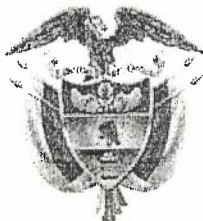


REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA CIVIL
ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil trece (2013)

Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-31-03-008-2013-00156-01

Accionante: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE
BOGOTÁ EAAB-ESP

Accionado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Magistrado Ponente: JORGE HERNAN VARGAS RINCON

Discutido y aprobado en sesión de la misma fecha

I. OBJETO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante en la presente ACCIÓN DE TUTELA promovida por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (en adelante EAAB-ESP), contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, el pasado veintiséis (26) de febrero del año en curso (2013).

II. ANTECEDENTES

II.1 PRETENSIÓN Y HECHOS RELEVANTES

Manifiesta el accionante, que la EAAB-ESP funge como Establecimiento Público del orden distrital (Acuerdo 105 de 1995, expedido por el Consejo Administrativo del Distrito Especial de Bogotá, posteriormente se modificó su naturaleza jurídica a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante Acuerdo distrital No.6, del 25 de julio de 1995), la cual opera como prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

El pasado 21 de noviembre de 2012, se presentaron a las instalaciones de la EAAB-ESP, con oficio 12-198353-6-0 de la misma fecha, unos funcionarios delegados por el Coordinador del Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), a practicar una visita administrativa con el fin de recaudar información enfocada particularmente a detectar posibles conductas de restricción de la libre competencia en la prestación del servicio de aseo en la ciudad.

Una de las tareas que realizó la comisión de la Superintendencia fue la de recolección y registro, sin orden judicial, de los correos electrónicos relacionados con el tema del mercado de recolección de desechos, de las cuentas del Doctor Diego Bravo – Gerente General de la EAAB-ESP y de la doctora Selma Asprilla -Asesora de la Gerencia de la misma entidad-; a pesar de que los funcionarios de la EAAB-ESP manifestaran la irregularidad de la actuación, por desconocimiento de la inviolabilidad de la correspondencia, reconocido en el artículo 15 de la Constitución Política, la comisión de la Superintendencia hizo caso omiso y realizó el registro de los mencionados correos.

La visita administrativa continuó el siguiente 22 de noviembre de 2012, fecha en la cual por acta se verificó el levantamiento de la cadena de custodia de siete casetes de las grabaciones realizadas el 21 de noviembre de 2012; igualmente se reveló que la recolección y registro de correos electrónicos, también sin orden judicial, se había extendido a otros funcionarios de la EAAB-ESP, como son Luz Mery Forero, Jaime Mesa, Yurani Barbosa, Gema Bordamalo y Ana Sánchez.

Finalmente, el 29 de noviembre de 2012 se realizó una diligencia con la finalidad de descifrar, depurar y seleccionar la información obtenida en la visita administrativa del 27 de noviembre de 2012, en esa oportunidad el Doctor Diego Bravo -Gerente General de la EAAB-ESP-, manifestó su inconformidad con la recolección y registro de sus correos electrónicos por parte de la Superintendencia, sin embargo la comisión desatendió los llamados frente a la mencionada regularidad y, finalmente, recolectó y registró los correos electrónicos, en total contradicción con las exigencias que establece el artículo 15 de la Constitución Política para el efecto; que una vez estudiadas y discutidas las objeciones propuestas por el señor Bravo Borda, el Superintendente delegado para la Protección de la Competencia, determina la continuidad de la diligencia, ordenando la lectura, uno a uno, de los mensajes electrónicos, en presencia de los emisarios de la EAAB-ESP.

También indica el actor que al quebrantarse la inviolabilidad de la correspondencia de los funcionarios de la EAAB-ESP, se están vulnerando directamente los derechos fundamentales de la empresa, pues ella funciona a través de sus agentes, como son los funcionarios a los cuales se les registraron los correos electrónicos, sin mediar autorización y sin el cumplimiento de los requisitos para ello, ya que no existió orden judicial que autorizara dicho registro.

Precisa el actor que con la presente acción tutelar se pretende proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia tanto de la EAAB-ESP, como la de sus trabajadores, ya que no puede considerarse que la correspondencia existente en los correos institucionales de una empresa tengan carácter público, porque no lo son, ni desde el ángulo del derecho a la intimidad de la empresa, ni tampoco desde la óptica de la intimidad del trabajador de la misma; ya que considera que al ser un trámite de naturaleza sancionatoria, debió notificárseles de la iniciación de la gestión investigativa, acorde a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y, adicionalmente, la práctica de las pruebas objeto de discusión debió venir precedida de una orden judicial, en términos del artículo 15 de la misma Carta, lo que implicaría de facto que las pruebas recaudadas por la SIC fueron obtenidas de forma ilegal y deben estar sujetas a la cláusula constitucional de exclusión.

Solicita el accionante la protección a los derechos fundamentales al debido proceso y la inviolabilidad de la correspondencia de la EAAB-ESP, vulnerados por la Superintendencia de Industria y Comercio y, como consecuencia, se deje sin efecto el procedimiento administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio, con radicación No. 12-198353, realizado en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – ESP, los días 21, 22 y 29 de noviembre de 2012, así como los actos administrativos y las actuaciones que de allí se desprendan.

En subsidio y en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se ordene que mientras dure el correspondiente proceso contencioso administrativo que cuestione las actuaciones administrativas ya señaladas, se deje sin efectos el procedimiento administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio, con radicación No. 12-198353, realizado en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – ESP, los días 21, 22 y 29 de noviembre de 2012, así como los actos administrativos y las actuaciones que de allí se desprendan.

