto por violación directa de la Constitución.

³⁸ Obra en Samái, "Gestión en otras corporaciones", Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado 5DD1697DA2EAF5A1 D578B051029BEB3B B5BB7DF4C43FF6B3 7E796AA27F6CE263.

el 24 de agosto de 2022³⁹, esto es, dentro del término razonable señalado por la jurisprudencia⁴⁰.

4.4.- De la misma forma, el escrito está debidamente *motivado* por cuanto se indicaron de forma razonada los hechos vulneradores y los derechos fundamentales trasgredidos.

4.5.- Adicionalmente, la solicitud de tutela no aduce como argumento central una *irregularidad procesal*.

4.6.- Por último, tampoco se ataca una *decisión de tutela*, sino la providencia que resolvió el recurso de insistencia con radicado núm. 68001-3333-013-2022-00106-00.

4.7.- Así las cosas, verificado el cumplimiento de los requisitos que garantizan la viabilidad de la tutela en contra de una providencia judicial, la Sala analizará si en el caso concreto se encuentra configurado el defecto aludido, con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos fundamentales.

5.- Análisis del defecto material o sustantivo como causal específica de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

5.1.- Con relación a este defecto, la Corte Constitucional ha explicado que se presenta en aquellos casos en que la autoridad judicial emplea una norma que no corresponde al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es; u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica; o cuando la autoridad judicial se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical– sin justificación suficiente, pues este es obligatorio.

5.2.- Para el caso bajo estudio, la tutelante aduce que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por indebida interpretación de múltiples normas que se agrupan en: (i) Trámite del recurso de insistencia; (ii) Naturaleza y régimen jurídico de las empresas de servicios públicos mixtas y (iii) Naturaleza de la información requerida y el régimen jurídico aplicable para levantar la reserva. A continuación se analizará cada uno de ellos.

³⁹ Obra en Samai, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 1.

⁴⁰ El Consejo de Estado estableció, como regla general, que el mecanismo de amparo debe promoverse en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia o providencia objeto de reproche constitucional, límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación del 05 de agosto de 2014, radicado No. 11001-03-15-000-2012-02201-01.

(i) Trámite del recurso de insistencia

5.3.- La tutelante manifestó que no se le corrió traslado del recurso de insistencia, por lo que no tuvo la oportunidad de explicar al Despacho las razones por las cuales el procedimiento del artículo 26 del CPACA no era aplicable ni por qué la información requerida no podía considerarse como pública.

5.4.- Tras revisar el expediente, este Despacho encuentra que se agotó lo establecido en los artículos 25 y 26 del CPACA, pues efectivamente el señor José Luis Pérez Bermeo radicó petición ante la empresa AMB S.A. ESP y fue resuelta de forma negativa por tratarse de información con carácter reservado. En consecuencia, el peticionario presentó recurso de insistencia y pidió que se remitiera a los Juzgados Administrativos de Bucaramanga (reparto).

5.5.- Al respecto, concuerda esta Sala con el juez constitucional de primera instancia sobre la incorrecta aplicación del artículo 26 del CPACA por parte del AMB S.A. ESP, pues a pesar de que el señor José Luis Pérez Bermeo insistió en su petición de información y solicitó la remisión del recurso de insistencia a la autoridad judicial, la empresa reiteró su respuesta y omitió remitir el expediente administrativo. Por ende, fue el mismo peticionario quien se vio en la obligación de enviar los documentos para que se resolviera el recurso de insistencia, pues la negligencia de la entidad no le es atribuible.

5.6.- En esa medida, esta Sala considera que el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga no incurrió en defecto sustantivo, y por el contrario, su actuar fue acertado. Se resalta que el artículo 26 del CPACA no consagra que se debe correr traslado a la autoridad que negó el suministro de la información con motivo de la reserva, en tanto es esa misma entidad la que debe enviar la documentación correspondiente a la autoridad judicial.

5.7.- Así las cosas, esta Sala negará el amparo solicitado en relación con la indebida aplicación del artículo 26 del CPACA.

