

T-181-14

Sentencia T-181/14

(Bogotá, D.C., Marzo 26)

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO POR INDEBIDA O EQUIVOCADA INTERPRETACION DE LA LEY-
Caracterización

NATURALEZA JURIDICA Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE A LA ETB

Este tipo de empresas tienen un régimen jurídico especial como también una naturaleza jurídica especial, en razón a que están encargadas de la prestación de un servicio público, labor que se traduce en la realización de uno de los fines del Estado fijados en la Constitución. Agregó que esa misma naturaleza y régimen especial impide considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. Incluso, precisó que las diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos.

RESERVA DE DOCUMENTOS-Contenido normativo

DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS-Publicidad como regla general y reserva como excepción

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.

DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PRIVADOS-La regla general es la reserva

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.”

CONCEJO MUNICIPAL-Control político

Mediante el Decreto Ley 1421 de 1993, se dictó el régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá, regulando en el artículo 14, el ejercicio del control político por parte del Concejo, control que puede desempeñar a través de (i) citaciones para que los secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de entidades descentralizadas, así como al Personero y al Contralor comparezcan ante el Concejo y respondan a un cuestionario previamente escrito; (ii) solicitud de información escrita a determinadas autoridades municipales, sobre el ejercicio de su cargo; y (iii) por medio de la moción de observaciones.

CONCEJO MUNICIPAL-Está facultado constitucional y legalmente para el ejercicio del control político de las empresas de servicios públicos mixtas

El Concejo Distrital está facultado constitucional y legalmente, para el ejercicio del control político de las empresas de servicios públicos mixtas, que sean entidades públicas sometidas a las reglas del derecho privado, sin embargo, la realización de dicha función deber hacerse a través de los procedimientos establecidos en la ley y frente a los sujetos que están sometidos a dicho control.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por vulneración al

debido proceso por configurarse un defecto sustantivo al aplicarse una norma a la que se le reconocen unos efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador

Referencia: Expedientes T- 4.066.525

Fallos de tutela objeto revisión: sentencia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera-, del 18 de julio de 2013, que confirmó la sentencia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- del 18 de abril de 2013.

Accionante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB S.A. E.S.P.-

Accionados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera, Subsección A-

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luís Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Debido proceso.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. La sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012 y el auto de aclaración del 14 de febrero del 2013, mediante las cuales, el tribunal accionado, ordenó entregar documentos sometidos a reserva a la concejala María Victoria Vargas Silva, con ocasión del ejercicio de la función de control político.

1.1.3. Pretensión. Que se ampare su derecho fundamental al debido proceso y, como

medida provisional, que se suspenda la orden impartida por el tribunal accionado consistente en la entrega de los documentos aludidos a la concejala Vargas Silva.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El 24 de septiembre de 2012, en ejercicio del derecho de petición, la concejala de Bogotá, María Victoria Vargas Silva, solicitó al presidente de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.(en adelante ETB): (i) copia autentica de las Actas de Junta Directiva de la ETB de las sesiones del período comprendido entre enero y septiembre de 2012; y (ii) copia autentica de las Actas de Asamblea General de Accionistas de dicha entidad, correspondientes al mismo periodo, junto con las grabaciones de video de cada sesión. Argumentó la peticionaria que esa solicitud la hizo con el fin de adelantar “funciones de control político”, aclarando que, si bien esos documentos tienen reserva legal, “la misma no le es oponible al Concejo de Bogotá en ejercicio del control político...”

1.2.2. El 8 de octubre de 2012, la ETB respondió negativamente la solicitud, lo que originó la presentación del recurso de insistencia por parte de la concejala, el cual fue remitido el 5 de diciembre del mismo año, por la entidad referida, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia.

1.2.3. Mediante sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, Subsección A, resolvió el recurso de insistencia, declarando mal denegado por parte de la ETB la solicitud elevada por la concejala, argumentando que dicha entidad es una empresa de servicios públicos, a la cual le resulta aplicable la Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, que en su artículo 19[1] remite al Código de Comercio[2] (en adelante C. de C.) en los demás temas que no contemple esa ley. En ese orden de ideas, precisó que, si bien es cierto los documentos o actas solicitadas son de carácter reservado, en virtud del artículo 61 del C. de C.[3], también lo es que, la peticionaria actuó en cumplimiento de sus funciones como concejala de Bogotá (art. 322 CP[4] y los arts. 12 y 14 Decreto 1421 de 1993[5]), por lo tanto, es procedente la entrega de las actas referidas para que pueda ejercer el control político. No obstante, advirtió a la concejala que debía guardar con total cautela los documentos y usarlos sólo para los fines expuestos en el fallo, puesto que, en caso contrario, estaría extralimitándose en sus

funciones.

1.2.4. Frente a esta decisión, la ETB solicitó aclaración[6], que fue resuelta mediante auto del 14 de febrero de 2013[7], modificando la orden de la providencia recurrida, así: "...que en el término de 5 días entregue los documentos aludidos a la señora Concejala..., a quien le corresponde asegurar la reserva de la información y documentos que llegue a conocer, en los términos de los artículos 13 y 31 de la Ley 1437 de 2011".

1.2.5. La representante de la ETB, interpuso acción de tutela en contra de las decisiones mencionadas, al considerar que son vulneradoras del derecho fundamental al debido proceso, en tanto se configuró en ellas un defecto material o sustantivo por interpretación. Señaló al respecto que: "...es evidente que el defecto sustantivo se configura porque a pesar de estar vigente y ser constitucionales las normas que sirvieron de sustento para la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2012, dentro del recurso de insistencia ... no se tuvo en cuenta la particular circunstancia fáctica de la [ETB], en razón de su naturaleza jurídica, de las características del ejercicio del Derecho de petición tratándose de empresas que presten o provean TIC y de los límites del ejercicio del control político...". (Subrayado fuera del original)

1.2.5.1. En concreto, indicó que su naturaleza jurídica, es de sociedad por acciones de naturaleza comercial, cuyo objeto social es el desarrollo de actividades relacionadas con la prestación de servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-. En ese sentido, la ETB no es una autoridad pública, que sea sujeta de reglas de derecho público por el hecho de que parte de su capital sea de origen público, pues independientemente de su composición accionaria es un agente comercial dentro de un mercado competitivo que presta y provee servicios TIC, sometida a reglas del derecho privado que regula la gestión mercantil de sus actividades. En ese orden de ideas, precisó que los servicios a su cargo, desde la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, se consideran servicios públicos no domiciliarios.