II.2 RESPUESTA A LA DEMANDA

La Superintendencia de Industria y Comercio dio respuesta a la acción de tutela manifestando que es cierto que el día 21 de noviembre de 2012 se realizó visita administrativa a las instalaciones de la EAAB-ESP; aclara que en la credencial de visita se indicaba el objeto de la diligencia así: *“recaudar información referente al Mercado del Servicio de Aseo en la ciudad de Bogotá y el esquema a implementarse a partir del 18 de diciembre de 2012 con todos sus soportes”*, luego el objeto de la visita administrativa de inspección se enmarcó en la recolección de la información necesaria y útil para la averiguación preliminar y ulteriormente poder determinar la existencia de mérito para la apertura de una posible investigación formal por presuntas prácticas violatorias del régimen de competencia o si, por el contrario, existía mérito para el archivo de la misma; la visita se continuó el día 22 de noviembre en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y no en la EAAB-ESP, cuyo fin fue levantar la cadena de custodia de los siete casetes de las grabaciones realizadas el día 21 de noviembre; se

citó a los funcionarios de la EAAB-ESP, a las instalaciones de esta entidad, con la finalidad de descifrar, depurar y seleccionar la información correspondiente a los correos electrónicos (Institucionales) recolectados de los computadores; el día 29 de noviembre de 2012, se citó al señor Diego Borda Bravo a las instalaciones de esta Entidad con el fin de descifrar, depurar y seleccionar la información obtenida del computador de su uso.

Manifiesta la SIC que según las apreciaciones finales del demandante, según las cuales, supuestamente la comisión desatendió los llamados a la regularidad de la actuación, en la medida que se recolectaron y registraron correos electrónicos, corresponden a señalamientos ajenos a cualquier marco jurídico y que lo único que pretenden es desvirtuar, conforme a su simple dicho, la legitimidad y legalidad en la que se enmarcó la actuación desarrollada por la Superintendencia dentro del trámite radicado con el número 12-198353.

Posteriormente, la entidad cita las normas propias del derecho de competencia y en especial aquellas que se encuentran directamente relacionadas con la prestación de servicios públicos, con el fin de concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio, es la competente para conocer de investigaciones por la supuesta infracción a las normas de competencia en materia de servicios públicos domiciliarios ya que así lo reconoció el Consejo de Estado, al dirimir un conflicto de competencia entre dicha entidad y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

También manifiesta que en el caso de la visita administrativa realizada en la EAAB-ESP el 21 de noviembre de 2012, y demás actuaciones relacionadas, debe reiterarse que la Delegatura de Protección de la Competencia se encuentra realizando una averiguación preliminar, previa a la decisión de abrir formalmente una investigación o archivar la actuación. En esta etapa preliminar se tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar posibles autores de una conducta, así como determinar una posible infracción a las normas sobre protección de competencia.

Como aspectos relevantes de la visita realizada a la EAAB-ESP, indica que en ejercicio de las facultades previstas en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 2153 de 1992 y en el Decreto 4886 de 2011, la Delegatura para la Protección

de La Competencia se encuentra adelantando la actuación administrativa No. 12-198353 con el fin de reconocer de fondo la problemática existente en el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá y determinar una posible infracción a las normas de protección a la competencia, por lo que en el marco de dicho trámite se adelantaron diferentes visitas administrativas de inspección. De esta forma se incluyeron como empresas y entidades a visitar, a los actuales operadores del servicio de aseo de Bogotá (Aseo Técnico de la Sabana S.A. ATESA, Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P, Aseo Capital S.A. E.S.P y Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P. - LIME), a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB-ESP, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD); el objeto de las visitas administrativas de inspección se enmarcó en la recolección de la información necesaria y útil para la averiguación preliminar y ulteriormente poder determinar si existe mérito para la apertura de una posible investigación formal por presuntas prácticas violatorias del régimen de competencia o si por el contrario, existe mérito para proceder al archivo de la misma.

Lo que concierne a la diligencia realizada en la EAAB-ESP el 21 de noviembre de 2012, la misma fue grabada en video por parte y a solicitud de la empresa visitada a partir de las 2:30 pm; dicha grabación quedó plasmada en 7 casetes, los cuales fueron sometidos a la respectiva cadena de custodia para garantizar su veracidad como prueba al interior de la actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio y, en el acta de visita de inspección de la fecha a esa empresa se dejó como constancia *"que los siete (7) casetes de la grabación de video de la maquina (sic) de video de la EAAB que contiene parte de esta diligencia, se someten a una cadena de custodia entre la Empresa y la Superintendencia con el fin que el día de mañana se tomen las copias respectivas, razón por los (sic) que los funcionarios de la EAAB se hará (sic) presente (sic) en las instalaciones de la Superintendencia ubicada en la Kra 13 # 27-00, piso 10, a partir de las 9:00 a.m"*.

En cumplimiento de lo acordado, a las 10:20 a.m. del 22 de noviembre de 2012 (día siguiente a la visita de inspección), se dio inicio a la diligencia de

levantamiento de la cadena de custodia del video, para obtener la copia de la grabación hecha en la referida visita efectuada el día anterior en la EAAB, en la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual se observó la filmación de una reunión sostenida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, Doctor Gustavo Petro Urrego y su gabinete en las mismas instalaciones de la EAAB, mientras se llevaba a cabo la visita administrativa; en la diligencia llevada a cabo se generó una controversia entre funcionarios de la EAAB y la SIC respecto de si se debía editar la grabación para eliminar un segmento en que aparece registrada una reunión del Alcalde Distrital y su Gabinete; por lo que, de común acuerdo, los funcionarios presentes decidieron suspender la diligencia y solicitar el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación con el fin de (i) garantizar el debido proceso y la cadena de custodia del documento fílmico mencionado y (ii) continuar con la diligencia de revisión de la grabación fílmica el 27 de noviembre de 2012. Adicionalmente, se fijó fecha para el examen y depuración de la información recolectada en varios computadores de la EAAB, con la expresa convocatoria de los funcionarios usuarios de los mismos y el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación; se convocaron los siguientes funcionarios: Diego Bravo Borda, Luz Mery Forero Samudio, Jaime Humberto Mesa Buitrago, Nelly Yurani Barbosa Ayala, Gemma Sofía Bordamalo Echeverry, Selma Beatriz Asprilla Coronado y Ana Francisca Sánchez Chapeta.

