

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Tercera de Revisión

AUTO No. 275 de 2011

Referencia: solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010.

Peticionarios: Nohra Padilla Herrera.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Colaboró: Javier Francisco Arenas Ferro

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados **GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO**, **JORGE IVÁN PALACIO PALACIO** y **JUAN CARLOS HENAO PÉREZ**, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere el siguiente

AUTO:

I. ANTECEDENTES.

1. Actuaciones generales.

1.1 El veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011), Nohra Padilla Herrera, representante de la Asociación Cooperativa de Recicladores de Bogotá (ARB), instauró ante esta Corporación solicitud de cumplimiento de la sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010, respecto de la Licitación Pública 001 de 2011, por la cual se concede *“(...)bajo la figura de Áreas de Servicio Exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. – Colombia, en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las*

actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva” (Cuad. 1, folio 6).

1.2 La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, mediante el Auto 180 del once (11) de agosto de dos mil once (2011), avocó el conocimiento de la solicitud de incumplimiento iniciado por Nohra Padilla Herrera contra la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP).

1.3 Posteriormente, mediante el Auto 183 del dieciocho (18) de agosto de la misma anualidad, con fundamento en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación ordenó la suspensión de la mencionada Licitación Pública No. 001 de 2011, así como la práctica de pruebas.

1.4 Por Auto 189 de 2011, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional dirigió un cuestionario a los diferentes actores del proceso de licitación pública 001 de 2011, en concreto a la UAESP, a los oferentes y a las diferentes organizaciones de recicladores con el fin de asegurar su participación en el presente trámite.

2. Solicitud de verificación de cumplimiento.

La Asociación Cooperativa de Recicladores de Bogotá (ARB), representada por la señora Nohra Padilla Herrera, manifestó que la Licitación Pública 001 de 2011, no cumple con las obligaciones de incluir acciones afirmativas en favor de la población de recicladores de Bogotá¹, de acuerdo con lo señalado en la sentencia T-724 de 2003 y sus autos posteriores, razón por la cual esta Corporación debe “(...) *resolver de fondo [el] déficit de protección de los derechos tutelados para los recicladores (...)*” (Cuad. 2, folio 1).

Como fundamento de su petición expresa lo siguiente:

2.1 Entre las órdenes establecidas por la Corte Constitucional, se advirtió sobre la adopción de criterios que tuviesen en cuenta la antigüedad de las asociaciones de recicladores, así como criterios que “(...) *aseguren la aplicación progresiva de la inclusión real y efectiva de los recicladores (...)*” (Cuad. 2, folio 2), aspecto que a su juicio no se materializó en el citado proceso de selección.

2.2 Manifestó la necesidad de disponer de medidas dirigidas a separar del proceso de concesión de los componentes de recolección, transporte, barrido y limpieza general de la ciudad, las actividades de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento para que sean entregadas “(...) *en exclusividad a las organizaciones de recicladores de manera progresiva y remunerada de acuerdo a la capacidad de demostrar las toneladas recogidas, con los precios puestos por los costos de la regulación (...)*” (Cuad. 2, folio 3), pues sólo así

¹A pesar de que la solicitante envió tres escritos diferentes a esta Corporación para sustentar las razones de hecho y de derecho que, a su juicio, muestran el incumplimiento de las mentadas obligaciones por parte de la UAESP, a continuación se exponen en conjunto tales alegaciones, sin diferenciarlas de modo alguno, salvo por las referencias expresas a AZs o a Cuadernos.

se materializarían acciones afirmativas que mejorarían la situación en la que sobreviven como sujetos en desventaja.

2.3 Para la peticionaria la Licitación permite que “(...) *organizaciones de papel (...)*” (Cuad. 2, folio 5) participen en el proceso de selección y se beneficien de las medidas que deberían estar destinadas exclusivamente para la población de recicladores del Distrito. Alegación que complementó indicando que existe un déficit de información de lo que sucederá con las 25.000 personas que de manera directa se verán impactadas por la Licitación No. 001 de 2011.

2.4 En sus términos, si bien se efectuaron diálogos entre la Administración y algunos gremios de recicladores -por espacio de diez (10) meses-, varias de las modificaciones de incidencia en el Pliego de Condiciones no fueron concertadas y se adoptaron a última hora. Un ejemplo de ello, se encuentra en la Adenda No. 8, por la cual se fijó que la participación accionaria de las asociaciones de segundo nivel sería “(...) *en partes iguales para las organizaciones participantes, con lo que también se excluye la condición según la cual el 90% de la participación sería direccionada a los recicladores de oficio directamente, a través de bonos redimibles, por lo cual se hacía necesaria la disposición de tener como criterio el número de recicladores asociados (...)*” (Subrayas del original) (AZ 2, folio 23). Igualmente, si existía una política pública para tratar de superar la situación que padecen los recicladores de la capital, estimó que “(...) *no se hizo nada para mostrarla y tampoco cumplirla (...)*” (AZ 2, folio 22).