(ii) Naturaleza y régimen jurídico de las empresas de servicios públicos mixtas

5.8.- La empresa accionante adujo que se desconoció su naturaleza y régimen jurídico,

pues por ser de carácter mixta y estructurada bajo el esquema de sociedad por acciones, está regulada por el derecho privado. En esa medida, sostuvo que se omitió la sentencia C-736 de 2007 sobre la naturaleza de la ESP y se interpretó y aplicó de forma indebida el artículo 33 del CPACA que se refiere a peticiones ante instituciones privadas, como las empresas de servicios públicos que se rigen por el derecho privado, por lo que solo está obligada a responder las peticiones que versen sobre la relación empresa-usuario.

5.9.- Tras revisar la providencia cuestionada, esta Sala encontró lo siguiente:

“... debiéndose entender por autoridad ‘todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas’⁴¹, categoría dentro de la cual se encuentra el amb, en su condición de empresa de servicios públicos de capital mixto con más del 90% de participación del Estado⁴², según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁴³ y el parágrafo del artículo 104 del CPACA⁴⁴.

Cabe precisar que, por tratarse de una entidad pública en los términos anteriormente señalados, el artículo 33 del CPACA⁴⁵ citado por la entidad para limitar el trámite del recurso de insistencia a las peticiones presentadas en el marco de la relación empresa-usuario, no le es aplicable, como quiera que esta norma está referida al derecho de petición de los usuarios de “instituciones privadas” que prestan servicios públicos, categoría en la que no se subsume el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga porque, se insiste, es una entidad pública⁴⁶. (Énfasis de la Sala).

5.10.- De lo anterior se tiene que, la autoridad judicial accionada analizó de forma correcta la naturaleza y régimen jurídico del AMB S.A. ESP, pues concluyó que es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, en tanto su capital social se forma de aportes del Estado y de los particulares, y no le es aplicable el artículo 33 del CPACA.

5.11.- Sobre el asunto, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-736 de 2007, en la cual concluyó que las empresas de servicios públicos mixtas son entidades descentralizadas que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, pero tienen un régimen jurídico especial por la necesidad de hacer realidad la prestación

⁴¹ Artículo 2º CPACA.

⁴² Municipio de Bucaramanga: 78.6557%, La Nación - Ministerio de Hacienda 15.6135%, Municipio de Girón Municipio de Floridablanca 0.9082%, Departamento de Santander 0.5926%, Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga 0.1509%, CDMB 0.0002%. <https://www.amb.com.co/amb/conoce-amb/>

⁴³ “ARTÍCULO 38. INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 2. Del Sector descentralizado por servicios: f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; (...).”

⁴⁴ “PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”

⁴⁵ “ARTÍCULO 33. DERECHO DE PETICIÓN DE LOS USUARIOS ANTE INSTITUCIONES PRIVADAS. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores.”

⁴⁶ Obra en Samai, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado 5DD1697DA2EAF5A1 D578B051029BEB3B B5BB7DF4C43FF6B3 7E796AA27F6CE263, pág. 3 y 4.

de los servicios públicos. Adujo que *“A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa”*⁴⁷.

5.12.- En ese sentido, de forma reiterada, el Consejo de Estado ha sostenido que:

*“Es importante anotar que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios están sometidas a un régimen jurídico especial, esto es, el consagrado en los artículos 365 a 370 de la Constitución Política y en la ley 142 de 1994, según lo determinó expresamente el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 17 de esta última, lo que fue ratificado por el artículo 84 de la ley 489 de 1998. En ese mismo orden de ideas, el artículo 31 de la ley 142 de 1994 dispuso que los contratos que celebraran las empresas de servicios públicos domiciliarios no se sometían a las disposiciones de la ley 80 de 1993, con las variantes que esa misma norma estableciera, y el artículo 32 de la ley 142 de 1994 precisó que sus actos se regularían por el derecho privado”*⁴⁸.

5.13.- Lo anterior implica que el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios está conformado por múltiples disposiciones normativas. Frente al derecho de petición y recursos, el artículo 152 de la Ley 142 de 1994 consagra que su presentación, trámite y decisión se interpretarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales, siempre que la ley no disponga otra cosa. En cuanto a los actos y contratos, el régimen aplicable es el del derecho privado, esto es, las disposiciones mercantiles y civiles, por la situación de concurrencia y competencia económica en la que conviven los prestadores de los servicios públicos.

5.14.- Adicionalmente, conforme al artículo 2 del CPACA, las normas de la primera parte del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus órdenes, sectores y niveles, cuando cumplan funciones administrativas, por lo que el AMB S.A. ESP al tener la calidad de entidad descentralizada que integra la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, también se rige por esas disposiciones.