El 27 de noviembre de 2012 se adelantó, en presencia de los Delegados Observadores de la Procuraduría, la diligencia de examen de la información recolectada en los computadores de los funcionarios Luz Mery Forero Samudio, Jaime Humberto Mesa Buitrago, Gemma Sofía Bordamalo Echeverry y Ana Francisca Sánchez Chapeta; en relación con la información del computador cuyo usuario es Jaime Humberto Mesa Buitrago, hubo problemas con el acceso a la información y por ende necesidad de realizar el 28 de noviembre de 2012, una diligencia de verificación del "espejo" dejado en la EAAB.

El 29 de noviembre, se adelantó en compañía de funcionarios observadores de la Procuraduría General de la Nación, la diligencia de examen de la información recolectada en los computadores de los funcionarios Nelly Yurani Barbosa Ayala y Selma Beatriz Asprilla Coronado así como del Gerente de la

EAAB, señor Diego Bravo, diligencias que fueron adelantadas con la observancia y garantía de los derechos de quienes en ella participaron.

Por lo anteriormente expuesto considera la SIC que no se quebrantó el derecho fundamental y garantía a la inviolabilidad de la correspondencia, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio llevó a cabo la visita administrativa de inspección el 21 de noviembre de 2012 en las instalaciones de la EAAB, en ejercicio de las facultades previstas en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Nacional, el artículo 20 de la Ley 57 de 1985, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 y las demás normas concordantes y afines aplicables; que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, sin que exista una restricción constitucional o legal para ello, diferente al ejercicio de funciones y a la protección de la reserva cuando haya lugar.

Asimismo indica que *“teniendo en cuenta que los correos electrónicos institucionales constituyen documentos inherentes a la actividad del comerciante, estos pueden ser exhibidos e inspeccionados por las autoridades de vigilancia y control conforme a las facultades otorgadas por la ley, al igual que cualquier información relevante para la investigación que se encuentre en correos no institucionales”*; lo anterior fue precisado por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de septiembre de 2007, así: *“Los mensajes de correo electrónico transmitidos a través de cuentas institucionales no se consideran correspondencia privada, porque estas cuentas tienen como fin primordial la transmisión de datos relacionados con las actividades ordinarias de la empresa. Por esta razón dichos mensajes pueden ser exhibidos e inspeccionados judicialmente, son admisibles como medios de prueba y gozan de plena eficacia jurídica.”*

Así las cosas, los archivos y mensajes electrónicos de los comerciantes pueden ser exhibidos por instrucción de la autoridad, todo ello bajo el amparo del derecho constitucional de la intimidad.

De igual manera indica que no hay vulneración al derecho fundamental al debido proceso o a la aplicación del principio de la efectividad de los

derechos fundamentales, ya que a la SIC, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto al régimen de protección de la competencia, le es posible realizar visitas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios. Además en caso de que no se atienda la visita o se impida el acceso a la información requerida, es posible sancionar a quien se rehúse a prestar la colaboración, previa solicitud de explicaciones, en consecuencia no se entiende como se debate una posible vulneración al derecho al debido proceso del actor, cuando la naturaleza expresa y tacita, de las facultades de la entidad en este tema, convalidan la actuación de la Superintendencia, sin que pueda entonces admitirse vulneración alguna al derecho al debido proceso, con fundamento en el simple dicho del accionante.

También manifiesta que la acción es improcedente ante la ausencia de perjuicio irremediable y la existencia de otros mecanismos eficaces de defensa, ya que el apoderado del accionante no proporcionó elementos contundentes y categóricos sobre la existencia de un perjuicio irremediable, razones suficientes para negar el amparo constitucional y validar el proceder de la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso concreto, por ajustarse en un todo al ordenamiento jurídico y haber sido consecuencia de la aplicación de las facultades expresas asignadas a la Entidad en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

Así, resulta imperioso que el Juez de tutela deniegue en su totalidad las pretensiones de la demanda, dada la improcedencia del trámite puesto en conocimiento del Juez Constitucional.

II.3 LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de esta ciudad, en sentencia proferida el veintiséis (26) de febrero del corriente año (2013), negó el amparo deprecado por el accionante, argumentando que no existió violación alguna a la intimidad, ni ruptura de la inviolabilidad de la correspondencia dentro de las diligencias de marras debido a que el documento puede ser de carácter público o privado, además está debidamente reconocido por Diego Borda Representante Legal de la accionante cuando manifestó que el computador

portátil "Si bien es de propiedad de la EAAB . . .¹", siendo claro que el dispositivo es propiedad de la entidad accionante, está destinado naturalmente a su uso y beneficio, y por ende, es dable entender que quien porta el dispositivo deberá usarlo, mayormente, para labores pertinentes de su cargo, restringiendo a un mínimo la actividad personal que pudiera llevar a cabo con él, más aun la cuenta de correo del Gerente "dbravo@acueducto.com.co²" está adscrita al servidor institucional del acueducto, como lo indica la composición de la dirección electrónica, por lo que debe entenderse que la información que circula por este medio electrónico, sea emitida o recibida por quien ostenta la calidad de representante legal de la misma, ha de ser, por regla general, información de carácter público³; además, debè tenerse en cuenta que no está en discusión la veracidad de los documentos ya que el señor Bravo Borda los reconoció como suyos durante la diligencia; se puede colegir la naturaleza abiertamente pública de los documentos recolectados y estudiados. Además, la Ley 57 de 1985 refirió que no requerirían autorización judicial previa para ser revisados, visto que no están sujetos a ninguna particular forma de reserva.

