

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 25000-23-41-000-2020-00341-00
Solicitante: EDGARDO RAFAEL DEULOFEU CERVANTES
Demandado: ECOPETROL S.A
Referencia: RECURSO DE INSISTENCIA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la solicitud de insistencia remitida por el Gerente de Apoderamiento de ECOPETROL S.A, señor Fredy Alexander Vidal, radicado a través de correo electrónico de la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el 6 de julio del año en curso (fls.1 al 3), de conformidad con lo previsto en la Ley 1755 de 2015 y el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, debido a la negativa de acceder a la solicitud de información formulada por el señor Edgardo Rafael Deulofeu Cervantes, ante dicha entidad el 17 de abril del 2020.

I. ANTECEDENTES

1. Trámite del recurso de insistencia

De acuerdo con el artículo 26 la Ley 1755 de 2015 y la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en caso de que una persona solicitante insistiese en su petición de información o documentos ante una autoridad que ha negado el acceso a la misma invocando una reserva, resulta necesario dar curso al procedimiento previsto en la norma como se describe a continuación:

"Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si

se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

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

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. (Negrillas del Despacho).

De esta forma, la normativa precitada dispone que, en caso de desacuerdo con la negativa de la entidad para brindar la información solicitada en virtud de una reserva invocada por la misma, el solicitante tiene la facultad de interponer un recurso de insistencia dentro del término de diez (10) días siguientes a la diligencia de notificación de la respuesta de la entidad que niega el acceso a dicha información.

En virtud de ello, se observa que la interposición del recurso en el plazo legal establecido es una carga del peticionario y su inobservancia genera consecuencias negativas para el mismo, de tal forma que el recurso es susceptible de ser rechazado si se desprende de la actuación que este ha sido impetrado por fuera de los diez (10) días que la ley estipula.

Una vez revisado el expediente, se evidencia que el 17 de abril de 2020

el señor EDGARDO RAFAEL DEULOFEU CERVANTES (en adelante, el peticionario) radicó una petición ante ECOPETROL para obtener información y documentos relacionados con los criterios para cambio de marcador de Combustible ECP 2003, así como de la información suministrada a la Dirección de Hidrocarburos, el 19 de septiembre de 2014, en torno a los criterios que motivaron el cambio de marcador, la tarifa de marcación y repercutieron en la estructura de precios del combustible para esa fecha.

Ecopetrol dio respuesta la anterior solicitud a través de correo electrónico del 19 de mayo de 2020, indicando:

(...) En atención a su petición radicada bajo el No.00899962 en la que solicita se le envíe copia de los siguientes documentos:

"- Estudio realizados por ECOPETROL para determinar el cambio del marcador ECP-2003 -Información suministrada a la Dirección de hidrocarburos del 19 de Septiembre de 2014 en la cual se comunica que ".....a partir del mes de agosto de 2013 la citada empresa realizó una sustitución del marcador argumentando, entre otras, las siguientes razones: (i) El nuevo marcador incorpora los desarrollos tecnológicos recientes, (ii) El proveedor del marcador anterior no garantiza su suministro, (iii) El proveedor de marcador garantiza el suministro del mismo.(iv) El nuevo marcador presenta un mejor desempeño para mezclas con biocombustibles. (v) Los procedimientos requeridos con el nuevo marcador facilitan la operatividad por parte de los agentes involucrados"

Sobre el particular, le informo que a esta gerencia le correspondió dar respuesta al segundo punto relativo a proporcionar la "Información suministrada a la Dirección de hidrocarburos del 19 de Septiembre de 2014", Respecto de lo cual le manifiesto que dicha información fue presentada de manera verbal ante la Dirección de Hidrocarburos y sus detalles hacen estricta referencia a los elementos estimados para la evaluación y/o selección de marcadores los cuales forman parte de un secreto industrial declarado por ECOPETROL, conforme lo establecen la Ley 1712 de 2014 y la Ley 1755 de 2015, razón por la cual no es posible atender su solicitud.(...) (Resaltad por la Sala)

Ante la negativa a suministrar la información solicitada, el 1 de junio de 2020, dentro del término de 10 días contemplado por la norma mencionada, el peticionario invocó el derecho de insistencia, para que

Ecopetrol S.A, procediera con el suministro de lo solicitado.