5.15.- Por ende, esta sala encuentra acertada la manifestación del Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga sobre la no aplicación del artículo 33 del CPACA, en tanto el AMB S.A. no es una institución privada sino una empresa de servicios públicos mixta, porque tiene aportes públicos superiores al 50%, por lo que se rige por las disposiciones de los artículos 24 a 31 del CPACA sobre peticiones ante autoridades. Se resalta que el artículo 33 del CPACA regula al derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas, de manera que cuando menciona a las empresas de servicios

⁴⁷ C-736 de 2007.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, expediente 31572, sentencia de 25 de julio de 2014 y auto de 20 de abril de 2005, expediente 23835.

públicos domiciliarios se refiere a las privadas, las que tienen capital 100% privado, que también se rigen por el derecho privado.

5.16.- En suma, esta Sala no encuentra configurado el defecto sustantivo por desconocimiento del régimen y naturaleza de la empresa de servicios públicos y, por el contrario, encuentra que se analizó de forma razonable la inaplicación del artículo 33 del CPACA, por lo que negará el amparo invocado en este asunto.

(iii) Naturaleza de la información requerida y el régimen jurídico aplicable para levantar la reserva

5.17.- RESERVA LEGAL DE DOCUMENTO

5.19.- En orden a resolver el problema jurídico, es fundamental determinar cuál es la naturaleza de los documentos requeridos, es decir, si son públicos o privados, para determinar si está permitido el acceso, o si por el contrario, el acceso es restringido, así como identificar si el carácter de reservado prevalece o si existen excepciones legales y constitucionales.

5.20.- Por un lado, el artículo 74 de la Constitución Política consagra que por regla general todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. Así, el artículo 24 del CPACA estableció que tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y fijó unos casos específicos, entre ellos, los protegidos por el secreto comercial o industrial y los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

5.21.- Por otra parte, cuando se trate de documentos de carácter privado, la regla general es la reserva, en tanto la ley no disponga excepcionalmente su exhibición o la expedición de copias. En ese sentido, en el inciso 4 del artículo 15 de la Carta Política se fijó 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”*.

5.22.- En esa línea, la Corte Constitucional en su sentencia T-181 de 2014 consideró que, 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,

dependiendo de la función que cumplan como entidad pública o como particular, pueden existir dentro de sus documentos algunos que tengan carácter público⁴⁹, mientras que otros pueden ser totalmente privados⁵⁰. Por ende, sostuvo 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”*⁵¹.

5.23.- Sin embargo, tal y como lo menciona la máxima autoridad constitucional, hay documentos cuya naturaleza no es fácil de determinar y para ello fijó dos criterios auxiliares: (i) el orgánico, conforme al cual los documentos públicos son los otorgados por el funcionario público en ejercicio de sus funciones, o por un particular en ejercicio de funciones públicas (artículo 243 del Código General del Proceso); y (ii) la naturaleza de la actividad que desarrolla la entidad, pues cuando actúa en las mismas condiciones de los particulares que operan el mercado, se trata de información privada, pero si actúa en ejercicio de actividades inherentes a las entidades estatales, la información es pública.

5.24.- Es precisamente en esa diferenciación que esta Sala encuentra que el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga erró, pues sostuvo que:

*“...la adquisición de predios o bienes de la entidad, información que ha de entenderse pública por corresponder a las categorías de “contratación adjudicada en materia de inversión”, “planes de gasto público” y/o “bienes adquiridos”, previstas en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014 como información mínima obligatoria que deben publicar las autoridades. Además, su solicitud se circunscribe a conocer los predios adquiridos o priorizados para la protección de fuentes hídricas abastecedoras, lo cual corresponde a información “sobre el monto y utilización de los recursos financieros, que están destinados a la preservación del medio ambiente”, categoría documental que tiene carácter público según lo contemplado en el artículo 74 de la Ley 99 de 1993”*⁵².

5.25.- Para analizar este punto, es importante recordar el objeto de la petición del señor Pérez Romeo, en la que solicitó dos cosas: el listado de los predios adquiridos y de los predios que estén priorizados para ser comprados, que estén catalogados como áreas estratégicas para la protección y conservación de las zonas de recarga hídrica.