Aun cuando la norma específica que algunas piezas documentales puedan estar sometidas a reserva, esto no menoscaba su naturaleza de públicas ya que la Constitución, en el último inciso del artículo 15, dispone 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" y en desarrollo de esta previsión, la Ley 57 de 1985 en su artículo 20 informa que "El carácter reservado de un documentos no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones"

Además, indica el A-quo que puede observarse entre folios 25 y 32 que se dio apertura al material electrónico en presencia de su emisor y el criterio de la búsqueda de información fue la palabra "Aseo", para obtener los mensajes relativos al tema del aseo público en la ciudad de Bogotá, por lo que todos los mensajes abiertos y estudiados están directamente relacionados con el

¹ Cfr. Fl.18

² Cfr. Fl.25

³ Ley 527 de 1999 artículo 2.

tema de búsqueda, lo que se circunscribe al fin público de la entidad, lo que logra dejar sin piso una vez más el concepto de correspondencia personal que propone el accionante.

Asimismo todo material obtenido y valorado por la SIC en la diligencia del 21 de noviembre de 2012 ostenta categoría de documento público. Y si bien, dentro del buzón de correo electrónico del señor Diego Bravo Borda reposa información de carácter personal, esta no fue abierta ni invadida por la SIC.

De la misma forma, indica el A-quo, no existió vulneración al derecho fundamental al debido proceso de la EAAB por parte de los funcionarios de la SIC, debido a que la actuación desplegada por ésta es de carácter preliminar, sin la determinación definitiva de iniciar una investigación formal, por ende no había lugar en principio a las notificaciones previas de las que se duele el quejoso, pues es un trámite de carácter discrecional de quien sea delegado para tales fines, además aún sin necesidad de ser notificada la diligencia, no hubo arbitrariedad en el trámite surtido por la accionada, pues se otorgaron las garantías a que hubo lugar, pues se permitió la comparecencia de los miembros del sindicato de la EAAB⁴, y de dos delegados de la Procuraduría General de la Nación⁵ para que supervisaran y verificaran el cumplimiento estricto de las normas Constitucionales pertinentes; no puede decirse que se violó el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que la actuación preliminar, al ser sólo de indagación, no está sujeta a las formalidades previstas para trámites donde se disponga de derechos y se decida de fondo sobre controversias de cualquier naturaleza. Tampoco puede afirmarse que se violó el derecho de defensa y contradicción, pues el señor Diego Bravo Borda, en su calidad de Representante Legal de la accionante dispuso en su oportunidad de la posibilidad de manifestar su posición, sin que en la diligencia se le imputara, directa o indirectamente, la comisión de una conducta legalmente reprochable por parte de la EAAB.

Debe concluirse que las actuaciones de la SIC estuvieron plenamente ajustadas a Derecho, y en correspondencia con las previsiones constitucionales y jurisprudenciales que al respecto existen. Satisfecho el

⁴ Fl. 7

⁵ Fl. 11

marco de legalidad para la práctica de las diligencia en las condiciones que se practicó, era acertado y necesario el decreto y práctica de las pruebas solicitadas, so pena de hacer nugatoria la intención investigativa de la SIC, cuyo fin, no es el de sancionar, como erradamente lo manifiesta el accionante, sino el de averiguar, previamente a dar iniciar o no a las gestiones investigativas de su competencia.

De modo que, considera el A- Quo, no existió violación a la correspondencia.

Véase que, aunque el alegato del accionante apunta a la protección de su derecho fundamental a la intimidad (inciso 3 del artículo 15 de la Constitución), norma constitucional que protege exclusivamente la correspondencia privada; y como el material extraído y valorado de los computadores de la EAAB ostentaban calidad de documento público, de conformidad con el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución, no se requería en ningún momento de orden judicial antecedente para su revisión.

II.4 LA IMPUGNACIÓN

En el escrito de impugnación el apoderado judicial del accionante reitera los argumentos facticos y jurídicos expuestos en la solicitud de tutela ya que la mayoría de ellos no fueron tenidos en cuenta, por lo que solicita que se revoque la sentencia proferida en el presente trámite por el Juez de Primera Instancia.

III. CONSIDERACIONES

III.1 COMPETENCIA. Tiene competencia este Despacho para pronunciarse sobre la impugnación formulada contra el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de esta ciudad, el pasado veintiséis (26) de febrero del corriente año dos mil trece (2013), en virtud de lo dispuesto en los arts. 31 y 32, en concordancia con el art. 37 del Dec. 2591/91.

III.2 PROBLEMA JURÍDICO. Se debe establecer si procede la acción de tutela formulada por el actor, esto es, si el ente accionado con su actuación, vulneró o desconoció la inviolabilidad de correspondencia respecto de los

correos electrónicos extraídos de la cuenta de correo electrónico institucional del accionante.

III.3 TESIS DE LA SALA. Se sostendrá que en el presente asunto se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el actor, debido a que la Superintendencia de Industria y Comercio, registró, interceptó y reprodujo los correos electrónicos de funcionarios de la EAAB-ESP, sin orden judicial, por ende, debe revocarse el fallo de primera instancia.

IV. PRECEDENTE APLICABLE Y CASO EN CONCRETO

En este caso, tenemos que el actor considera vulnerados sus derechos fundamentales con la actuación desplegada por la SIC, al no haberle notificado que se había iniciado una investigación preliminar con el fin de establecer las posibles conductas de restricción de la libre competencia en la prestación del servicio de aseo en esta ciudad; además que al momento de la visita administrativa iniciada el 21 de noviembre del año inmediatamente anterior, a varios de los funcionarios de la EAAB-ESP se les registró y recolectó información de los correos electrónicos sin su autorización y sin el cumplimiento de los requisitos para ello, ya que no existió orden judicial que autorizara dicha recolección de información.

En cuanto a la visita administrativa que se realizó el día 21 de noviembre de 2012, por la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de "*recaudar información referente al Mercado del Servicio de Aseo en la ciudad de Bogotá y el esquema a implementarse a partir del 18 de diciembre de 2012 con todos sus soportes*", para la averiguación preliminar y posteriormente determinación de si existe mérito para la apertura de una investigación formal por presuntas prácticas violatorias del régimen de competencia o si, por el contrario, existía mérito para el archivo de la misma, se puede decir que la misma enmarca dentro del ejercicio de las funciones que a la SIC le competen, como organismo de vigilancia y control respecto al régimen de protección de la competencia, como claramente lo expuso en su respuesta a la demanda, aspecto éste sobre el que ninguna discusión existe.