1.2.5.2. En lo relacionado con el derecho de petición, cuando este no se relacione con el ámbito de las telecomunicaciones, advirtió que no son aplicables a la ETB las disposiciones generales establecidas en la Ley 1437 de 2011, toda vez que la misma es aplicable solamente a aquellas entidades que ejercen autoridad administrativa, según se dispone el

artículo 2°, excluyendo a aquellas que realizan actividades comerciales de las TIC. Por eso, resaltó que es pasible del derecho de petición, solo cuando a través de él se presente una solicitud de servicios o de información asociado a la prestación de los servicios de las TIC, caso en el que cual se aplicaran las reglas especiales de la Ley 1341 de 2009. Por último, agregó que son las normas civiles y comerciales las que deben analizarse en orden a determinar si es procedente atender una solicitud como la presente, específicamente el artículo 61 y s.s. del C. de C., que establece la reserva para los documentos requeridos por la concejala.

1.2.5.3. Respecto al control político ante la ETB, adujo que esa facultad la pueden ejercer los concejos solamente frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios (art. 18 Ley 1551 de 2012, que modificó el art. 32 de la Ley 136 de 1994) y no es aplicable extensivamente a los servicios de telecomunicaciones.

Finalmente, alegó que la decisión del tribunal amenazaba el principio de libertad de competencia económica y comercial (art.333 CP)[8], en el sentido que no es aceptado que los entes de orden político, como el Concejo, despliegue sobre empresas comerciales de origen público actividades de control, que no se acompañan con su finalidad de control exclusivo de la gestión pública.

2. Respuesta de la accionada y de la tercera vinculada.

2.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, Subsección A -.

Adujo que las providencias atacadas no incurrieron en el defecto sustantivo alegado por la entidad accionante, pues a pesar de que los documentos solicitados por la concejala eran reservados, comoquiera que la petición se elevó con la finalidad de cumplimiento de las funciones que le atañen al cargo que desempeña, específicamente al ejercicio del poder político, esta situación habilitó su entrega bajo la advertencia de asegurar su reserva en los términos del artículo 13 y 31 de la Ley 1437 de 2011. Por lo tanto, solicitó que no se accediera a las pretensiones de la acción de tutela.

2.2. Tercera vinculada. Concejala de Bogotá: María Victoria Vargas Silva.

En síntesis, sustentó su oposición a la procedencia de la acción de tutela, porque: (i) la

naturaleza jurídica de la ETB corresponde a una empresa de servicios públicos mixta, la cual no está exenta del control político aplicable a los órganos y entidades estatales; (ii) el derecho de petición opera frente a la ETB; y (iii) el Concejo de Bogotá es competente para vigilar y evaluar la gestión desplegada por la ETB, toda vez que dicha empresa integra la rama ejecutiva del poder público de la administración distrital, dentro del sector descentralizado por servicios

De conformidad con lo anterior, adujo que las decisiones cuestionadas no se adecuan a los postulados para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, pues no se observa la vulneración del derecho fundamental invocado.

3. Decisión de tutela objeto de revisión:

3.1. Sentencia de Primera Instancia del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- del 18 de abril de 2013.

Declaró improcedente la acción de tutela. Consideró que el problema planteado no constituye un asunto de relevancia constitucional, toda vez que el motivo para controvertir las decisiones acusadas se circunscribe a que no está de acuerdo con la obligación que le impuso la autoridad accionada de entregar los documentos referidos.

En ese sentido, agregó que el argumento que esgrimió la entidad no supera el requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, porque la decisión de ordenar la expedición de copias “sometidas a reserva”, se hizo en virtud de un análisis razonado frente a la condición de la solicitante y en atención a la naturaleza jurídica de la empresa, a la que aún le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 142 de 1994, ya que subsisten las condiciones bajo las que se constituyó la sociedad, según lo certifica la Cámara de Comercio de Bogotá, frente a su existencia y por expresa orden del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009.

3.2. Impugnación.

La ETB impugnó la decisión, argumentando que el presente caso goza de una amplia relevancia constitucional, en la medida que la vulneración al derecho fundamental al debido proceso propugna por el cumplimiento del principio de legalidad y respeto de las garantías

fundamentales de todo proceso, que para esta situación fue abiertamente desconocido por los jueces de instancia por las razones que fueron expuestas en el libelo de la demanda.

Por otro lado, agregó que la concejala no actuó en ejercicio del control político, sino que radicó un derecho de petición de interés particular, si se tiene en cuenta que la solicitud no fue presentada por una bancada y no fue aprobada en la plenaria de la respectiva comisión, tal y como lo dispone el Acuerdo 348 del 23 de septiembre de 2008, en sus artículos 57 y 58.

3.3. Sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera -, del 18 de julio de 2013.

Confirmó la sentencia de primera instancia, con base en las siguientes razones: (i) una empresa como ETB, que hoy presta el servicio de telefonía pública básica conmutada es una empresa de servicio público; (ii) a estas empresas les aplica la Ley 142 de 1994 en lo relacionado con su naturaleza jurídica; (iii) por su situación de empresa de servicios públicos mixta, ETB es una entidad descentralizada del Estado conforme a los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998 y la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional. Por lo tanto, es sujeto del control político que ejerce el Concejo Distrital, así como del control fiscal que ejerce la Contraloría Distrital y sus servidores son sujetos de control disciplinario por la Procuraduría y Personería; (iv) por su actividad económica es una empresa que desarrolla su objeto en competencia que brinda la ley conforme al artículo 61 del Código de Comercio; (v) de acuerdo con los numerales 4 y 5, la protección de su información no puede ser ilimitada en tanto con ello se ignore el ejercicio del control político, pero debe ser razonablemente excepcionada para ello. Es decir, solo podría levantarse la reserva para este exclusivo fin dentro de las atribuciones del Concejo y la responsabilidad de éste como organismo y la de sus integrantes.