2. El contenido específico de la petición

Mediante escrito radicado el 17 de abril del 2020, el señor Edgardo Rafael Deulofeu Cervantes, presentó una solicitud, ante ECOPETROL S.A., bajo las siguientes consideraciones:

"(...) presento DERECHO DE PETICION, a fin me sea enviada copia de los siguientes documentos:

- Estudio realizados por ECOPETROL para determinar el cambio del marcador ECP-2003

- Información suministrada a la Dirección de hidrocarburos del 19 de Septiembre de 2014 en la cual se comunica que "...a partir del mes de agosto de 2013 la citada empresa realizó una sustitución del marcador argumentando, entre otras, las siguientes razones:

- El nuevo marcador incorpora los desarrollos tecnológicos recientes.*
- El proveedor del marcador anterior no garantiza su suministro.*
- El proveedor de marcador garantiza el suministro del mismo.*
- El nuevo marcador presenta un mejor desempeño para mezclas con biocombustibles.*
- Los procedimientos requeridos con el nuevo marcador facilitan la operatividad por parte de los agentes involucrados"*
- Los equipos utilizados para detectar el nuevo marcador presentan mayor grado de precisión que los equipos del marcador anterior"*

La anterior información no es confidencial, pues aparece en la resolución 91349 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2014 y publicada en ámbito jurídico. (...)"

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia y Legitimación

Procede la Sala a establecer la competencia para resolver el recurso de insistencia interpuesto.

En el presente asunto, la entidad ante la cual se solicita la documentación presuntamente reservada es ECOPETROL S.A., la cual fue constituida

como una sociedad de economía mixta, de carácter comercial, organizada del orden nacional y vinculada al Ministerio de Minas.

La Ley 489 de 1998 por la cual se regularon las normas sobre la organización y el funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 38 literal f), estableció que la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y del sector descentralizado por servicios está integrada por las sociedades de economía mixta, entre otras, en el siguiente sentido:

"Artículo 38º.- 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:

1. Del Sector Central:

- a. La Presidencia de la República;
- b. La Vicepresidencia de la República;
- c. Los Consejos Superiores de la administración;
- d. Los ministerios y departamentos administrativos;
- e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;
 - b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
 - d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 - e. Los institutos científicos y tecnológicos;
 - f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;**
 - g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
- (...)” (Negrillas fuera del texto original).

Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C – 953 del año 1999, estableció respecto de la naturaleza jurídica de las

sociedades de economía mixta que *"surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución."*¹

Por su parte, se pone de presente que en aplicación de lo establecido en el artículo 104 de la Ley 1437 del año 2011 (CPACA), los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa son aquellas controversias en las cuales se encuentren involucradas entidades públicas o particulares que ejerzan funciones administrativas.

Por otro lado, el señor Edgardo Rafael Deulofeu Cervantes, quien fue la persona que presentó la petición del 17 de abril del 2020, se encuentra legitimado dentro del presente trámite, por ser la misma persona quien mediante escrito radicado el 1 de junio de la misma anualidad, insistió en la información ante ECOPETROL S.A.

De lo anterior es viable concluir que, el presente trámite es de competencia de esta jurisdicción, como quiera que se encuentra un conflicto respecto de una Empresa Industrial y Comercial del Estado y un particular, como lo establece el artículo 104 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA). Además, se tiene que la sociedad ECOPETROL S.A., tiene naturaleza de entidad del orden Nacional, siendo entonces competente el presente Tribunal de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 ibidem.

2. El derecho de acceso a la información y a los documentos públicos

¹ Sentencia C - 953 de 1º de diciembre de 1999. Sala Plena de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Referencia de Expedientes Nos. D-2551, 2525, 2540, 2553 y 2558.

En primer lugar, el artículo 15 de la Constitución Política establece respecto del derecho a la intimidad lo siguiente:

"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

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".

El artículo 74 de la Constitución Política, establece que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley, disposición que también se encuentra reflejada en las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011).