Ciertamente, la SIC tiene la potestad de realizar todas las labores de indagación que sus funciones de inspección, vigilancia y control le imponen,

y dentro de tal marco de funciones, conforme lo prevé el numeral 62 del artículo 1° del Dec. 4886/11, se encuentra la de *“Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.”*

Ahora bien, a la SIC la ley le otorga funciones administrativas y jurisdiccionales, dualidad de funciones frente a cuyo ejercicio, la propia Corte Constitucional, con miras a evitar la ambigüedad que en el ejercicio de las mismas pudiera presentarse, le impuso a la SIC la carga de indicar en forma expresa, cuándo está actuando en ejercicio de cada una de ellas, para permitir así la delimitación del margen, legitimidad y legalidad de su propio acto.

En efecto, puntualizó la Corte, en sentencia C-537/10, con ponencia del H. Magistrado Dr. JUAN CARLOS HENAO PEREZ, lo siguiente:

“2.2.1 Exposición de los antecedentes de la Ley 1340 de 2009 y la intención de establecer competencias eminentemente administrativas en materia de regulación y protección de la libre competencia

“2.2.1.1 En la Exposición de Motivos de la Ley 1340 de 2009[49] se dice que ésta se expide en desarrollo del artículo 333 de la C.P., en donde se establece que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...) 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 determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

“2.2.1.2 Igualmente, se establece que la Ley tiene como objetivo garantizar la libre competencia, la protección contra el

abuso de la posición dominante, así como el control previo de las integraciones empresariales[50]. Por otra parte, se dice que sobre esta materia ya se habían expedido la Ley 155 de 1959[51] como instrumento antimonopolios, para evitar el abuso de la posición de mercado o las prácticas colusorias tendientes a adquirir posición dominante en el mercado en detrimento de potenciales competidores y en últimas de los consumidores, y el Decreto 2153 de 1992[52] que creó la Superintendencia de Industria y Comercio y permitió que la Ley 155 se pusiera en práctica y se estableciera “una cultura de la libre competencia en Colombia”[53].

“2.2.1.3 Con el proyecto de ley que dio lugar a la aprobación de la Ley 1340 de 2009, se pretende dotar de competencias a la Superintendencia de Industria y Comercio para que **conozca de forma privativa** de las prácticas comerciales restrictivas[54], de la promoción de la competencia y de la integraciones empresariales y así **se pueda establecer en Colombia una entidad única y especializada que conozca de los asuntos sobre la libre competencia**[55].

“2.2.1.4 Con la aprobación definitiva de la Ley 1340 el 24 de julio de 2009 se concreta esta aspiración y en el artículo 6º titulado “Autoridad Nacional de protección de la competencia” se dispone que, “La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá **en forma privativa de las investigaciones administrativas**, impondrá las multas y **adoptará las demás decisiones administrativas** por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con **la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal**” (Negrillas fuera del texto). Con esta Ley se logra centralizar en la SIC las funciones para garantizar la libre competencia que ejercían otras Superintendencias[56] y entidades como las Comisiones de Regulación de Energía y Gas, CREG; de Telecomunicaciones, de Agua y Saneamiento Básico, que daban lugar a que se presentaran múltiples regulaciones y que

se diera una falta de consistencia en la normatividad sobre la materia[57].

"2.2.1.5 Si bien es cierto, el proyecto original de la Ley 1340 contemplaba en el artículo 4º aspectos relacionados con las facultades jurisdiccionales de la SIC en materia de protección de la libre competencia, en donde se establecía que se le asignaban funciones jurisdiccionales, "para resolver conflictos surgidos con ocasión de la violación de las disposiciones sobre actos, acuerdos y abusos de posición dominante descritos en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia de que trata la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992...", y que en el artículo 5º del mismo proyecto se establecía que se podrían intentar "a prevención" ante la SIC o ante los Jueces Civiles del Circuito las mismas acciones previstas para la infracción o inminencia de infracción de las normas sobre competencia desleal[58], lo cierto es que desde el primer debate en el Senado se eliminó dicha posibilidad, siguiendo las recomendaciones de la misma Superintendencia que encontraba inconveniente establecer funciones jurisdiccionales en materia de protección de la libre competencia a esta entidad[59].

"2.2.1.6 No obstante lo anterior, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se quiso incorporar nuevamente Facultades Jurisdiccionales en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas[60]. En este artículo se proponía seguir el mismo procedimiento previsto para la resolución jurisdiccional en los casos de competencia desleal, y se dijo que "Podría contemplarse la posibilidad de otorgar a la SIC funciones jurisdiccionales en materia de prácticas comerciales restrictivas, como ya las tiene con respecto a las prácticas de competencia desleal" [61]. Esta proposición finalmente no fue aprobada.

"...

*“2.2.1.9 Finalmente se subraya en el numeral 1º del Informe de Conciliación de la Ley que en ésta se “1. Definió más claramente el ámbito de aplicación de la ley y aclaró que los propósitos de la aplicación del régimen de protección de la competencia se refieren a aquellos que determinan **la apertura de un procedimiento administrativo y no a un juicio de ilicitud o no de la conducta**”[67]. . .*

*“2.2.1.10 En suma, la Corte constata, que teniendo en cuenta el trámite legislativo la inclusión del artículo 24 sobre doctrina probable y legítima confianza en la Ley 1340 de 2009, se dio para fortalecer la seguridad jurídica del sistema de protección a la libre competencia en lo que se refiere **únicamente a la competencia administrativa de la SIC**. Si bien es cierto, en el proyecto de Ley presentado en una primera instancia en el Senado y luego en el primer debate de la Cámara se quiso dotar de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de protección de la libre competencia y prohibición del abuso de la posición dominante, finalmente el legislador optó por acatar la recomendación de la SIC en que solo se dotara a ésta entidad de competencias administrativas y no jurisdiccionales en materia de protección de la libre competencia.”*

En consecuencia, dada la claridad y pertinencia de los apartes transcritos al caso que ahora detiene la atención de la Sala, es dable concluir que las actuaciones que la SIC adelanta en relación con la protección a la libre competencia, son de indiscutible carácter administrativo.