2.5 Adicionalmente, alegó que la repartición de dividendos -que se les entregarán a las organizaciones de segundo nivel que comparten Áreas de Servicio Exclusivo (ASE)-, se daría de manera independiente del número de afiliados con que cuente cada una. Por lo mismo, “(...) *da lo mismo ser una organización de 30 asociados que una de 300 o una de 1800 (...)*” (Cuad. 2, folio 5). Asunto que, por lo demás, desincentiva el fortalecimiento de las organizaciones de segundo nivel.

2.6 Señaló que la UAESP, tras el sorteo realizado para asignarles a las doce (12) organizaciones de segundo nivel existentes -cuya constitución cuestiona en razón a que varias de ellas “(...) *nacieron entre el 3 y el 10 de junio de 2011*”(AZ 2, folio 24), les impuso la aceptación de cualquier condición ofrecida por los proponentes. Así, de no acogerse a tales condiciones el porcentaje de acciones otorgado sería cedido a otra organización diferente.

2.7 Expuso que no es claro qué soportes o estudios utilizó la UAESP para seleccionar las organizaciones de recicladores favorecidas, las cuales si bien se benefician, no lo hacen “(...) *por participar en el negocio en todos sus componentes (...)*” (Cuad. 1, folio 14). En otras palabras, de la “(...) *participación accionaria para la distribución de utilidades para las organizaciones de segundo grado (...)* [no puede determinarse] aún (...) *a título de qué [se otorga]*” (Cuad. 1, folio 14); y enfatizó que “(...) *cuando la*

limosna es tan grande hasta el mismo santo la pone en duda (...)” (AZ 2, folio 24).

2.8 Indicó la peticionaria que el Decreto Distrital 456 de 2010, redujo las bodegas existentes en la ciudad de Bogotá. Así, “(...) *se genera una situación de incertidumbre para los miles de recicladores y bodegueros, pues una vez cumplido el término [de tal disposición] no tendrán en donde (sic) comercializar los materiales recolectados (...). [Dado que,] al no tener red de acopio, puede cambiar de escenario para la política de reciclaje, sacando a los actores de la cadena tradicional que incluye a los recicladores de oficio y entregando la actividad a muy pocos*” (Cuad, 1, folios 9 y 10).

2.9 Como fundamento jurídico de sus alegaciones, prescribió que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre ellas las sentencias T-724 de 2003 y T-291 de 2009, establecieron que la población en comento cuenta con el derecho de alcanzar soluciones económicas duraderas para la situación en que sobreviven, y “(...) *volverse[,] de manera progresiva[,] empresarios de la basura a través de las acciones afirmativas que les asign[e] la exclusividad en el oficio de reciclaje y el crecimiento en esta cadena articulada al servicio de aseo (...)*” (Cuad. 2, folio 7).

2.10 Argumentó que el cálculo que se está efectuando para remunerar a los concesionarios por la prestación del servicio público de aseo incluye todo tipo de residuos sólidos no peligrosos, y -por lo mismo- no distingue entre aquellos que son objeto de aprovechamiento y aquellos que sólo pueden ser sometidos a disposición final. En efecto, indicó que “(...) *en la página 4 del documento soporte de justificación de razones para autorización de las ases (sic), puesto (...) a la Comisión de Regulación de Agua – CRA – (...), la UAESP estimo (sic) la cantidad de residuos a ser utilizados en los cálculos del modelo económico (...). Las metodologías de calculo (sic) de tarifas se componen por los residuos de producción domiciliaria, de grandes generadores, barrido, material aprovechable, y residuos de de (sic) operativos especiales. Con lo anterior[,] queda demostrado que la UAESP, sí(sic) tenía en el modelo de la licitación incluida la porción del oficio que los recicladores hacen en el servicio de aseo, y que la entrega en ventaja a los operadores que resulten seleccionados” (subrayas del original) (AZ 2, folio 22). Esto implica entonces, tal y como está planteada la licitación, que se les excluya del acceso cierto y seguro a los residuos sólidos, mientras que los oferentes se apropian del material sobre el cual los recicladores trabajan. Separando así, erróneamente, ambas actividades del objeto concreto sobre el que operan.*

2.11 Sostuvo que las rutas de reciclaje, que antes se llamaban de recolección selectiva, “(...) *están en cabeza de los 4 operadores del servicio (LIME, CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL y ATESA), los cuales recogen 73 rutas en el mes, en todas las zonas. Para hacerlo usan 6 vehículos y 18 tripulantes, con los cuales recogen al mes 320 toneladas de residuos con potencial de reciclaje (...)*” (AZ 2, folio 23). Así, el puntaje que se otorgará al respecto en la actual licitación tiene que ver con el cubrimiento de usuarios en una zona

determinada, independientemente de la producción de basuras o de la mano de obra utilizable.