El artículo 13² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011) consagra la posibilidad de consultar los documentos que reposan en las oficinas públicas y de obtener copia de los mismos, siendo un derecho reglamentado en la ley como una expresión del derecho constitucional fundamental de petición reconocido en el artículo 23 de la Constitución Política.

La reglamentación sobre la reserva de los documentos se encuentra contenida en los artículos 24 a 26³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normas estas que

² Artículo inexecutable, con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014.

³ Ibidem.

establecen que sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a esa calidad por la Constitución o la ley, y en especial, aquellos protegidos por el secreto comercial o industrial, los relacionados con la defensa o seguridad nacional, los amparados en el secreto profesional, los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas y 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.

Posteriormente, la Ley 1755 del 30 de junio del 2015, reguló el derecho de petición y sustituyó el Título II, Derecho de Petición, capítulo 1, Derecho de petición ante las autoridades-Reglas Generales, capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas especiales y capítulo III Derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas, artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

De acuerdo con la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y la Ley 1755 del año 2015, la regla general aplicable es la publicidad de los documentos públicos y la excepción a dicho principio es la reserva por disposición constitucional o legal, al igual que los aspectos relacionados de manera específica en el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (modificado).

Sobre los datos personales y el derecho a la intimidad, la Corte Constitucional⁴ ha considerado que estos se clasifican en públicos, semiprivados y privados.

El dato público, corresponde a aquellos que sean calificados de esa manera por la Constitución y la ley, al igual que todos los que no estén incluidos en las categorías de datos semiprivados y privados.

Los datos semiprivados corresponden a aquellos que no tienen naturaleza íntima, reservada, ni pública y que, por ende, su

⁴ Sentencias T-729 del 5 de septiembre de 2002 y C-1011 del 16 de octubre de 2008, ambas del Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

conocimiento puede interesar no solo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general. Ejemplo de esta categoría es el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios.

Por último, el dato privado es aquel que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular. En consecuencia, de acuerdo con lo anterior la regla general aplicable es la publicidad de los documentos públicos y, la excepción a dicho precepto es la reserva que, en determinadas circunstancias, imponga la ley.

Corresponde entonces al legislador el señalamiento preciso y concreto de aquellos documentos que deben estar amparados por reserva, lo que excluye lógicamente que las limitaciones a la regla de la publicidad puedan ser impuestas por autoridades diferentes.

Se advierte que, al tratarse de una excepción al ejercicio del derecho constitucional fundamental de petición la consagración legal debe ser expresa, por ende, su aplicación taxativa y sobre la base de una interpretación restrictiva pues, sólo de esta forma se instrumenta y garantiza la protección efectiva de los derechos fundamentales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), la limitación a la obtención de ciertos documentos que se encuentran en la base de datos de las entidades públicas, debe ser motivada por la administración y las autoridades con indicación precisa de las disposiciones legales y constitucionales que fundamentan la respuesta nugatoria, por lo cual, no es suficiente con manifestar simplemente que la información requerida por un peticionario se encuentra amparada por reserva legal y es confidencial sin señalar el sustento normativo de esta dado que, la omisión vulnera injustificadamente, el ejercicio del derecho fundamental de petición.

En el mismo sentido, la Ley 1712 de 2014 *"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” establece en su artículo 18°, la posibilidad de rechazar el acceso a la información, siempre y cuando dicho acceso pudiese causar daño a derechos como la vida, la salud, la seguridad, la intimidad **y los secretos comerciales, industriales y profesionales.** (Resaltado por la Sala)

A su vez, el artículo 21° de la citada normativa, dispone la facultad de realizar una divulgación parcial de la información cuando se evidencie que la totalidad de la misma no está protegida por una excepción contenida en la ley, de tal forma que resulta imperativo elaborar una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable, pues el restante de la información que no cae en ningún supuesto de reserva legal se erige, entonces, con el carácter de conocimiento público y deberá ser entregada al solicitante de conformidad con el derecho fundamental a la información.