De esta forma, consideró que el tribunal accionado observó la normatividad aplicable a las circunstancias fácticas de la ETB, sin transgredir el derecho fundamental del debido proceso, desvirtuando así la configuración del defecto indicado por la entidad accionante en la providencia atacada.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[9].

2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.1. Requisitos formales.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que al estudiar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, han de cumplirse unos requisitos formales que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de las providencias judiciales, a saber:

2.1.1. Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional. Considera esta Sala de Revisión que, el asunto planteado por la entidad accionante reviste de relevancia constitucional, bajo el entendido que se estudia la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso, ocasionada por las decisiones judiciales del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las cuales resolvió entregar documentos de carácter reservado a una concejala.

2.1.2. Legitimación activa. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. titular del derecho que fue presuntamente lesionado con las providencias del tribunal accionado, instauró acción de tutela a través de apoderado judicial (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º)[10].

2.1.3. Legitimación pasiva. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera, Subsección A-, es una autoridad pública y como tal, resulta demandable en proceso de tutela (CP, art. 86; Decreto 2591/91, art. 1º y art. 5º)

2.1.4. Inmediatez. Es un requisito para la procedibilidad de la acción, el que ésta sea interpuesta en forma oportuna, es decir que se realice dentro de un plazo razonable[11], dado que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su

vulneración o amenaza, debiéndose presentar de esta forma dentro de un ámbito temporal razonable desde la ocurrencia de la misma. En el asunto objeto de estudio, la acción de tutela fue instaurada el 28 de febrero de 2013[12] y, la notificación de la última providencia que presuntamente causó la vulneración (auto del 14 de febrero del 2013, que aclaró la sentencia del 13 de diciembre de 2012) se efectuó el 21 de febrero del mismo año[13], término que esta Sala considera prudente y razonable para el ejercicio de la acción.

2.1.5. Subsidiariedad. Frente a este requisito en la tutela contra providencias judiciales se hace especialmente necesario, establecer que el actor haya agotado previamente los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela[14]. En este caso, la Sala evidencia que la entidad demandante agotó todos los mecanismos de defensa judicial con los que contaba para controvertir la decisión que se profirió en única instancia por el tribunal accionado para resolver el recurso de insistencia[15], que interpuso la concejala en contra de la respuesta negativa del derecho de petición que elevó ante la ETB.

2.1.6. Que en caso de tratarse de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales. Este presupuesto no es aplicable, en razón a que no se están alegando irregularidades procedimentales dentro del proceso en el que se tramitó el recurso de insistencia.

2.1.7. Que el actor identifique en forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible. En el interior del proceso judicial ordinario, la ETB señaló como hechos constitutivos de la violación de su derecho al debido proceso, los siguientes: (i) que no se tuvo en cuenta su posición comercial en el mercado (naturaleza jurídica); (ii) que no le eran aplicables las normas relacionadas con el derecho de petición por tratarse de una empresa que presta TIC; y (iii) que se desconocieron los límites del ejercicio del control político.

2.1.8. Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela. Las providencias judiciales demandadas por la entidad accionante como violatorias de su derecho fundamental, son producto del proceso judicial en el que se tramitó el recurso de insistencia propuesto por la concejala.

3. Problema jurídico constitucional.

¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró el derecho fundamental de la ETB al debido proceso, por configuración de un defecto sustantivo, al considerar que el artículo 61 del Código de Comercio habilita levantar la reserva legal para documentos privados, para efectos de realizar un control político a una empresa que presta un servicio público?

4. Causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, la Corte ha advertido que se debe probar la existencia de un defecto o irregularidad procesal de tal magnitud que vulnere de forma evidente el debido proceso y que resulte determinante para el sentido del fallo o la decisión plasmada en la providencia judicial. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional estableció que los presupuestos materiales que configurarían una vulneración al debido proceso, son: defecto orgánico[16], sustantivo[17], procedimental[18] o fáctico[19]; error inducido[20]; decisión sin motivación[21]; desconocimiento del precedente constitucional[22]; y violación directa de la Constitución[23].

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se comprueba la existencia de una de las causales materiales que se señalaron, se atenta contra uno o varios de los elementos constitutivos del debido proceso y, por lo tanto, no sólo se justifica sino se exige la intervención del juez constitucional.

4.1. Caracterización del defecto sustantivo.

Este Tribunal Constitucional ha definido que el defecto sustancial o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable 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”[24]. En ese sentido, a partir de la revisión de diversas acciones de tutela en contra de providencias judiciales, la Corte ha venido identificando las diferentes circunstancias que constituyen el defecto mencionado, a saber:

(i) Cuando la decisión impugnada se funda en una disposición indiscutiblemente no aplicable al caso[25];

(ii) Cuando el funcionario realiza una “aplicación indebida” de la preceptiva concerniente[26];

(iii) Cuando la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance[27];

(iv) Cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática[28];

(v) Cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada[29];

(vi) Porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó; porque la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador[30].”

De los eventos relacionados con antelación, se entiende que la autonomía e independencia de las autoridades judiciales no es absoluta, puesto que la tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas, se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de las partes en el proceso y por lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal.

4.2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable a la ETB.

4.2.1. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., fue constituida como establecimiento público descentralizado del orden distrital, mediante acuerdo No. 72 de 1967 proferido por el Concejo Distrital de Bogotá. Luego, con base en la ley de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y a través del acuerdo No.21 de 1997[31], se transformó en una empresa de servicios públicos del orden distrital, bajo la forma jurídica de sociedad por acciones, con la totalidad de aportes oficiales[32]. Situación que se mantuvo hasta el 17 de marzo de 2000 cuando se efectuó una venta de parte de la propiedad accionaria, pasando a constituirse como una empresa de servicios públicos mixta. Al respecto, el artículo 2° de los Estatutos Sociales de la ETB, establece:

“Artículo 2. NATURALEZA JURIDICA: La [ETB S.A E.S.P.] es una sociedad comercial, por acciones, constituida como una empresa de servicios públicos, de carácter mixto conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y la Ley 1341 de 2009 y demás normas

concordantes.

La sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil.”

4.2.2. En virtud de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la ETB es una empresa de servicios públicos mixta, por cuanto, se trata de una empresa “en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%”. Esto se puede verificar al revisar la reciente composición accionaria de la ETB, donde el 88.39% pertenece a entidades de carácter público, mayoritariamente del Distrito Capital y tan solo el 11.60% es de naturaleza privada[33].

4.2.3. Así mismo, de acuerdo con los artículos 38 y 68 de Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, la ETB como empresa de servicios públicos mixta integra la rama ejecutiva de la administración a nivel distrital, específicamente, dentro del sector descentralizado por servicios -Sector de Hábitat-[34], razón por la que, se puede colegir, es una entidad pública.

4.2.4. Es importante, aclarar que mediante la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, se estableció el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las TIC, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, entre otros aspectos ligados a la prestación de este servicio. Igualmente, la norma en mención dispuso que a las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les sería aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo algunas disposiciones señaladas en el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009[35]. En ese orden, determinó que se respetaría la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica

conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público, aunque se haya suprimido la connotación de domiciliario que les confería la norma anterior.

4.2.5. Así, dado que la ETB está encargada de la prestación del servicio público de las TIC, es claro que le resulta aplicable la Ley 1341 de 2009 para el desarrollo de su objeto social, sin que con ello se pueda sustraer a darle cumplimiento a las disposiciones del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos previsto en la Ley 142 de 1994, que no fueron derogadas por norma alguna expedida con posterioridad.

4.2.6. En armonía con lo expuesto y, teniendo en cuenta que la ETB tiene una naturaleza jurídica de carácter especial, correspondiente al de empresa de servicios públicos mixta, constituida bajo la figura jurídica de sociedad por acciones, resulta pertinente traer a colación el análisis constitucional que realizó esta Corte sobre este tipo de empresas en la sentencia C-736 de 2007.

4.2.7. En esa oportunidad, la Corte señaló que este tipo de empresas tienen un régimen jurídico especial como también una naturaleza jurídica especial, en razón a que están encargadas de la prestación de un servicio público, labor que se traduce en la realización de uno de los fines del Estado fijados en la Constitución. Agregó que esa misma naturaleza y régimen especial impide considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. Incluso, precisó que las diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos.

4.2.8. De igual forma, la Corte consideró que un criterio que permite tener claridad sobre el régimen jurídico aplicable a una empresa de servicios públicos constituida como sociedad por acciones, es el porcentaje de participación que tenga el Estado en la misma, pues de ello se deriva el grado de autonomía que pueda fijar el legislador para la empresa en el régimen especial. Puntualmente, manifestó la Corte: “Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una

relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa"[36].

4.3. Marco de regulación de la reserva de los documentos de las empresas de servicios públicos mixtas.

4.3.1. Para efectos de resolver si está permitido o no el acceso a las actas que fueron solicitadas por la concejala ante la ETB, es necesario determinar en primera instancia cuál es la naturaleza de los documentos requeridos, es decir, si son públicos o privados, y en consecuencia definir cuál es el régimen jurídico aplicable para levantar la reserva que recaiga sobre los mismos. Esto, por cuanto la Constitución distingue, en su contenido normativo, del derecho de acceso que por regla general corresponde a los documentos públicos, de las excepciones en los que resulta posible acceder a los documentos de carácter privado.

4.3.2. De un lado, el artículo 74 de la Carta Política establece que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, al mismo tiempo que advierte que pueden existir restricciones a ese derecho de acceso a la información en los casos que establezca la ley. Esta prerrogativa permite la satisfacción de los principios a la transparencia y publicidad de la gestión pública, los cuales deben imperar en un ordenamiento constitucional y democrático, para combatir y eliminar los actos de corrupción derivados del abuso del poder y la malversación de los recursos públicos.

4.3.2.1. Por ello, para satisfacer tales principios superiores y además garantizar el interés general, 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 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.”

4.3.5. 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.

4.4. Función de control político de los Concejos Municipales o Distritales.

4.4.1. La Constitución Política de 1991 regula diferentes mecanismos de control que son necesarios para proteger los derechos, garantizar la separación de poderes y mantener la democracia en la sociedad. Dentro de estos mecanismos, encontramos el control político[38], el cual fue conferido a distintas autoridades u órganos del Estado pertenecientes a las diferentes ramas del poder público, como por ejemplo los Concejos municipales o Distritales.

4.4.2. Estos Concejos, de conformidad con el artículo 312 Superior -modificado por el AL 01 de 2007, artículo 5-, se definen como corporaciones político-administrativas que ejercen una función de control político sobre la gestión de la administración Distrital o municipal. En el caso de la ciudad de Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, organizada como Distrito Capital, el artículo 322 Superior señala que su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios[39].

4.4.3. En efecto, mediante el Decreto Ley 1421 de 1993, se dictó el régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá, regulando en el artículo 14, el ejercicio del control político por parte del Concejo, control que puede desempeñar a través de (i) citaciones para que los

secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de entidades descentralizadas, así como al Personero y al Contralor comparezcan ante el Concejo y respondan a un cuestionario previamente escrito; (ii) solicitud de información escrita a determinadas autoridades municipales, sobre el ejercicio de su cargo; y (iii) por medio de la moción de observaciones[40].

4.4.4. Cabe mencionar, que por disposición constitucional y legal, en lo no regulado en el Decreto Ley 1421 de 1993 para funcionamiento y organización del Distrito Capital de Bogotá, se aplicará el régimen general de los municipios, es decir, la Ley 136 de 1994, que fue modificada mediante la Ley 1551 de 2012.

4.4.5. Por eso, una vez revisado el contenido normativo de las leyes en mención, se advierte que no existe disposición normativa que derogue en forma alguna el artículo 14 del Decreto Ley 1421 de 1993; aunque si se observa que ante la ausencia de norma especial que regulara la materia, le son aplicables al Distrito Capital las nuevas atribuciones otorgadas a los Concejos municipales, con la modificación o adición realizada por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 al numeral 12 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994.