2.12 Afirma que la UAESP y otras entidades públicas han hecho ahínco en señalar que están dando cumplimiento a las órdenes conferidas por la Corte Constitucional y que las mismas “(...) *se qued[aron] cort[as] en las decisiones, [ya que] solo exige dar una participación accionaria, calificar un porcentaje de aprovechamiento y puestos de trabajo, cualquiera que estos sean (...)*” (Cuad. 1, folio 18). Por ello, las acciones afirmativas se están reduciendo a “(...) *dar participación accionaria que[,] para este caso, se enmarca en tener una participación en las utilidades o ganancias del negocio y no en participar en costos y gastos de acuerdo a la carga de trabajo a desarrollar (...)*” (AZ 2, folio 22).

Por lo mismo, alegó que tienen el derecho de ser tenidos en cuenta no sólo en relación con su fuerza de trabajo, que incluye los conocimientos adquiridos a lo largo de los años laborados como recicladores, sino como socios estratégicos. Esto, con el fin de que cuenten con alternativas económicas duraderas que, impulsadas por acciones afirmativas reales, permitan que superen la situación que padecen y que se sustenta en su calidad de sujetos de especial protección constitucional. Asunto que, reiteró, se desprende de las sentencias de la Corte Constitucional T-724 de 2003 y T-291 de 2009 que comprenden criterios vinculantes para todas las partes, incluidos los proponentes. Participando entonces de manera efectiva, como empresarios de las basuras, en la prestación del servicio. Sin embargo, y a pesar de los elementos de habilitación y de calificación, a su parecer, “(...) *los proponentes instrumentalizaron a los recicladores, al ponerlos como comodín, pero no como socios estratégicos, y todos los puntos diferenciadores atañen a estos pero no les aporta un solo beneficio*” (AZ 2, folio 25).

2.13 Concluyó que “(...) *en la licitación 001 de 2011 [se] cumple tangencialmente con el auto 268 de 2010; pero [se] incumple estructuralmente la sentencia T-724 de 2003*” (AZ 2, folio 26), pues no se les reconoce y valora por sus conocimientos y capacidades laborales, ni se les incluye como posibles empresarios de las basuras.

3. Las intervenciones.

Los diferentes actores: institucionales, órganos de control, proponentes en la licitación pública 001 de 2011 y organizaciones de recicladores de diferente nivel, radicaron sus intervenciones en el presente trámite, las cuales se exponen de manera ordenada y detallada en el Anexo No.1 de esta providencia.

A continuación, se presenta un resumen de las diferentes posiciones frente a la solicitud de incumplimiento:

3.1 Los intervinientes concuerdan en que las actividades que realizan los recicladores en la cadena productiva de las basuras son varias, ya que ejercen su oficio en la selección, la recolección, el transporte, la pre - transformación y la comercialización de residuos. Igualmente, no existen diferencias en torno a la importancia de la labor que los recicladores realizan y, los beneficios ambientales, económicos y sociales que su actividad representa.

Aunado a ello, también destacan la importancia de las bodegas o centros de acopio para la cadena del reciclaje, que consideran compleja, dado que múltiples personas interactúan durante su desarrollo en diferentes etapas. En este sentido, varios intervinientes están de acuerdo en que la salida del transporte de tracción animal y la reducción de las bodegas en razón a la aplicación del Decreto Distrital 456 de 2010, generó impactos negativos en el desarrollo de su actividad. Lo anterior, por las distancias que tendrán que recorrer los recicladores para llevar los materiales potencialmente aprovechables hasta los centros de acopio que se mantuvieron, lo cual se agrava con la reducción de los lugares en los cuales podrán comercializarlos residuos, repercutiendo todo ello negativamente en los resultados económicos que derivan de su actividad.

3.2 Coinciden en que la Licitación 001 de 2011, concibe las rutas de reciclaje a cargo de los recicladores de oficio, quienes laborarán bajo la égida de la libertad de mercado y que deberán actuar independientemente de la organización de segundo nivel a la que se encuentren afiliados, recolectando los materiales potencialmente aprovechables. Corolario de esto, todos los proponentes adujeron estar dispuestos a efectuar acompañamientos en beneficio de la población en comento, para que fortalezcan y formalicen su trabajo. Empero los oferentes, sin excepción, adujeron que no han realizado negociación alguna con las diferentes organizaciones, dado que los beneficios para los recicladores se desprenden del pliego de condiciones, sin que haya lugar a concertar asuntos con ellos.

3.3 Los oferentes no tienen claridad sobre cuál es el aporte de industria a cargo de las organizaciones de segundo nivel. Igualmente, los proponentes, se abstuvieron de señalar el porcentaje de las utilidades que tienen proyectadas o manifestaron que éstas son inciertas.

3.4 En cuanto al pesaje, coinciden en señalar que es posible efectuarlo en diferentes momentos: ya sea en los centros de acopio, en el sitio de disposición final o incluso en ciertos vehículos con tecnología apropiada para ello². De hecho, alegaron que en las rutas informales de recolección -operadas por los recicladores de oficio- por lo general se pesan en las bodegas apenas son recibidos y antes de ser comercializados para su reincorporación al ciclo económico o productivo. De la misma manera, apuntaron que el peso tiene una relación directa con la tarifa que se cobra por la prestación del servicio, que no incluye la labor adelantada por la población en comento.