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), establece el trámite que debe adelantarse, en caso de una insistencia de una persona solicitante, así:

"Artículo 26. Insistencia Del Solicitante En Caso De Reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. (...)" (Negrillas adicionales de la Sala).⁷

3. Caso Concreto

En el asunto bajo estudio, el Gerente de Apoderamiento de ECOPETROL S.A., denegó la solicitud de información elevada por el señor Edgardo

Rafael Deulofeu Cervantes, con fundamento en que la información solicitada hacía parte del secreto industrial en los términos de la ley 1712 de 2014, toda vez que la misma involucraba los criterios estimados para la evaluación o selección de marcadores⁵ en Colombia.

Señaló Ecopetrol que la información solicitada es por definición parte del secreto industrial de la empresa e incluso comportan interés para la seguridad y defensa del Estado, pues precisamente por expresa disposición legal, Ecopetrol tiene en forma exclusiva de realizar la marcación a los combustibles líquidos derivados del petróleo, el deber de seleccionar el marcador y la facultad del Proceso mediante el cual se agrega al combustible una sustancia química denominada marcador y de cambiarlo, en condiciones de seguridad, como medida adoptada por el Gobierno Nacional para combatir el hurto de combustible, el apoderamiento ilegal de los hidrocarburos y su comercialización ilegal.

Evalrados los presupuestos normativos, la Sala declarará bien **denegada** la solicitud de documentos de la referencia, por cuanto, se advierte que la información solicitada se encuentra amparada por reserva legal para el caso concreto, de conformidad con lo siguiente:

1) El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

La Sala advierte que como quiera que se trata de la restricción al ejercicio de un derecho constitucional como lo es el de información y consulta de los documentos que reposen en las oficinas públicas, el establecimiento de dicha limitación solo puede hacerse mediante ley en sentido formal, es decir, aquella expedida por el Congreso de la República con base en los artículos 150 a 152 de la Constitución Política y con el procedimiento preestablecido para el efecto o, excepcionalmente, a través de decretos

⁵ Proceso mediante el cual se agrega al combustible una sustancia química denominada "marcador", la cual no afecta ninguna de sus propiedades físicas, químicas ni visuales, ni ninguna de sus especificaciones.

con fuerza de ley, como lo son los decretos extraordinarios expedidos por el Presidente de la República en uso de las facultades especiales que le pueden ser conferidas por el órgano legislativo en aplicación de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 constitucional, los dictados por esa misma autoridad en desarrollo de los estados de excepción previstos en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el artículo 341 de la Constitución sobre regulación de planeación nacional o en normas supranacionales ratificadas por Colombia.

Lo anterior significa que no es posible establecer excepciones o reservas al derecho de petición para obtener información a través de normas que no tengan carácter constitucional o legal, como por ejemplo, por medio de decretos reglamentarios u otro tipo de normas de rango inferior, y mucho menos es posible consagrarlas mediante convenio entre particulares o por medio de cláusulas o estipulaciones contractuales, por la sencilla pero suficiente razón de que tal hipótesis no se encuentra prevista o autorizada por el constituyente ni por el legislador.

2) Se observa que, en el numeral 3º del artículo 24 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), adicionado por la Ley 1755 del año 2015, se establece que *solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y materias especiales allí determinadas, en el siguiente sentido:*

"Ley 1755 del 2015

Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

(...)

**DERECHO DE PETICIÓN ANTE AUTORIDADES
REGLAS ESPECIALES.**

ARTÍCULO 24. INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS.

Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

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

(...) PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.” (Resalta la Sala).

En consecuencia, se advierte que la reserva establecida en el artículo 24 de la Ley 1755 del 2015, sobre la información que involucra aquellos asuntos que involucren el secreto industrial, lo cual es aplicable al caso concreto, dada la naturaleza de la norma por la cual se fija la reserva.

Por su parte, la Ley 1712 del 6 de marzo de 2014, 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, establecido en sus artículos 6, 18 y 19 lo referente a la información reservada y que tipo de información se encuentra exceptuada para el conocimiento de los particulares:

(...)

ARTÍCULO 6 DEFINICIONES. (...) d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley(...)

(...)