5. Caso concreto.

5.1. La ETB interpuso acción de tutela contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca alegando que fue vulnerado su derecho al debido proceso, con la sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012 y el auto de aclaración de 14 de febrero de 2013, providencias en las cuales presuntamente se incurrió en un defecto sustantivo, al aplicar normas (art. 322 de la CP, arts. 12 y 14 Decreto 1421 de 1993, Ley 142 de 1994) que no se adecuaban a las circunstancias fácticas de la ETB, en razón a su (i) naturaleza jurídica, (ii) las características del ejercicio del derecho de petición tratándose de empresas que prestan TIC; y (iii) los límites del ejercicio del control político.

5.2. Procede la Sala de Revisión a analizar el fundamento de las providencias cuestionadas, para verificar si se configuró el defecto sustantivo alegado.

5.2.1. Como se señaló en los fundamentos fácticos de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012, declaró mal denegada la solicitud hecha por la concejala Vargas Silva, ordenando a la

ETB que entregara a la peticionaria las copias auténticas de las Actas de Junta Directiva y de la Asamblea General de Accionistas. Para ese fin, sostuvo que la ETB es una empresa de servicios públicos a la cual le resulta aplicable la Ley 142 de 1994, que en el artículo 19 remite al Código de Comercio en los demás temas que no contemplara esa ley. En ese sentido, indicó que de acuerdo con el artículo 61 del C. de C. los documentos solicitados eran de carácter reservado. Sin embargo, estimó que la solicitud fue mal denegada por la ETB, por cuanto la concejala estaba actuando en ejercicio de las funciones de control político que le otorga el artículo 322 de la Constitución y los artículos 12 y 14 del Decreto 1421 de 1993, razón por la cual resultaba procedente la entrega de las actas requeridas. Finalmente, advirtió a la concejala que debía guardar con total cautela los documentos y usarlos sólo para los fines expuestos en el fallo, puesto que, en caso contrario, estaría extralimitándose en sus funciones.

5.2.2. Dado que, la ETB presentó solicitud de aclaración de la sentencia, en el sentido que se explicara cómo se iba a garantizar por parte de la concejala la reserva de los secretos de tipo industrial y las estrategias comerciales, que se encuentran plasmadas en las actas solicitadas el Tribunal accionado, mediante auto del 14 de febrero de 2014, resolvió acceder a la solicitud y en efecto modificar la orden precisando que se debe asegurar la reserva de la información y documentos que llegase a conocer la concejala, en los términos de los artículos 13 y 31 de la Ley 1437 de 2011[41].

Antes de proceder a dar un pronunciamiento de fondo sobre las providencias atacadas, advierte la Sala del contenido del auto mencionado que el Tribunal demandado incurrió en un error al señalar que el fundamento de la aclaración era el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011[42], “objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades”, puesto que el texto citado de ese artículo corresponde realmente a lo establecido en el artículo 27 de la misma ley, que establece la “inaplicabilidad de las excepciones[43]”.

5.3. Superado lo anterior y, una vez estudiadas las providencias cuestionadas, es claro que lo primero que debió hacer el Tribunal era definir la naturaleza del documento del cual se solicitaron las copias, para determinar así, cuál era el régimen jurídico de la reserva y en consecuencia resolver si era posible o no, ordenar la entrega; tarea que advierte esta Sala fue omitida.

5.3.1. Como se explicó en las consideraciones expuestas con anterioridad, las empresas de servicios públicos mixtas, que son entidades públicas pero sometidas a las reglas del derecho privado para la realización de su objeto social, producen documentos de carácter público, cuando actúan en cumplimiento de las prerrogativas propias de las entidades públicas; y documentos de carácter privado, cuando son originados del ejercicio de las funciones que realiza la entidad en las mismas condiciones que los particulares que intervienen en el mercado.

5.3.2. En esos casos, y desde que la naturaleza del documento sea clara, no hay problema alguno para aplicar la normatividad que en función de la reserva establece la Constitución y la ley. Contrario a lo que ocurre cuando los documentos solicitados no se pueden clasificar fácilmente como públicos o privados, como por ejemplo, el caso de las actas expedidas por la Asamblea de Accionistas y por la Junta Directiva de una empresa de servicios públicos mixta, como por ejemplo la ETB.

5.3.3. Lo anterior, bajo el entendido que en aquellos documentos (actas) concurren, por un lado, la manifestación de la principal función pública que cumple la ETB, relacionada con la prestación del servicio público de las telecomunicaciones, junto con la realización de su objeto social correspondiente a la labor que como comerciante desempeña en un mercado donde se requiere que compita en igualdad de condiciones con los particulares que prestan el mismo servicio público. De ahí, la importancia que el Tribunal que avocó conocimiento del recurso de insistencia para efectos de definir si era procedente o no la entrega de las actas, estudiara y determinara cuál era el tratamiento que debía dárseles a esos documentos.

5.3.4. Aquí es importante mencionar que el Código General del Proceso en el artículo 243 ofrece un criterio orgánico que permitiría en principio precisar la naturaleza jurídica del documento, pues define de forma clara, en su inciso segundo, que los documentos públicos serán aquellos otorgados: (i) por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención; ó (ii) por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. De esa forma, si se subsumiera los elementos del presente caso en las reglas de esta norma, sería fácil afirmar que cuando hablamos de las actas de la Junta Directiva o de la Asamblea de Accionistas, estaríamos ante documentos públicos en la medida que fueron expedidos por una entidad pública, o por los órganos de dirección, que están integrados por funcionarios públicos o particulares en ejercicio de la función pública.

5.3.5. Empero, estima la Sala que sostener íllanamente que tales actas son públicas porque la entidad es pública o porque el órgano que las expidió está compuesto por funcionarios públicos, sería problemático, si se pone de presente que la ETB, a pesar de ser una entidad pública regida por el régimen de las empresas de servicios públicos, se encuentra sometida también a las reglas del derecho privado establecidas en el Código de Comercio, para el cumplimiento de sus funciones como comerciante, en un mercado donde compite con empresas del sector privado. Por tal razón, resultaría insuficiente el criterio orgánico como eje definitorio de la naturaleza de las actas.