²Esto tiene relación, pero no exclusivamente, con el aforo que reviste a ciertos generadores de residuos sólidos.

3.5 Los intervinientes no entienden la razón por la cual la UAESP optó por descartar criterios de antigüedad para evitar que organizaciones recién constituidas se vieran beneficiadas con las medidas adoptadas en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011³.

3.6 Existen múltiples argumentos, provenientes de todos los intervinientes, en torno al cumplimiento o no de las obligaciones contempladas en la sentencia T-724 de 2003 y el auto 268 de 2010, relativas a la inclusión de acciones afirmativas en favor de la población de recicladores del distrito.

Con todo, es posible agrupar estas intervenciones de la siguiente forma:

3.6.1 Respecto de la existencia o no de las acciones afirmativas se encuentran posiciones divergentes. Así, algunos proponentes y organizaciones de recicladores alegan que en el pliego de condiciones se contemplan medidas que sin lugar a dudas -amén de obedecer a los mandatos establecidos en la jurisprudencia de esta Corporación- constituyen políticas destinadas a favorecer a una población desventajada para que supere la situación que padece.

En este sentido, alegaron por ejemplo que el sorteo de las organizaciones de segundo nivel para asociarse con los operadores del servicio, permitió la participación de todas las asociaciones por igual y que las acciones de industria que recibirán, los convierten en empresarios, fomentando las organizaciones de economía solidaria, pues todo aquél que se afilie se verá beneficiado. Igualmente, expusieron que los criterios de habilitación y puntuación contemplados en el pliego de condiciones garantizan la vinculación de la población en comento.

A más de lo anterior, las utilidades se les entregarán antes de capitalizaciones y reservas. De igual forma sostienen que los recicladores se verán beneficiados con la posibilidad de comercializar los materiales que recojan en las rutas selectivas, que estarán bajo su cargo. Sumado a esto, expusieron que darles la posibilidad de competir en dichas rutas es, por sí misma, una acción afirmativa.

Frente al aumento a doce (12) organizaciones de segundo nivel, apuntaron que esto se debió a las grandes expectativas de utilidades que ha generado la licitación. Por ello, con el pliego de condiciones, la entidad distrital ha fortalecido e incentivado la creación de asociaciones de los recicladores.

3.6.2 Por el contrario, otros proponentes y asociaciones de recicladores critican las medidas adoptadas por la UAESP, dado que -al abstenerse de utilizar criterios de antigüedad- se permitió la participación en el proceso de organizaciones llamadas de “papel”, algunas creadas con posterioridad a la publicación del pliego de condiciones, desnaturalizando así un elemento esencial en toda acción afirmativa: su direccionamiento a un grupo específico. En este caso, los recicladores del Distrito Capital.

³ Al respecto, ver, por ejemplo, la intervención de la ARB y de LIME en el Anexo 1 de esta providencia.

Además, sostienen que las posibles utilidades serán divididas en partes iguales entre las organizaciones que actúen en el ASE respectiva, asunto que carece de sentido al no tener en cuenta el número de afiliados de cada una de ellas. Este elemento fue fijado en la Adenda 8, cuando ya se había realizado el sorteo y a pocos días del cierre de la licitación. Lo anterior es un desincentivo para aquellas organizaciones con mayor número de miembros, pues tendrán que repartir los beneficios entre muchas más personas. Asimismo, criticaron que las condiciones fueran impuestas, dado que si no aceptaban lo que el proponente tuviera a bien otorgarles, automáticamente quedarían por fuera del proceso.

Por lo demás, en su entender, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que su trabajo debe ser valorado por el conocimiento intrínseco que han acumulado por el ejercicio de su oficio durante varios años. Sin embargo, los oferentes proponen celebrar contratos laborales en cualquier área del servicio, ocultando de paso que nada garantiza la estabilidad o duración de los mismos, así como el hecho de que varios requieren ciertas competencias de las cuales carecen. Así las cosas, se instrumentaliza al gremio reciclador de Bogotá, se le utiliza como un comodín para obtener puntuación.

De paso, se han separado erróneamente dos actividades -aprovechamiento y recolección- que se efectúan sobre los mismos residuos, fraccionando la cadena productiva del reciclaje, desconociendo su complejidad, y obviando la complementariedad y el valor del trabajo que como recicladores realizan.

Para estos intervinientes, el convertirlos en verdaderos empresarios de las basuras no se garantiza con las rutas de reciclaje formuladas, que están diseñadas sobre el número de usuarios afiliados, mas no con respecto a los residuos recogidos. En este sentido, expusieron que no se efectuará remuneración alguna por la labor que realizan y continuarán en las mismas condiciones existentes antes de la licitación pública referida, ya que el “otorgamiento” de las rutas selectivas no es más que la formalización a través de normas jurídicas de las rutas informales que actualmente operan. A lo que se le suma las dificultades derivadas del cierre de bodegas, las distancias para los pocos centros de acopio en funcionamiento y la prohibición del uso de transportes halados por animales.