ARTÍCULO 18. INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑO DE DERECHOS A PERSONAS NATURALES O JURÍDICA. 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.** (Resaltado por la Sala)

De otra parte, es importante puntualizar lo que el Decreto 1503 de 2002, por medio de la cual se reglamenta la marcación de los combustibles líquidos derivados del petróleo en los procesos de almacenamiento, manejo, transporte y distribución, estableció respecto a los marcadores de combustibles líquidos derivados del petróleo,

*"(...) **Artículo 2º.** Toda la gasolina motora y el ACPM que se almacene maneje, transporte y distribuya en el territorio nacional deberán estar marcados.*

***Artículo 3º.** Será responsabilidad de Ecopetrol determinar el procedimiento de "Marcación" y el "Marcador" que se utilizará en todo el país, así como los procedimientos de "Detección".*

***Artículo 4º.** Será responsabilidad de Ecopetrol y de los importadores o refinadores locales, marcar toda la gasolina y el ACPM, ya sean importados o producidos en Colombia, ciñéndose estrictamente al procedimiento y al "Marcador", de conformidad con el presente decreto.*

(...)

***Artículo 8º.** Ecopetrol, deberá seleccionar el "marcador" más conveniente desde el punto de vista técnico y tomará todas las precauciones manteniendo los controles necesarios para garantizar la seguridad y exclusividad del marcador, e igualmente, podrá variar las características del mismo cuando lo estime necesario.*

***Artículo 9º.** El Ministerio de Minas y Energía reconocerá dentro de la estructura de precios de los combustibles un componente dedicado a la "marcación" y "detección" de los mismos, de tal forma que le permita a Ecopetrol, a los refinadores locales y a los importadores, cumplir con las obligaciones establecidas en el presente decreto (...)"*

De lo expuesto, la Sala advierte que las razones que puede esgrimir la autoridad pública para negar la información o copia de un documento radican en la naturaleza del mismo, en cuanto esté taxativamente protegido por reserva constitucional o legal, concurren razones de defensa o seguridad nacional (artículo 24, numeral 1º, de la ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015) y las que tengan que ver con la protección de la intimidad de las personas (artículo 15 de la Constitución y artículo 24, numeral 4, de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015) o la protección de determinada información económica de la Nación (artículo 24, numeral 5, de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015).

Solo la Constitución Política o la ley pueden definir qué documentos son reservados, no siendo admisible que sea la misma autoridad administrativa la que establezca la reserva.

También es cierto que atendiendo a razones de defensa o seguridad nacional y motivos dirigidos a proteger la intimidad de las personas o los indicados en el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, subrogado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, también pueden justificar la negativa de la administración de entregar un documento o una información.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia T – 511 de 2010, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, consideró que el derecho de acceso a los documentos públicos no es absoluto ni ilimitado, pues los funcionarios pueden restringir su acceso cuando la consulta pueda atentar contra secretos protegidos por la Constitución o la Ley; los concernientes a la defensa y seguridad nacional; y aquellos cuyo contenido vulnere el derecho a la intimidad.

Así las cosas, se evidencia que si bien ECOPETROL S.A, en respuesta otorgada al peticionario el 14 de mayo del 2020, no puntualizó los artículos bajo los cuales estimó que la información solicitada gozaba de reserva, pero señaló cuáles eran las normas en que se basó para tal determinación, haciendo referencia a la Ley 1712 de 2014 y la Ley 1755 de 2015.

Ahora bien de la lectura de las normas citadas se advierte que la negativa para entregar lo solicitado obedeció a que la información a la cual se pretende acceder se encuentra relacionada con el secreto industrial que hace parte de la propiedad intelectual de la entidad a quien se le solicita la información y que a su vez propende la seguridad nacional en el tema de hidrocarburos, pues el Gobierno Nacional estableció una marcación a los derivados líquidos del petróleo como medida para combatir el hurto de combustible, el apoderamiento ilegal de los hidrocarburos y su comercialización ilegal, quedando la facultad de establecer el marcador en cabeza de ECOPETROL S.A.