5.26.- Sobre el listado de los predios adquiridos, coincide este Despacho con el Juzgado

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Aquellos originados del ejercicio de funciones que realice la entidad equiparable a las que realizan los particulares en un mercado donde se compita en igualdad de condiciones para la eficaz prestación del servicio.

⁵¹ T-181 de 2014.

⁵² Obra en Samái, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado 5DD1697DA2EAF5A1 D578B051029BEB3B B5BB7DF4C43FF6B3 7E796AA27F6CE263, pág. 22.

accionado en que se trata de información pública, pues esta reposa en el registro de la Oficina de Instrumentos Públicos y el certificado lo expide un funcionario público, por lo que el peticionario puede obtener la información a través de la página de la Superintendencia de Notariado y Registro⁵³, después de registrarse como usuario y a través de la opción “*Consulta Índices de Propietarios*”, con la razón social “*Acueducto Metropolitano de Bucaramanga*”.

5.27.- No obstante, en relación con los predios que estén priorizados para ser comprados, esta Sala considera que el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga incurrió en un defecto sustantivo por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica por dos razones: (i) otorgó a la información el carácter de público conforme a la Ley 1712 de 2014, pero consideró que no se cumplieron los presupuestos del artículo 18 *ibídem* y (ii) no acreditó los supuestos de hecho del artículo 74 de la Ley 99 de 1993 ni del artículo 16 de la Ley 23 de 1973, pero sí aplicó sus consecuencias jurídicas.

- ***Sobre el carácter público de la información solicitada***

5.28.- La autoridad accionada sostuvo que la información sobre adquisición de predios o bienes de la entidad se encuadra dentro de las categorías de “contratación adjudicada en materia de inversión”, “planes de gasto público” y/o “bienes adquiridos”, previstas en el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014, como información mínima obligatoria que deben publicar las autoridades.

5.29.- Al respecto, se precisa que una cosa es el Plan de Obras, o el Plan de contratación ejecutado o adjudicado, o el Plan de gasto público o el Plan de bienes adquiridos, que se refieren a lo que ha sido ejecutado en el año en curso, o a lo que se planeaba comprar en términos globales; y otra muy distinta es el detalle discriminado e individualizado de la información que soporta esos planes o la identificación de los inmuebles o características técnicas de lo que se piensa comprar. Véase el Plan de Compras 2022⁵⁴ y el plan de contratación ejecutado a julio de 2022⁵⁵ publicados en la página web del AMB, en los cuales se constata que la descripción y objeto del contrato es genérica.

5.30.- Se resalta que el artículo 18 *ibídem* regula la información pública clasificada o

⁵³ <https://certificados.supernotariado.gov.co/certificado/portal/business/main-queries-advanced.snr>

⁵⁴ Para ver Plan de Compras 2022: <https://www.amb.com.co/amb/wp-content/Documentos/Proveedores-contratistas/Planes-contratacion/PLANCOMPRAS2022.pdf? t=1650478419>.

⁵⁵ Para ver Plan de Contratación Ejecutado Julio 2022: <https://www.amb.com.co/amb/wp-content/Documentos/Proveedores-contratistas/Plan-ejecutado-historico/2022/CONTRATOSJULIO22.pdf? t=1661204122>

exceptuada del acceso público y la define como aquella que pudiere causar daño a los derechos a la intimidad, a la vida, a la salud, a la seguridad, o a los secretos comerciales, industriales y profesionales, porque pondría al sujeto en una situación de riesgo frente a otros competidores, o podría afectar el valor comercial que estos tengan. El Juzgado accionado consideró que no se probó cómo la divulgación de la información podría poner a la empresa de servicios públicos en una desventaja competitiva.

5.31.- No obstante, esta Sala le halla razón al tutelante en que existen riesgos en la libre competencia, pues de llegarse a conocer la información sobre los bienes priorizados de compra se podría generar que terceros o el propio peticionario buscara adquirirlos, inflando el valor o impidiendo la compra futura exigiendo un valor más alto. Por ende, se encuentra que el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga incurrió en defecto sustantivo, porque optó por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica, en tanto confunde los diversos Planes con la información que los fundamenta.