A más de lo anterior, alegaron que la obligación para los proponentes, determinada por la UAESP -relativa al diseño de un plan para el aprovechamiento- conllevará la apropiación de los socios capitalistas de la actividad que ellos han venido desarrollando. Mientras que la entidad argumenta, según ellos erróneamente, que se trata de una oportunidad única para que los empresarios les brinden herramientas para fomentar, fortalecer y formalizar su oficio.

Entonces, en su entender, la licitación no los incluye en el sistema de aseo, ni elimina las desigualdades que actualmente padecen. La libre competencia entra en tensión con la exclusividad que se pregona de las ASEs. De hecho,

aseguran que la recolección para la disposición final no colisionaría con el aprovechamiento, si se les otorgare a los recicladores esta actividad bajo la misma égida de las áreas de servicio exclusivo.

En cuanto a las utilidades, amén de enfatizar que no se encuentran garantizadas, pues se sabe que en este tipo de contratos éstas se generan después de varios años, apuntaron a que no existen reglas claras de distribución entre las organizaciones de segundo nivel y las de base. Asunto que es mucho más problemático si se suma el argumento de la existencia de presuntas asociaciones ficticias que buscan provecho propio. Por lo demás, como quiera que los recicladores de oficio tradicionales serán los que actúen sobre el ASE a través de la ruta de reciclaje, si no están afiliados, dejarán de percibir cualquier tipo de beneficio económico por esa vía.

En este sentido, además de reiterar que existen organizaciones de dudosa procedencia y que es una obligación de la UAESP determinar que no se trate de asociaciones ficticias, apuntaron a que el censo realizado por la Universidad Javeriana muestra deficiencias, ya que la población de recicladores supera los 25.000 individuos, mientras que el documento elaborado por la institución universitaria plantea una población aproximada de 12.000 recicladores. Adicionalmente, señalaron que existen fenómenos de doble militancia que no han sido analizados.

3.6.3 Una crítica adicional al pliego de condiciones, esta vez de algunos **proponentes**, tiene que ver con el hecho de que se impone al proponente la obligación de garantizar por lo menos un 32% de cobertura de las rutas de reciclaje; rutas que en los términos del pliego no serán operadas por los concesionarios sino por terceros (recicladores) que no adquieren ninguna obligación contractual.

Aunado a ello, se le exige a los proponentes ofertar puestos de trabajo a la población de recicladores, de forma que los operadores se verán obligados a prescindir de operadores ya entrenados y calificados para los oficios propios de la licitación, aspecto que entre otros, genera desigualdades pues los oferentes con mayor experiencia han invertido mayores recursos económicos y técnicos en la capacitación de personal que los nuevos operadores.

3.6.4. A más de lo anterior, alegaron que -en razón a la falta de planeación, que se evidencia en las adendas proferidas a última hora- no existen estudios serios sobre la viabilidad económica de las futuras empresas. Máxime si se tiene en cuenta que varios de los proponentes ofrecieron acciones en monto superior al 40%. Con esto se pone en riesgo la prestación del servicio público de aseo, pues en caso de no poder soportar los gastos económicos, dejarán de recoger los residuos sólidos de la ciudad y transportarlos al sitio de disposición final. Sumado a esto, apuntaron que, al obligarlos a afiliarse con organizaciones de recicladores que no conocen, se les conculca la libertad de empresa y de asociación.

3.6.5. Otro punto de discordia radica en el aporte de las organizaciones de segundo nivel como socios de industria. Así, para algunos de los proponentes no existen obligaciones en cabeza de dichas asociaciones. Basta con que participen en la constitución de la empresa prestadora del servicio para resultar beneficiadas. Por lo mismo, incluyeron las acciones simplemente como un requisito habilitante y de puntuación, que les permitiera hacerse a la licitación.

Para otros proponentes la ruta de reciclaje estará a cargo de los recicladores, por lo cual el oficio que han desempeñado se constituirá, precisamente, en el aporte de industria en beneficio de la empresa por parte de las organizaciones aunque estas no lo presten directamente.

Sumado a lo anterior, para ciertos socios de capital, la actividad que aportarán las asociaciones de segundo nivel redundará en el seguimiento, control, vigilancia y capacitación de las organizaciones de base, así como en el deber de afiliar a los recicladores de oficio que no se encuentren coaligados. Por lo tanto, el aporte de industria será la coordinación de asociaciones que sí desempeñarán el aprovechamiento.

Finalmente, para otros intervinientes, existe una contradicción insalvable en el pliego de condiciones, que se presenta por el hecho de que la empresa que se constituirá no podrá ejercer el aprovechamiento porque éste será ejercido por los recicladores de base mientras que las organizaciones de segundo nivel entrarán sólo a ser socias en las actividades de recolección y transporte de los operadores contratistas, sin cumplir función material alguna. Adicionalmente, el plan para incentivar el aprovechamiento será presentado por los proponentes y no por las mentadas asociaciones. Así las cosas, este punto tampoco se consolidaría como un aporte industrial.