5.3.6. Por otro lado, tenemos la naturaleza de la actividad que desarrolla la entidad para la realización de su objeto social, como criterio relevante para definir la naturaleza del documento. En este caso, la ETB está encargada de prestar el servicio público de las telecomunicaciones, para lo cual es indispensable su participación a través de actividades comerciales en un mercado donde intervienen particulares que también están encargados de la prestación del servicio de las TIC. En razón a ello, la realización del objeto social y de las estrategias comerciales debe estar regulada por las normas aplicables a las sociedades comerciales, tal y como lo dispone la Ley 142 de 1994, cuando hace remisión en lo que a ese ámbito corresponde al régimen privado del Código de Comercio.

5.3.7. Así, dado que la ETB actúa como particular en las mismas o similares condiciones a las de los particulares que operan en el mercado de las TIC, las actas que sean proferidas por la Junta Directiva y la Asamblea General de Accionistas en realización de ese objeto social sometido al régimen jurídico del derecho privado, se tendrán como documentos de naturaleza privada, sobre los cuales, por regla general, se predica la reserva, salvo las excepciones que consagre la ley taxativamente.

5.3.8. En virtud de lo expuesto con antelación, es claro que la norma legal aplicable para efectos de la reserva de las actas solicitadas, es el artículo 61 del C. de C. mediante el cual se reglamenta la excepción al derecho de reserva de los libros y papeles del comerciante, a saber:

“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.

5.3.9. Este artículo 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, en la medida que el Código de Comercio contiene disposiciones relacionadas con la función que desempeñan las sociedades y por consiguiente los comerciantes, para competir con otros particulares en el sector 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.

5.3.9.1. Para definir el alcance del primer supuesto, es necesario analizar el artículo 61 del C. de C. a la luz de lo dispuesto en el artículo 15 de la Carta Política, por cuanto, este último señala en el inciso 4° cuales son los fines constitucionales para autorizar la presentación de los libros de contabilidad y demás documentos privados. Los fines establecidos por esa norma Superior son: tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado.

De lo anterior, considera la Sala que la función de control político que invocó la concejala para hacer inoponible la reserva de los documentos privados y en efecto lograr acceder a la información contenida en ellos, no se enmarca dentro de los fines constitucionales enunciados anteriormente, puesto que, no es el caso de un control fiscal que ampara un fin tributario, ni un control que persiga un fin judicial, ni mucho menos el ejercicio de un control de inspección, vigilancia e intervención propio del cumplimiento de las funciones de las Superintendencias frente a las empresas que prestan servicios públicos.

5.3.9.2. En cuanto, al segundo supuesto, relacionado con la posibilidad de exhibir los documentos del comerciante cuando estos sean solicitados para el cumplimiento de las funciones de vigilancia y auditoría, al igual, que en el supuesto anterior, considera la Sala que las excepciones previstas en la norma no corresponden a la esencia del control político que, en este caso, pretende alegar la concejala para levantar la reserva que recae sobre los documentos privados de la ETB.

5.3.10. En consecuencia, considera la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la ETB, al incurrir en un defecto sustantivo, que se configuró a pesar de que la norma aplicada estaba vigente y era constitucional, porque la misma no se adecuaba a la situación fáctica a la cual se aplicó, en tanto se le reconocieron efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. En otros términos, el artículo 61 del C. de C. que aplicó el Tribunal accionado, a pesar de que sí estaba relacionado con la reserva de los documentos privados que fueron originados de la realización del objeto social de la ETB como comerciante, no contemplaba dentro de los supuestos constitucionales ni legales, al control político como excepción para levantar la reserva y en consecuencia ordenar el acceso a las actas de la Junta Directiva y de la Asamblea General de Accionistas.

5.3.11. Por esta razón, entiende la Sala que la orden del Tribunal dirigida a la ETB para que entregara a la concejala las actas mencionadas, debió haber sido declarada improcedente en tanto el régimen jurídico aplicable para efectos de la reserva no previó dentro de los supuestos, al control político como excepción para tener acceso a tales documentos. Por lo tanto, la Corte dejará sin efectos la sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012 y el auto del 14 de febrero de 2013, mediante los cuales se declaró mal denegada la solicitud por parte de la ETB, para, en su lugar, ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera un nuevo pronunciamiento atendiendo a las consideraciones expuestas en este providencia.

5.3.12. En todo caso, aclara la Sala que lo anterior no implica que la ETB, como entidad pública sometida a las reglas del derecho privado, quede exenta de control respecto del cumplimiento de sus funciones. Por el contrario, las actuaciones de esta entidad, por mandato constitucional y legal, se encuentran sometidas a diferentes controles, como por ejemplo, al control fiscal que ejecuta la Contraloría Distrital cuando se trata del manejo de los recursos provenientes de los accionistas públicos, a la inspección, vigilancia y control que lleva a cabo en sus respectivas materias la Superintendencia de Industria y Comercio y, la Superintendencia de Servicios Públicos, así como al control ejercido por la Comisión de Regulación, en lo que tenga que ver con la eficaz prestación del servicio público de las TIC, entre otros.

5.3.13. Así mismo, se advierte que lo resuelto en esta ocasión no significa en forma alguna que se haga nugatorio el control político que detenta el Concejo Distrital sobre las entidades

públicas, como las empresas de servicios públicos mixtas. Ello, por cuanto tales cuerpos colegiados tienen a su disposición los informes que presenta toda sociedad comercial al público, así como los demás documentos que puedan ser solicitados a las autoridades competentes en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y auditoria, y con ello pueden llevar a cabo dicho control.

5.3.14. Otra razón por la cual la ETB no queda exenta del control político, se deriva de la calidad de los integrantes de la Asamblea General de Accionistas, como también de la Junta Directiva de esta entidad, bajo el entendido que esos órganos están conformados por funcionarios públicos, como el Alcalde y algunos de los Secretarios de Despacho del Distrito, quienes por su condición de tales, son objeto del control político ante el Concejo Distrital, bien sea a través de la moción de observaciones o de censura (Decreto Ley 1421 de 1993, art. 14 y 15).