5.32.- Incluso, esta Sala considera que la compra de bienes inmuebles es una actividad netamente comercial, pues cuando el AMB S.A. ESP negocia sobre su valor actúa en las mismas condiciones que los particulares, por lo que se trata de información privada. Se encuentra que en el Reglamento del 22 de diciembre de 2020⁵⁶ que rige la contratación del AMB S.A. ESP para el desarrollo de su objeto social, se incluye en el artículo 39 los contratos de compra de inmuebles, por lo que al ser el inmueble el objeto de ese contrato, se trata de información privada con acceso restringido.

- ***Sobre las razones de interés general como fundamento para solicitar la información y otorgarle el carácter de información pública***

5.33.- La tutelante argumentó que la información no es de interés general porque (i) la compra de los predios se da por voluntad de la empresa atendiendo los planes estratégicos, (ii) hace parte del ejercicio de la actividad comercial de la empresa y (iii) se asumió que lo pedido se va a emplear en actividad de control social sin que el ciudadano acreditara credencial o experiencia en dicha gestión.

5.34.- Al respecto, la autoridad accionada afirmó que la solicitud se circunscribe a la protección de fuentes hídricas abastecedoras y a la preservación del medio ambiente,

⁵⁶

https://www.amb.com.co/amb/wp-content/Documentos/Proveedores-contratistas/Procedimientos/REGLAMENTO_CONTRATACION.pdf? t=1644587160

por lo que tiene el carácter público según el artículo 74 de la Ley 99 de 1993. Así mismo, afirmó que se puede acceder a información pública que se encuentre en posesión o custodia de las empresas de servicios públicos domiciliarios, *“cuando quiera que la petición esté motivada en razones de bien común o interés general”*⁵⁷.

5.35.- El artículo 74 de la Ley 99 de 1993 consagra que *“Toda persona natural o jurídica tiene derecho a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973”*. De la norma se tiene que para formular la petición debe existir (i) una relación con un elemento susceptible de producir contaminación o un peligro en la salud humana y (ii) remitirse al artículo 16 de la Ley 23 de 1973.

5.36.- A su turno, esta última disposición establece que *“El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones o por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”*.

5.37.- Conforme a lo anterior, el Juzgado aduce que se justifica la divulgación de la información de los predios priorizados en razón del interés general que busca salvaguardar, en tanto le permitiría a la ciudadanía ejercer control social sobre la protección y conservación del recurso hídrico y la correcta inversión de los recursos públicos.

5.38.- No obstante, tras revisar el expediente, no se advierte que exista un elemento susceptible de producir contaminación, o un peligro a la salud humana, o un uso inadecuado de los recursos naturales, ni que un derecho de rango superior esté siendo vulnerado, razones suficientes para mantener el carácter reservado de la información solicitada.

5.39.- Así las cosas, esta Sala considera que se incurrió en defecto sustantivo porque el Juzgado accionado dio por cierto el riesgo de contaminación o peligro a la salud humana, así como la afectación del interés general alegado para obtener dicha información, sin que el ciudadano aportara prueba alguna o acreditara experiencia en dicha gestión.

⁵⁷ Obra en Samai, “Gestión en otras corporaciones”, Tribunal Administrativo de Bucaramanga, 68001-23-33-000-2022-00507-00, índice 3, certificado 5DD1697DA2EAF5A1 D578B051029BEB3B B5BB7DF4C43FF6B3 7E796AA27F6CE263, pág. 16.

6.- En suma, el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga incurrió en defecto sustantivo al proferir el auto del 5 de agosto de 2022, en tanto su interpretación contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica porque (i) otorgó a la información solicitada el carácter de público conforme a la Ley 1712 de 2014, tras confundir los diversos Planes públicos con la información que los fundamenta y encontró que no se cumplieron los presupuestos del artículo 18 *ibídem*, a pesar de que existen riesgos de afectación de la libre competencia y, (ii) dio por cierto el riesgo de contaminación o peligro a la salud humana, así como la afectación del interés general alegado para obtener acceso a la información, por lo que no acreditó los supuestos de hecho del artículo 74 de la Ley 99 de 1993 ni del artículo 16 de la Ley 23 de 1973, pero sí aplicó sus consecuencias jurídicas.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022 por el Tribunal Administrativo de Santander, pero con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión por el medio más expedito.

TERCERO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Consejero de Estado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Consejero de Estado
Salvamento de voto
Cfr. Rad. 68001-23-33-000-2018-00940-01