Ahora bien, conforme lo establece el art. 15 de nuestro ordenamiento superior, la intervención sobre las comunicaciones únicamente opera previa orden de autoridad judicial y en los casos expresamente determinados en la ley, y con plena observancia de las formalidades que en ésta se establezcan, aspecto éste sobre el que la misma corporación, en sentencia C-657/96, con ponencia del H. Magistrado Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, había dicho:

"Interceptación y reproducción de comunicaciones (art. 351)

"(. . .) La Constitución Política, en su artículo 15 establece que "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".

"El secreto de las comunicaciones -manifiesta la Corte- garantizado por el precepto constitucional en cita, es considerado por la doctrina como un derecho individual resultado del status libertatis de la persona, que, como ya se dijo, garantiza a ésta un espacio inviolable de libertad y privacidad frente a su familia, a la sociedad y al Estado"⁶ y de acuerdo con lo señalado en el artículo 15, inciso 3o. de la Carta Política para que las comunicaciones privadas puedan ser interceptadas o registradas deben cumplirse tres condiciones: que haya orden judicial, que exista una ley en la que se contemplen los casos en los cuales procede tal medida y que se cumplan las formalidades fijadas en la ley.

(. . .)

"Es claro que también el artículo 15 en su inciso tercero consigna en relación con la correspondencia y con las demás formas de comunicación las aludidas reservas legal y judicial; empero, se echa de menos en la disciplina constitucional de estas materias la consagración de excepciones al perentorio requisito de la orden judicial para proceder a interceptar o registrar y tampoco aparece en la Carta, autorización al legislador para establecerlas. Así las cosas y por ser las excepciones de interpretación estricta, no es acertado ni jurídico pretender una extensión de lo plasmado en el artículo 32 de la Carta cuyo tenor literal es por lo demás nítido, para cobijar por la excepción allí contemplada, los supuestos regulados por el artículo 15 superior cuyo texto, destacado más arriba en la parte pertinente, utiliza el adverbio "solo" para significar que en ningún evento podrá procederse a interceptar o a registrar la correspondencia y las demás formas de comunicación privada sin que medie la orden judicial. Lo que

⁶ Cf. Sentencia T-349 de 1993 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

corresponde al dominio legal es el señalamiento los casos y del procedimiento, más no está autorizada la ley para dispensar de la orden judicial.

"En todos los casos que la ley establezca se requiere, entonces, orden judicial para interceptar o registrar las comunicaciones lo que "implica una clara y terminante exclusión constitucional de la autoridad administrativa". (...) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

"Al examinar la constitucionalidad de este artículo la Corte apuntó:

"De ahí que el Constituyente haya confiado de manera privativa a los jueces, como funcionarios encargados de administrar justicia la tarea de ordenar la interceptación o registro de correspondencia, para evitar la arbitrariedad y el abuso en que pudieron incurrir autoridades administrativas encargadas de ejecutar esas medidas, protegiendo a la vez los derechos a la intimidad, a la libertad y a la tranquilidad que son precisamente los que se verían amenazados o vulnerados".⁷

Es decir, la potestad de intervenir comunicación o correspondencia, sea física o electrónica, con fines de registro e interceptación, únicamente puede ejercerse en las condiciones que el propio texto constitucional establece y en ejercicio de función jurisdiccional, lo que implica que no cabe cuando de actuaciones netamente administrativas se trata, y como quedó expuesto, la función de control sobre actos o conductas restrictivas a la libre competencia es de naturaleza eminentemente administrativa, no jurisdiccional.

En tales condiciones, mal podía la SIC, intervenir, registrar e interceptar las comunicaciones contenidas en los correos electrónicos de los funcionarios de la EAAB, como lo hiciera en la diligencia que tuvo inicio el pasado 21 de noviembre del año inmediatamente anterior.

⁷ Sentencia No. C-179 de 1995 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

En efecto, conforme quedó plasmado en el acta levantada con ocasión de la visita administrativa iniciada el pasado 21 de noviembre del año inmediatamente anterior, los funcionarios de la SIC extrajeron de los computadores de uso personal de algunos de los funcionarios de la entidad accionante los correos electrónicos allí existentes para, en diligencia que se llevó a cabo el siguiente treinta (30) del mismo mes y año, someterlos a desciframiento, selección y depuración, tal como en el encabezamiento de la misma acta se dejó consignado (ver folio 17).

Es decir, sin mediar ninguna garantía al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, la SIC procedió, en desarrollo de una actuación netamente administrativa a interceptar los correos electrónicos de los funcionarios de la EAAB mencionados en la demanda, entre ellos el Gerente General de la entidad.

Cosa bien distinta es que la SIC, en desarrollo de la visita administrativa de marras, se hubiera limitado a solicitar el suministro de la información o documentación que requería, pues tal potestad sí enmarca dentro de las funciones que al efecto contempla el Dec. 4886/11, en su art. 1º, numerales 62, 63 y 64.

Lo que evidencian las actas levantadas con ocasión de la visita administrativa practicada a las instalaciones de la EAB es que se extrajo, en desarrollo de una actuación netamente administrativa, información a la que, por sus condiciones, naturaleza y características particulares, sólo podía accederse con autorización judicial previa, como quiera que no enmarcaba lo perseguido con la práctica de dicha visita, dentro de ninguna de las excepciones legales o constitucionales a la inviolabilidad de la que se viene tratando en este asunto.⁸

Vale recordar que para efectos tributarios o fiscales, se establece a favor de la DIAN una excepción, sobre cuya exequibilidad la Corte Constitucional, en la Sentencia C-505 de 1999 expuso:

⁸ Cfr. Corte Constitucional, a más de la sentencia C-537/10, citada en esta providencia, la sentencia C-692/07 MAg. Pon. RODRIGO ESCOBAR GIL; y sentencia C-256/08 Mag.Pon.Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOZA

“ (...)”