Por tanto, se tiene que los criterios de selección del marcador atañen a la propiedad intelectual de ECOPETROL S.A, y su confidencialidad la garantía de exclusividad y seguridad de este, pues dado el objetivo que este tiene en los combustibles líquidos derivados del petróleo, se advierte que no puede ser de público conocimiento la información tenida en cuenta para su selección.

Bajo el anterior contexto, se advierte que la negativa de acceso a la información se encuentra ligada a los artículos 18 de la Ley 1712 de 2018 y al 24 numeral 6º de la Ley 1755 de 2015, en concordancia con lo contenido en el Decreto No. 1503 del 2002, el cual fue expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades reglamentarias que le confiere el numeral 11 del artículo 189 y el 334 de la Constitución Política, el 212 del Código de Petróleos, 8º de la Ley 39 de 1987, 1º y 3º de la Ley 26 de 1989.

En efecto, la potestad reglamentaria del Presidente de la República es una atribución constitucional que le permite a la rama del poder ejecutivo del Estado expedir decretos reglamentarios, resoluciones y órdenes necesarias para el cumplimiento de las leyes; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es reiterativa en indicar que en el ejercicio de esa función, no le es permitido al presidente legislar, al

crear o modificar la ley, funciones que constitucionalmente le corresponden al Congreso.

La Sala Plena de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, en la Sentencia C-1005 del 15 de octubre del año 2008 dentro del expediente con radicado D-7260, estableció lo siguiente:

"La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador.

Delimitadas las tareas de ejecutar, cuando la ley no necesita de regulación ulterior y la de reglamentar, en el caso contrario, ha de resaltarse el énfasis marcado por la jurisprudencia constitucional en el sentido en que, en este último evento, la competencia reglamentaria se dirige a la producción de actos administrativos por medio de los cuales lo que se busca es convertir en realidad el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real. Así, la potestad reglamentaria se conecta, con la expedición de normas de carácter general - sean ellas decretos, resoluciones o circulares - imprescindibles para la cumplida ejecución de la ley." (Resalta la Sala).

3) Así las cosas, bajo la argumentación planteada por el Gerente de Apoderamiento de ECOPETROL S.A, en principio podría pensarse que la norma que fundamentó la reserva documental no es oponible y por ello, debe permitirse el acceso a la información solicitada. No obstante lo

anterior, dada la naturaleza de la información que se requiere, corresponde a la Sala adelantar la prueba o test de razonabilidad⁶ con respecto a la restricción que en este caso se constituyó frente al derecho de acceso a la información, para lo cual se deben tomar en consideración los tres elementos que han sido precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto así: a) la adecuación o idoneidad del medio elegido para la restricción del derecho; b) la necesidad de dicho medio, esto es, que no haya otro menos lesivo para la limitación del derecho de que se trate; y c) la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, poner en una balanza el grado de limitación del derecho frente al bien jurídico que resulta protegido en el ejercicio de ponderación, y si dicha limitación es aceptable; los cuales serán analizados posteriormente en esta providencia para el asunto objeto del debate.

Lo anterior, en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional respecto a los límites del acceso al derecho a la información que deben estar debidamente motivados y justificados tal como lo expresó en la sentencia C – 274 del 9 de mayo del año 2013 con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa, en el siguiente sentido:

"Las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada. A este respecto la Corte ha señalado que existe una clara obligación del servidor público de motivar la decisión que niega el acceso a información pública y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley.

(...) La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas.

⁶ "El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza." Sentencia C-695 Sala Plena de la Corte Constitucional. Bogotá D.C., 9 de octubre del 2013. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Referencia: expediente D-9570.

Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad (principio de proporcionalidad en sentido estricto), es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad.” (Resaltado por la Sala)

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada y las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad.

Sin embargo, la falencia de motivación en la reserva no puede convertirse automáticamente en razón para acceder a la entrega de la información respectiva, ni impide que se examine si la negativa es razonable y proporcionada.

4) En el presente asunto, se puede evidenciar que la información solicitada está relacionada con los criterios para la selección de los marcadores y la información que Ecopetrol suministra de estos a la Dirección de Hidrocarburos, como elemento integrador para fijar la tarifa de los combustibles líquidos refinados.