Con base en todo lo expuesto, procede la Sala a revocar la sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera-, del 18 de julio de 2013, que confirmó la sentencia de primera instancia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- del 18 de abril de 2013, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de tutela, para en su lugar, tutelar el derecho fundamental al debido proceso invocado por la ETB.

6.1. Síntesis del caso.

La ETB instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que la sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012 y el auto de aclaración de 14 de febrero de 2013, ambos proferidos por el Tribunal accionado en el marco de un recurso de insistencia, vulneraron su derecho fundamental al debido proceso, al incurrir en un defecto sustantivo, por aplicar normas vigentes y constitucionales, pero que no se adecuaban a las circunstancias fácticas de la entidad accionante, en razón a: (i) su naturaleza jurídica, (ii) las características del ejercicio del derecho de petición tratándose de empresas que prestan TIC; y (iii) los límites del ejercicio del control político.

Concluye la Sala de Revisión que el Tribunal demandado vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto, a pesar de que aplicó una norma pertinente para definir la reserva de las actas solicitadas, le reconoció a la misma efectos diferentes a los previstos

expresamente por el legislador, en tanto, derivó de los supuestos de la norma, sin que así lo estableciera, la posibilidad de levantar la reserva sobre las actas de la Junta Directiva y de la Asamblea General de Accionistas de la ETB, cuando se tratara del ejercicio de la función del control político del Concejo Distrital.

Para la Corte, la Carta Política hace una diferenciación en el tratamiento relacionado con el acceso a los documentos públicos y privados. En cuanto a 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.

El Concejo Distrital está facultado constitucional y legalmente, para el ejercicio del control político de las empresas de servicios públicos mixtas, que sean entidades públicas sometidas a las reglas del derecho privado, sin embargo, la realización de dicha función deber hacerse a través de los procedimientos establecidos en la ley y frente a los sujetos que están sometidos a dicho control.

6.2. Regla de la decisión.

Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso, por configurarse un defecto sustantivo, cuando la autoridad judicial aplica una norma a la que, a pesar de estar vigente y ser constitucional, se le reconocen unos efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera-, del 18 de julio de 2013, que confirmó la sentencia de primera instancia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Quinta- del 18 de abril de 2013, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de tutela, para en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB S.A. E.S.P.-

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de única instancia del 13 de diciembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, Subsección A, y el auto de aclaración del 14 de febrero de 2013, proferido por la misma Corporación,

Tercero.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, Subsección A, que profiera una nueva sentencia que reemplace la del 13 de diciembre de 2012, atendiendo los lineamientos expuestos en esta providencia.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[2] Decreto 410 de 1971, por medio del cual se expide el Código de Comercio.

[3] El artículo 61 del Código de Comercio, establece: “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”.

[4] Constitución Política, artículo 322. Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2000. “Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas”.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

[5] Decreto 1421 de 1993 “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”, en el artículo 12 establece cuales son las atribuciones que le corresponden al Concejo Distrital y en el artículo 14 define el control político, así: “Control Político. Corresponde al Concejo vigilar y controlar la administración Distrital. Con tal fin, podrá citar a los secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de entidades descentralizadas, así como al Personero y al Contralor. Las citaciones deberán hacerse con anticipación no menor de cinco (5) días hábiles y formularse en cuestionario escrito. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. También podrá el Concejo solicitar informaciones escritas a otras autoridades distritales. El funcionario citado deberá radicar en la Secretaría General la respuesta al cuestionario, dentro del tercer día hábil siguiente al

recibo de la citación”.

[6] La apoderada de la ETB sustentó la solicitud de aclaración en los siguientes términos: “Que la solicitud de aclaración versa sobre la expresión ‘se advierte que la señora Vargas Silva debe guardar con total cautela los documentos y usarlos sólo para los fines expuestos en el presente fallo, ya que de no ser así, estaría extralimitando sus funciones’ contemplada en la parte resolutive de la sentencia, ya que no quedó expuesto ‘como se garantizará a ETB S.A. ESP la reserva de los secretos de tipo industrial y las estrategias comerciales que se encuentran plasmadas en las Actas solicitadas’.

Que la solicitud tiene asidero en que ‘el objeto social de la empresa es el desarrollo actividades relacionadas con la prestación de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones y que dicha función se cumple de conformidad con las reglas aplicables a su especial actividad y las generales del derecho privado, comercial y civil principalmente, que le permiten desenvolverse dentro de un segmento de mercado que se encuentra en abierta competencia económica y comercial.’

Que al ser la ETB una empresa ‘que presta sus servicios en competencia con el sector privado y se constituye en un agente económico y comercial adicional que interviene en el mercado de las TIC siendo de trascendental importancia mantener la información mencionada en reserva’.

Que no se indicó ‘la forma en que se garantizará dicha confidencialidad; si se firmará un acuerdo de confidencialidad, ó se expedirá copia sólo de los partes que tengan relación directa con el tema sobre el cual pretenda ejercer el control político (extracto del acta), control político que es claro no procede para ETB posición que se reafirma con pronunciamientos de la Procuraduría General (auto del 22 de diciembre de 2012, dentro del radicado IUS 2012305141, ó en todo caso, ¿cómo es que la doctora María Victoria Vargas Silva debe garantizar la reserva. Circunstancia que además consideramos tendrá que extenderse a las personas a su cargo, pues si bien en ETB S.A. ESP todos los empleados tiene dentro de su contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad, no se tiene certeza si sucede lo mismo con el equipo de trabajo de la peticionaria, máxime cuando lo que presuntamente se pretende es ejercer control político”. Folio 119.