Sobre lo anterior, incluso la Procuraduría General de la Nación cuestionó que sean las asociaciones de segundo nivel las socias de industria, cuando son los recicladores de oficio quienes operarán las rutas de reciclaje. A más de ello, apuntó que no existen garantías en la prestación de esta actividad a favor de los usuarios del servicio y en beneficio de todos los habitantes de Bogotá.

3.6.6. Otro punto de desavenencia que se observa se relaciona con la comprensión del acceso cierto y seguro a los residuos sólidos. Esto, a pesar de que la mayoría de los intervinientes apuntan que resulta un beneficio para la población de recicladores la obligación atinente a la entrega de dotaciones y equipos, que relativizan en razón a que depende del número de personas que se vinculen a las organizaciones de segundo nivel.

Sin embargo, algunos alegan que las rutas formales, al ser legalizadas a través de una declaración jurídica y operar bajo los parámetros de la libre competencia, conllevan un riesgo para la prestación del servicio, dado que los recicladores entrarán en contienda para hacerse a la materia prima de su

trabajo, incluso en las aceras de la urbe capitalina⁴. Aunado a esto, aducen que comprenden por acceso cierto la facilidad de obtener el material potencialmente aprovechable. Así las cosas, tal condición se maximizaría si la actividad que realizan se rige por las mismas reglas de exclusividad que operan para las ASEs.

A más de lo anterior, exponen que el acceso cierto conlleva la posibilidad de ejercer su oficio, sin las tensiones del libre mercado y sin que sean los proponentes quienes formulen los planes de aprovechamiento. Por ende, implica cobertura y autonomía en las rutas selectivas como empresarios de las basuras, pero en consideración de los residuos recolectados y no de los usuarios afiliados.

Otros, por el contrario, argumentan que es precisamente la libre competencia la que asegurará el acceso a los materiales potencialmente aprovechables, a lo cual se suma la información que manejarán y obtendrán por hacer parte del operador del ASE respectivo. Para ellos, existen garantías al trabajar puerta a puerta sin que exista inconveniente en que operadores y recicladores compitan por los mismos residuos, siempre que las rutas de reciclaje pasen primero que las rutas de los operadores.

3.6.7 Otro punto de diferencia radica en el Fondo de Reciclaje. Para ciertos intervinientes, como quiera que éste se financiara con la venta del material potencialmente reciclable - asunto que conforme a los elementos aportados al trámite, no resulta técnicamente cierto⁵-, ello conlleva una carga para los recicladores de base, pues serán estos quienes verán menguados los recursos que recibirían al comercializar los residuos. Con todo, en estrecha similitud con este argumento, otros mencionan que se trata de una figura que se beneficia del trabajo de los recicladores –dado que se calcula a partir del peso de los residuos que dejarían de llegar al relleno sanitario– pero que sólo destina el 50% de sus ingresos a actividades de apoyo para el grupo poblacional. Mientras que la otra mitad, se devolvería a los usuarios por separar los residuos desde el punto de origen, desconociendo que en muchas ocasiones son los recicladores –a través de las rutas informales– los que terminan seleccionando tales materiales.

Otros, por el contrario, consideran que a pesar de que desconocen la naturaleza jurídica del Fondo, este se consolida como una herramienta para beneficiar a la ciudad, dado que incentiva tanto el aprovechamiento como la separación en la fuente. Adicionalmente, el Fondo asegura recursos que redundarán en beneficio de la población recicladora del distrito capital. En otras palabras, servirá como un estímulo tanto para los usuarios del servicio como para los recicladores, dado que les corresponderán sumas de dinero por

⁴ Cabe recordar, que en este momento los operadores actuales de las concesiones surgidas de la licitación de 2002 manejan rutas especiales de recolección y que tales materiales potencialmente aprovechables son transportados por ellos al Centro de Acopio la Alquería. De manera paralela a tal actividad, trabajan los recicladores de oficio, en rutas informales y que operan bajo las dinámicas que emanan de la libre competencia, recogiendo los residuos sólidos en las calles bogotanas.

⁵ Como se explicará a continuación, dicho fondo – conforme a los medios probatorios obrantes en el trámite – se financiará con dineros del Distrito, a partir del cálculo de los residuos sólidos que dejen de llegar al Relleno Sanitario Doña Juana, en razón a la recolección para el aprovechamiento de los mismos.

la reducción de la magnitud de los materiales objeto de disposición que dejarán de llegar al relleno sanitario.

3.6.8. Finalmente, es necesario señalar que algunos de los intervinientes –entre ellos la UAESP- solicitaron que se declarara el cumplimiento efectivo de las obligaciones contempladas en la sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010. Por lo mismo, a su parecer, la Corte debe levantar la suspensión de la licitación pública en comento y permitir la continuación del proceso precontractual.