Por tal razón, es claro para la Sala que la información solicitada debe mantenerse en reserva, pues, el artículo 24 numeral 6º de la Ley 1755 de 2015, señaló de manera puntual que aquellos asuntos referentes al secreto industrial. Así las cosas, al efectuarse el test de proporcionalidad evaluando los tres elementos que han sido precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tiene que:

¹ Sentencia C-274 Sala Plena de la Corte Constitucional, Bogotá D.C., 9 de mayo del año 2013. Magistrada sustanciadora: María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente PE-036.

Con respecto a la **adecuación** o idoneidad del medio elegido para la restricción del derecho como el primero de los requisitos exigidos, se advierte que, la limitación del derecho a la información con el carácter de reservado por considerar que la documentación solicitada contiene información sensible, debido a su estrecho vínculo con el derecho al secreto industrial, cuyo contenido se encuentra protegido por la reserva general establecida en el numeral 6º del artículo 24 de la Ley 1755 del 2015, es decir la reserva esta específicamente establecida por una norma con fuerza de ley.

El secreto empresarial o industrial, como elemento integrante del Régimen Común sobre Propiedad Industrial, se encuentra regulado por la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, el cual en su artículo 260 dispone:

*(...) Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) **secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;** b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. (Resaltado por la Sala)*

Por su parte la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Concepto No. 16-025912- 00001 del 17 de marzo de 2016, define su protección así:

"(...) Cabe resaltar que según el artículo 263 de la Decisión 486 de 2000, la protección del secreto empresarial a nombre de su titular perdurará mientras se den las condiciones anteriormente descritas, y además, que no se necesita trámite alguno ante esta Entidad, motivo por el cual, deben tomarse por parte de quien detenta el secreto empresarial, todas las medidas tendientes a evitar su divulgación. No obstante, lo anterior, según el artículo

264 ibidem, la persona que detente el secreto empresarial lo podrá transmitir o autorizar su uso a un tercero, bajo las condiciones de no divulgación”

Bajo estas premisas, la protección al secreto empieza desde que la información se encuentra asegurada con las medidas pertinentes para su no divulgación y que la misma cumpla con los requisitos establecidos en la Decisión 486 de 2000.

En efecto, la reserva establecida en el numeral 6º del artículo 24 de la Ley 1755 del 2015, contiene la protección del manejo de la información considerada como secreto industrial y que para el caso en concreto hace referencia a los estudios técnicos adelantados por el Instituto Colombiano del Petróleo para cambiar el marcador en un momento determinado, y la información suministrada ante el Ministerio que motiva el acto administrativo de cambio de la estructura de precios del combustible líquido.

Ahora, como quiera que Ecopetrol es quien define los parámetros para decidir qué tipo de marcador se utilizará, dado que es la única autorizada en atención a que el Estado le delegó un deber de seguridad frente a este tema, lo que hace que se configure como parte del patrimonio intelectual de la empresa, por tanto, de entenderse de otra forma desnaturalizaría la razón de ser del proceso de marcación de combustibles en Colombia y podría permitir que se emulara los marcadores que utiliza y autoriza Ecopetrol en el país con la graves consecuencias que ello acarrearía.

Es importante resaltar que aunque las normas que definen la estructura de precios del combustible, como lo es la Resolución 91349 del 28 de noviembre de 2014, *“por la cual el Ministerio de Minas y Energía, actualiza la tasa de remuneración de la tarifa de marcación y unifica el valor de este rubro dentro de la estructura de precios de los combustibles líquidos”* son de contenido público y que la información de los marcadores suministrada por ECOPETROL S.A, a la Dirección de

Hidrocarburos sirve como motivación para la expedición de la misma y establecer los valores ahí contenidos, esto no implica que sea de público conocimiento los criterios que se tuvieron en cuenta para el cambio del marcador.