[7] Mediante Auto del 14 de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

Sección Primera –Subsección A-, resolvió acceder a la solicitud de aclaración de la sentencia del 13 de diciembre de 2012, proferida por esa corporación, presentada por la apoderada de la ETB, en consecuencia, ordenó que el numeral primero de dicha sentencia quedara así: “PRIMERO: DECLARESE MAL DENEGADO por parte de la ETB S.A. ESP la solicitud hecha por la señora Concejala (...) en relación con ‘1. Copia autentica de las Actas de Junta Directiva de la ETB, correspondiente a las sesiones adelantadas durante el periodo enero a septiembre de 2012’ y ‘2. Copia autentica de las Actas de la Asamblea General de Acciones de la ETB, correspondientes a las sesiones adelantadas durante el período enero a septiembre de 2012, junto con las grabaciones de video de cada sesión’ y en su lugar ORDÉNASE a la ETB que en el término de cinco (5) días entregue los documentos aludidos a las señora Concejala (...), a quien le corresponde asegurar la reserva de la información y documentos que llegue a conocer, en los términos de los artículo 13 y 31 de la Ley 1437 de 2011”. Folio 120.

[8] Constitución Política, artículo 333: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

[9] En Auto del treinta y uno (31) de octubre de 2013 de la Sala de Selección de tutela No. 10 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de las providencias en cuestión y se procedió a su reparto.

[10] Poder judicial. Folio 22. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace

parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[11] De conformidad con la Sentencia SU-961 de 1999: “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

[12] Folio 133.

[13] Folio 121.

[14] Ver sentencia 1049/08, sobre agotamiento de recursos o principio de residualidad y su relación con el principio de subsidiariedad cuando se ejerce la acción de tutela contra providencia judicial.

[16] Carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

[17] Cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales o en fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Sentencia C- 590/05.

[18] Se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido. Al respecto ver sentencias T-008/98, SU- 159/02, T-196/06, T-996/03, T937/01.

[19] Se refiere a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón de la

independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es bastante restringido.

[20] Conocido también como vía de hecho por consecuencia, la cual hace de referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Ver sentencias SU-214/01, T-1180/01, y SU-846/00.

[21] Las motivaciones como deber de los funcionarios públicos, es la fuente de la legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver sentencia T-114/02.

[22] Se presenta por ejemplo cuando habiendo la Corte Constitucional establecido el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario aplica una ley limitando dicho alcance. Ver sentencias SU-640/98 y SU-168/99.

[23] Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la Constitución. (Ver sentencias SU-1184/01, T-1625/00, y T1031/01), o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver sentencia T- 701/04.

[24] Sentencias SU- 515 de 2013, SU - 159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras.

[25] Sentencia T-1068 de 2006.

[26] Sentencia T-1044 de 2006.

[27] Sentencias T-608 de 1998 y 244 de 2007, entre otras.

[28] Sentencias T-008 de 1998 y T-189 de 2005, entre otras.

[29] Sentencia T-056 de 2005.

[30] Sentencia SU-159 de 2002.

[31] Acuerdo proferido por el Concejo de Bogotá, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las referidas en los artículos 12 y 55 del Decreto-Ley 1421 de 1993, artículos 17 y 180 de la Ley 142 de 1994 y 2 de la Ley 286 de 1996.

[32] En igual sentido, sobre la naturaleza jurídica de la ETB, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencias del 13 de abril y el 25 de mayo de 2011, precisó que: "...La empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá. (...) con base en lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, (...) fue reorganizada como una empresa de servicios públicos del orden distrital, con totalidad de aportes oficiales, bajo la forma jurídica de sociedad por acciones.

Para dar cumplimiento a las normas antes citadas, mediante escritura pública No.0004274 de 29 de diciembre de 1997, se constituyó la sociedad comercial denominada "Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. -E.T.B.- E.S.P. (...)

Así las cosas, a partir del 29 de diciembre de 1997, la ETB se constituyó como una empresa de servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, la naturaleza de su capital no siempre ha sido la misma, hasta el 17 de marzo del año 2000, año en que se llevó a cabo la enajenación de parte de la propiedad accionaria, la ETB era una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial. A partir de dicha venta, la empresa tuvo un carácter mixto, pues su capital ya no pertenecía en un 100% a entidades públicas pero estas sí conservaban más de un 50%..." (Subrayado fuera del original)

[33] Folios 156 y 250.

[34] Acuerdo 257 de 2006, artículo 114.

A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículos 4 sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 Y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica

conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público”.

[36] *Ibídem*.

[37] El artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-818 de 2011. El aparte tercero de la decisión expresa: “Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los efectos de la anterior declaración de INEXEQUIBILIDAD quedan diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso expida la Ley Estatutaria correspondiente”.

[38] Corte Constitucional Sentencia C-246 de 2004. En ese fallo la Corte caracterizó el control político del siguiente modo: “[...] En la práctica dicho control consiste en una valoración crítica, una suerte de vigilancia o fiscalización que hace el órgano legislativo acerca de la actuación del gobierno. En este tipo de control, la decisión, acto o decisión del ente controlado más que analizarse frente a una norma en concreto se enfrenta a la valoración política del legislativo. Además, en la praxis de este control político el elemento oportunidad juega un papel significativo, dado que puede ser ejercido cuando se estime políticamente más conveniente, con excepción de aquellos casos en que la Ley Fundamental señale el momento exacto en que debe aplicarse. Igualmente, desde el punto de vista de sus efectos el control político puede acarrear sanciones, aunque esta no es propiamente una de sus características esenciales, ya que en él lo relevante es la simple actividad de freno o limitación. Otro aspecto relevante en el control político es su imparcialidad, pues es indispensable que el órgano legislativo mantenga la suficiente distancia en relación con el Ejecutivo a fin de que al ejercer vigilancia no invada la órbita funcional del Ejecutivo y termine ejerciendo sus funciones, o desconociendo los atributos y competencias que la Carta le ha asignado.”

[39] En igual sentido, el artículo 2° del Decreto Ley 1421 de 1993, dispuso: “Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios”.

[40] Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 15.

[41] Ley 1437 de 2011, el artículo 31 de la misma ley, establece: “Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código; constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria.”

[42] Ley 1437 de 2011, el artículo 13 dispone que: “Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución...”.

[43] Ley 1437 de 2011, el artículo 27 establece: “Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible 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. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”.