Otros solicitaron que se declarare el incumplimiento de las referidas providencias y que en su lugar se ordene: a. la adopción de criterios de antigüedad y la exclusión de organizaciones de dudosa procedencia; b. la separación efectiva del aprovechamiento y la recolección para la disposición final, en razón a que ambas actividades operan sobre los mismos residuos potencialmente aprovechables; c. la entrega en exclusividad de la recolección para el aprovechamiento a los recicladores, garantizando el acceso cierto y seguro de manera permanente y constante (esto incluye la operación de las rutas de reciclaje); d. el reconocimiento económico de su trabajo, en consideración al peso de materiales que recogen y transportan (esto incluye una diferenciación tarifaria, dado que, a su parecer, en este momento la tarifa reconoce el aprovechamiento como parte de la disposición final de residuos sólidos); e. La permanencia del fondo de reciclaje, que los recursos sean destinados en su totalidad a la población de recicladores; f. El funcionamiento de centros de acopio y medios de trabajo adecuados para laborar (lo que incluye vehículos de transporte); g. contar con herramientas para crecer dentro de la cadena productiva de las basuras, con base en sus conocimientos; h. el incentivo a la economía solidaria, otorgando el manejo de las rutas de reciclaje; y, finalmente, i. algunos solicitaron no ser socios de industria.

4. Elementos probatorios.

El material probatorio que fue allegado al presente trámite y, que sirve de fundamento para el estudio que se realiza a continuación se enlista en el Anexo No. 2 de esta providencia.

II. CONSIDERACIONES DE ESTA CORPORACIÓN.

Competencia para verificar el cumplimiento de un fallo de tutela y facultades del juez constitucional.

1. El Decreto ley 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela, consagra dos mecanismos que puede utilizar el actor en sede de tutela, simultánea o sucesivamente, ante el incumplimiento de la orden emitida en un fallo de amparo proferido con ocasión de la declaratoria de la vulneración o la amenaza de sus derechos fundamentales, no excluyentes entre sí: uno de tipo sancionatorio y otro de tipo material, pues de lo que se trata es del goce efectivo de los derechos fundamentales, razón de ser del Estado Social de Derecho.

En cuanto al primero, los mecanismos de cumplimiento de tipo sancionatorio (requerimiento al superior jerárquico, solicitud de apertura de proceso disciplinario, compulsión de copias para que se adelanten investigaciones penales y trámite del incidente de desacato), suponen la valoración de la responsabilidad subjetiva de los demandados.

Por su parte, el mecanismo de naturaleza material, comprende cualquier otro tipo de actuación del juez que por vías legales pueda conducir al cumplimiento de la orden impartida. Para ello se puede valer, por ejemplo: i. de la solicitud de pruebas⁶ con el fin de esclarecer los hechos del incumplimiento y adoptar la solución más acertada, razón por la cual su papel en materia probatoria se traduce en un deber específico de emplear sus potestades legales en la comprobación del cumplimiento de los derechos tutelados, a fin de garantizar la cesación de la vulneración o amenaza de los mismos; ii. Dictar órdenes y requerimientos complementarios al fallo o decisión⁷; iii. Proferir sentencias de reemplazo en el caso de tutelas contra providencias judiciales que no se cumplen⁸; iv. Adicionar la decisión inicial para vincular a quienes no quedaron expresamente incurso en las consecuencias que acarrea el incumplimiento⁹ o v. la celebración de audiencias para hacer públicas las actuaciones de las autoridades encargadas del cumplimiento de órdenes judiciales¹⁰.

Así, el Decreto 2591 de 1991 faculta al accionante ya sea para pedir el cumplimiento de la orden emitida en un fallo de tutela por medio del denominado *trámite de cumplimiento*, y/o para solicitar sea sancionada la autoridad incumplida a través del *incidente de desacato*.

2. Esta Corporación ha sostenido que en virtud de lo establecido en los artículos 23 y 52 del Decreto 2591 de 1991, la competencia para verificar y hacer cumplir las órdenes emitidas en un fallo de tutela, por regla general, es del juez de primera instancia, incluso si se trata de órdenes proferidas en segunda instancia o en sede de revisión¹¹. Es éste “(...) *el encargado de hacer cumplir la orden impartida, así provenga de fallo de segunda instancia o de revisión, ya que mantiene la competencia hasta tanto no se cumpla la orden a cabalidad*”¹².

3. Sin embargo, en casos excepcionales esta Corporación, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional y garante del ordenamiento jurídico colombiano, tiene competencia para conocer del trámite de cumplimiento y del incidente de desacato en sede de revisión, para lo cual la misma Corte ha señalado en sus providencias determinados requisitos que han de llenarse para

⁶En autos como el A-114 del 2005, la Corte Constitucional ha señalado que el solicitar pruebas para verificar el cumplimiento es más que una potestad, es un deber específico del juez.

⁷Ver al respecto el auto A-141B del 2004.

⁸Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional SU-1185 del 2001 y SU-1158 del 2003.

⁹Auto A-141B del 2004.

¹⁰Como en el caso de la verificación de cumplimiento de la Sentencia T-025 del 2004.