La Resolución antes mencionada cita en su parte considerativa lo siguiente:

"(...) Que de acuerdo con la información suministrada el 19 de septiembre de 2014 por Ecopetrol S.A, a la Dirección de Hidrocarburos, a partir del mes de agosto de 2013 la citada empresa realizó una sustitución del marcador argumentando, entre otras, las siguientes razones:

- El nuevo marcador incorpora los desarrollos tecnológicos recientes.*
 - El proveedor del marcador anterior no garantiza su suministro.*
 - El proveedor de marcador garantiza el suministro del mismo.*
 - El nuevo marcador presenta un mejor desempeño para mezclas con biocombustibles.*
 - Los procedimientos requeridos con el nuevo marcador facilitan la operatividad por parte de los agentes involucrados"*
 - Los equipos utilizados para detectar el nuevo marcador presentan mayor grado de precisión que los equipos del marcador anterior;*
- Que, de conformidad con el análisis realizado por la Dirección de Hidrocarburos, el nuevo proceso de marcación determinado por Ecopetrol S.A, resulta favorable para ejercer un mejor control sobre la procedencia y destinación de los combustibles líquidos que se distribuyan en el país.*

Que, de conformidad con lo anterior, se requiere actualizar la remuneración de la tarifa de marcación y unificar el valor de este rubro dentro de la estructura de precios de la gasolina motor corriente, la gasolina motor corriente oxigenada, el ACPM y ACPM mezclado con biocombustible para uso en motores diésel (...)"

Se advierte que dicha resolución contiene los resultados de los criterios adoptados por ECOPETROL S.A, para el cambio de los marcadores, los cuales fueron estudiados por la Dirección de Hidrocarburos resultando favorable para ejercer un mejor control.

En relación con el segundo requisito del examen de proporcionalidad, esto es, la **necesidad** de dicho medio de limitación de acceso a la información obedece a un interés legítimo fundamentado en el riesgo que puede existir al exponer el secreto industrial.

Finalmente, en cuanto al último de los requisitos del test, esto es la **proporcionalidad** en sentido estricto, en el asunto objeto del debate resulta aceptable para la Sala la negativa del derecho de acceso a la información, dadas las características de la información solicitada.

En este sentido, del test de proporcionalidad realizado, al poner en una balanza la limitación del derecho de petición frente al bien jurídico que resulta protegido en el ejercicio de ponderación, dicha limitación resulta aceptable para la protección del derecho establecido en el numeral 6º del artículo 24 de la Ley 1755 del 2015 "**Los protegidos por el secreto comercial o industrial**" en lo que se refiere al tema de hidrocarburos y a las medidas adoptadas por el Gobierno para combatir el hurto de combustible, el apoderamiento ilegal y la comercialización no autorizada de los mismos, además de constituir ciertamente un secreto industrial. Así las cosas, bajo las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente, es viable concluir que, le asiste razón al Gerente de Apoderamiento de ECOPETROL S.A, al haber denegado el acceso a la información solicitada por el señor Ricardo Marín Rodríguez, el 17 de abril del 2020.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: Declárase bien denegada la solicitud de información requerida por el señor Edgardo Rafael Deulofeu Cervantes, el 17 de abril del 2020.

Segundo: Notifíquese esta providencia al Gerente de Apoderamiento de ECOPETROL S.A, señor Fredy Alexander Vidal Cepero, al correo electrónico notificacionesjudicialesecopetrol@ecopetrol.com.co, suministrado

en el escrito radicado el 6 de julio del 2020, conforme con lo dispuesto en el Decreto 806 del 2020.

Cuarto: Comuníquese esta decisión al señor Edgardo Rafael Deulofeu Cervantes, al correo electrónico edgardo1231@hotmail.com, suministrado en la petición de fecha 17 de abril del 2020, conforme con lo dispuesto en el Decreto 806 del 2020.

Quinto: Cumplido lo anterior, previas las constancias secretariales de rigor, por Secretaría **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



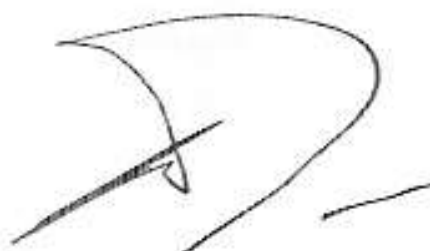
OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS

Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Magistrado