8- El reconocimiento constitucional expreso del derecho a la intimidad (C.P. art. 15) tiene como finalidad el respeto a aquella esfera individual en donde no caben las interferencias arbitrarias del Estado ni de las demás personas. El amparo a la privacidad de las personas supone entonces una protección especial, que incluye espacios como el nombre, la familia, el domicilio, la comunicación y la correspondencia privadas⁹. Sin embargo, como todo derecho, éste no es absoluto¹⁰, como quiera que puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento. Un ejemplo claro de limitación del derecho fundamental a la intimidad cuando colisiona con el interés general es la potestad de que goza la administración para requerir información de contenido y pertinencia fiscal (C.P. art. 15). Así pues, la reserva del dato comercial, que en principio puede gozar de una protección constitucional semejante a la que se otorga a la vida privada del individuo, sin embargo puede limitarse por el deber del ciudadano de contribuir para el sostenimiento de los gastos públicos (CP arts 15 y 95 ord 9°).

“- En este contexto, también es claro que el derecho a la intimidad del contribuyente, en principio, no ampara los libros de contabilidad y los demás documentos privados que tienen incidencia directa en investigaciones tributarias, de la misma manera como protege la correspondencia privada y los documentos estrictamente personales de los individuos. En efecto, el artículo 15 de la Carta explícitamente distingue estos dos tipos de documentos, pues establece que la correspondencia y las demás formas de comunicación privada “sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial”, mientras que autoriza que, “para efectos tributarios”, y en los “casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado”, las autoridades competentes exijan la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

⁹Entre muchas otras, pueden consultarse las sentencias C-558 de 1994, C-309 de 1996, T-623 de 1996, T-203 de 1997 y T-630 de 1998.

¹⁰Al respecto pueden verse las sentencias T-561 de 1994, C-394 de 1995 y T-517 de 1998.

Esta diferencia de trato establecida directamente por la Carta implica entonces que la reserva judicial cubre la correspondencia privada y los documentos puramente personales, pero no se extiende a los libros de contabilidad y documentos con incidencia fiscal, o que se relacionen con la inspección, vigilancia e intervención del Estado, pues en tales eventos, otras autoridades, distintas a la judicial pero definidas por la ley, pueden ordenar la exhibición coactiva de tales documentos (C.P. art. 15). Por consiguiente, no viola la intimidad que la norma acusada autorice a la DIAN a examinar los documentos con incidencia fiscal.

La Superintendencia de Industria y Comercio, al actuar sin previa autorización u orden judicial mal podía registrar, interceptar y reproducir los correos electrónicos de los funcionarios de la EAAB-ESP, para obtener material probatorio, afectando la legalidad de la prueba por vulneración a una garantía fundamental relativa a la inviolabilidad de las comunicaciones, lo que obliga a la exclusión del material probatorio obtenido en esa forma, punto éste sobre el que la Corte Constitucional, en Sentencia C-210/07, expuso:

“(. . .) 32. Esta Corporación se pronunció en el sentido de advertir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, ningún elemento material probatorio o evidencia física obtenida en diligencia ilegal o inconstitucional puede producir efectos jurídicos en cualquier etapa procesal en el que se presente, pues eso no sólo constituye flagrante violación del debido proceso sino un mecanismo de arbitrariedad y abuso del poder estatal. Al respecto dijo:

“De conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda

contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependen directa y exclusivamente.

(. . .)

*" . . . para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir **cualquier clase de prueba**, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto"(. . .).*

Es de puntualizar que no toda la diligencia que realizó la Superintendencia de Industria y Comercio en la visita administrativa practicada a las instalaciones de la EAAB, este viciada de nulidad, pues dicha visita enmarca dentro de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto al régimen de protección de la competencia, más no así en cuanto al registro y reproducción de los correos electrónicos, toda vez que en éste preciso aspecto sí hubo violación al debido proceso lo que genera la ilegalidad de este aparte de la diligencia y toda la actuación posterior que de allí pudiera derivar.

En el anterior orden de ideas, no es aceptable lo expuesto por el A-quo en la sentencia impugnada, en el sentido de encontrar acorde la actuación de la SIC, en la receptación de la información contenida en las cuentas de correo electrónico de los funcionarios de la EAAB-ESP.

Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia proferida por el A-quo el pasado veintiséis (26) de febrero del año en curso (2013) y en su lugar se otorgará el amparo tutelar a los derechos fundamentales a la inviolabilidad de la correspondencia y el debido proceso del accionante, en consecuencia la

Superintendencia de Industria y Comercio, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deberá excluir de la actuación administrativa número 12-198353, los correos electrónicos pertinentes con el tema del mercado de recolección de desechos en la ciudad de Bogotá, que fueron recolectados el día 21 de noviembre de 2012, en la diligencia de visita administrativa número 12-198353 de las cuentas de correo electrónico de los funcionarios Diego Bravo – Gerente General de la EAAB-ESP, Luz Mery Forero Samudio, Jaime Humberto Mesa Buitrago, Nelly Yurani Barbosa Ayala, Gemma Sofía Bordamalo Echeverry, Selma Beatriz Asprilla Coronado y Ana Francisca Sánchez, con el fin de que no sean apreciados al momento de adoptar la decisión correspondiente, por tratarse de documentos que no tienen eficacia o validez probatoria, y por cuanto su recaudo lesionó la garantía constitucional prevista inciso final del artículo 15 de la Constitución Política.

Por lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de impugnación, proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, el pasado veintiséis (26) de febrero del año en curso (2013), dentro de la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB ESP- contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO la exclusión de la actuación administrativa número 12-198353, de los correos electrónicos que fueron recolectados el día 21 de noviembre de 2012, en la diligencia administrativa número 12-198353 de las cuentas electrónicas de los funcionarios Diego Bravo – Gerente General de la EAAB-ESP, Luz Mery Forero Samudio, Jaime Humberto Mesa Buitrago, Nelly Yurani Barbosa Ayala, Gemma Sofía Bordamalo Echeverry, Selma Beatriz Asprilla Coronado y Ana Francisca Sánchez, los que no podrán ser apreciados para ningún efecto administrativo o judicial, por cuanto en su

recaudo se desconoció la garantía constitucional prevista en el artículo 15 de la Constitución Política.

TERCERO Por Secretaría, librense las comunicaciones de que trata el art. 32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE HERNÁN VARGAS RINCÓN
Magistrado Ponente



OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA
Magistrado



JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS
Magistrado

con Salvamento de Voto



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Ref: 110013103023201300156 01
Asunto: Acción de Tutela
Accionante: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá
Accionado: Superintendencia de Industria y Comercio

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido a la Sala de Decisión, expongo los motivos por los que en esta oportunidad me separo de la decisión mayoritaria:

En términos generales, estima la Sala que hay lugar a conceder el amparo invocado en razón a que las facultades que invoca la Superintendencia de Industria y Comercio para la realización de la visita efectuada a las instalaciones de la entidad accionante, dentro de la cual procedió a recolectar los correos electrónicos aludidos en la demanda de amparo, son de carácter eminentemente administrativo, por ende, atendiendo a que la potestad de intervenir comunicación o correspondencia, sea física o electrónica, con fines de registro e interceptación, únicamente puede ejercerse en los términos y condiciones establecidas por la Constitución y en ejercicio de función jurisdiccional, la accionada al actuar como lo hizo sin previa autorización u orden judicial para recaudar material probatorio, afectó la legalidad de la prueba al vulnerar la garantía constitucional relativa a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Debo señalar que me aparto de lo expuesto al respecto, en la medida que al verificar las documentales que reposan en el protocolo, concretamente en las actas de la visita realizada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a la entidad accionada, se evidencia que los correos electrónicos recolectados corresponden a correos institucionales, por ende, no tienen la connotación de correspondencia privada de sus emisores y destinatarios, siendo entonces innecesario el presupuesto



anotado en el fallo para su recolección, pues debe inferirse que se refieren a la actividad propia de la entidad inspeccionada.

En relación con este tema la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela ha señalado: *"En ese orden de ideas, ha de insistirse en que los mensajes capturados en la inspección judicial y grabados en los discos compactos cuya destrucción reclama el escrito iniciador de este asunto, se encontraban en las diferentes "carpetas" o "bandejas" de direcciones de correos electrónicos que bien pudieran llamarse "empresariales", cuya utilización, por tener tal carácter, se entiende, ha de referirse, en principio y primordialmente, a la transmisión de datos relacionados con la actividad de la compañía, sea con terceros ajenos a la misma o entre sus funcionarios o empleados.*

*De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían"*¹.

Puestas así las cosas, al relacionarse necesariamente las cuentas institucionales con las labores propias de la empresa objeto de vigilancia e inspección, ninguna vulneración puede predicarse al derecho a la intimidad con la recolección e inspección de los correos electrónicos ya aludidos, más cuando la autoridad que así procede lo hace en cumplimiento de sus funciones.

Tampoco comparte el suscrito lo expuesto en cuanto a que la accionada al encontrarse ejerciendo funciones de carácter administrativo no estaba facultada para proceder como lo hizo, esto es, inspeccionar los correos institucionales de los empleados de la accionada, por cuanto, por el contrario, de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 15 de la carta fundamental, que indica *"para efectos tributarios y 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"*, en concordancia con lo consagrado en el artículo 61 del Código de Comercio que regula la reserva en materia de libros y papeles del comerciante y sus excepciones, el cual ordena *"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"*; a juicio del suscrito se deriva la

¹ C.S.J. Sala de Casación Civil. 4 de septiembre de 2007. M.P. Arturo Solarte Rodríguez



potestad de la autoridad administrativa para solicitar la exhibición de documentos electrónicos como son los mensajes de datos contenidos en los correos, se itera, institucionales ya indicados.

Y es que no puede pasarse por alto, como se desprende de lo contenido en las actas de la visita aquí aportadas, que se utilizó como criterio de búsqueda para seleccionar los mensajes de datos a recolectar la palabra relacionada con el tema materia de investigación -aseo-, lo que permite inferir que bajo ninguna óptica puede predicarse la selección de todas formas de correos de carácter personal o privado de los empleados de la entidad que permita configurar vulneración alguna al derecho a la intimidad.

Sea oportuno traer a colación lo prescrito en el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, que si bien se encuentra en el capítulo correspondiente al Derecho de petición ante autoridades, tal regulación no se encuentra limitada únicamente a ese ámbito.

La norma en comento precisa: ***“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 documento que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”.***

En el caso *sub lite*, resulta que efectivamente la actuación de la entidad accionada corresponde al ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control establecidas en la Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011, por ende, al solicitar la información contenida en los mensajes de datos contenidas en los correos electrónicos institucionales, conforme a la norma precitada, no resulta oponible carácter reservado de ninguna índole, razón por demás para que el amparo aquí invocado se tornara improcedente, por cuanto, como se ha dicho, la autoridad accionada actuaba dentro de las facultades y competencias que le otorga la ley.

Frente al debido proceso, advierte el suscrito que contrario a lo expuesto, se adelantaron los trámites pertinentes para garantizar la presencia en la diligencia del representante legal de la entidad objeto de indagación y demás interesados. Precisamente atendiendo a la naturaleza preliminar de la actuación adelantada por la



encartada, ninguna vulneración frente a notificaciones puede endilgársele hasta esta instancia.

En los anteriores términos plasmo mi disentimiento.

Con toda atención

Fecha ut supra.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS
Magistrado