¹¹A-178-08.

¹²SU-1158-03.

que la excepción proceda¹³: “(i) [que] se trate del incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte Constitucional en virtud de la cual conceda el amparo solicitado (...), (ii) [que] resulte imperioso salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional y (iii) [que] la intervención de la Corte sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados”¹⁴.

De igual forma tal competencia radicará en la Corte Constitucional cuando las órdenes proferidas por ésta no han sido acatadas, bien sea porque el juez competente no adopta las medidas conducentes para ello o bien porque pese a haberlas adoptado, la desobediencia persiste. En ese orden, el fundamento normativo que faculta a la Corte Constitucional para conocer, de manera excepcional, del incumplimiento de sus sentencias proviene del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se dispone que el juez constitucional mantiene su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho fundamental conculcado o sean eliminadas las causas que lo amenazan¹⁵.

4. Así las cosas, y teniendo presente que: (i) en la sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010, se dispuso que en futuras contrataciones de servicios públicos de aseo, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital o quien hiciera sus veces, debía incluir acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá; (ii) mediante la Resolución No. 364 de 2011 se abrió la licitación pública No. 001 de 2011 con el objeto de concesionar la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá, en sus componentes de recolección, transporte y otros. (iii) la peticionaria manifestó ante el Juzgado 43 Penal Municipal -juez de primera instancia de la tutela T-723 de 2003-, el posible incumplimiento de las órdenes proferidas en la mencionada providencia, así como en el Auto 268 de 2010 respecto de la citada licitación. (vi.) frente a tal solicitud **el juez de tutela de primera instancia se abstuvo de conocer el trámite y lo remitió a esta Corporación.** (vii.) puede existir un incumplimiento por parte del Distrito a las órdenes impartidas por esta Corporación capaz de afectar derechos fundamentales de la población recicladora, resulta evidente que esta Sala de Revisión es competente para verificar la eficacia de las precisas órdenes impartidas a través de la Sentencia T- 724 de 2003 y de los Autos 268 de 2010, 180 y 183 de 2011, en relación con la inclusión de acciones afirmativas a favor de los recicladores en las condiciones que rigen la Licitación Pública 001 de 2011.

5. Ahora bien, el incumplimiento que se demanda de las órdenes constitucionales contenidas en la sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 268 de 2010, 180 y 183 de 2011, radica en el proceso de selección regido por la Licitación Pública 001 de 2011.

¹³ Elementos estos señalados en el Auto 180 de 2011, mediante el cual se decidió avocar el conocimiento de esta causa.

¹⁴ Auto 147 de 2011 y Auto 167 de 2011.

¹⁵ Autos 214 de 2003 y 010 de 2004.

Sobre este punto es preciso realizar la siguiente precisión: la Corte Constitucional en sentencia SU-713 de 2006¹⁶ señaló que no existía razón válida para que la acción de tutela pudiera usarse como mecanismo definitivo y prevalente para impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal, en la medida que frente a los actos administrativos generales o particulares y, concretamente respecto del pliego de condiciones, era posible acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por vía de anulación y suspensión provisional, de forma que sólo era posible acceder a este amparo mediante la prueba de la existencia de un perjuicio irremediable y sólo de forma transitoria.

Sin embargo, el caso concreto que se aborda en esta providencia presenta circunstancias formal y materialmente diferentes a las que hace referencia el mencionado fallo. Así, en el caso en estudio no se está ante una acción de tutela en la cual un proponente persiga la protección de sus derechos fundamentales a partir de la interrupción de un procedimiento de selección, por causa de un posible vicio que amerite la revisión de la legalidad de los actos administrativos que integran dicho proceso, caso en cual se justifica la operatividad del principio de subsidiariedad en sede de tutela. El problema que ocupa la atención de la Sala de Revisión en esta oportunidad es el: **i) incumplimiento de un fallo de tutela en firme**, capaz de vulnerar el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia protegido por el bloque de constitucionalidad, **ii) el fallo de tutela ordenó la protección de un grupo discriminado y minoritario de la población** que debe ser protegido por el juez constitucional a través de cualquiera de los mecanismos legales a su alcance. **iii) el fallo de tutela incumplido imponía a las autoridades del distrito órdenes positivas concretas** que debían ser aplicadas en los procesos de selección para adjudicar cualquiera de los componentes del servicio público de aseo. Así, las acciones contenciosas: nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y con ellas la medida de suspensión provisional, fuera de evitar la adjudicación de un contrato, carecen de toda fuerza vinculante para constreñir a la Administración Distrital para proponer un modelo realmente incluyente que dignifique el trabajo de la población de los recicladores.

Lo anterior, por cuanto las medidas que se adopten para asegurar el cumplimiento de las órdenes judiciales no tienen por finalidad que se revise la legalidad de los actos administrativos sino que el proceso de selección establezca medidas incluyentes reales para la población de recicladores. Estas complejidades y particularidades autorizan entonces al Juez Constitucional para adoptar medidas directas sobre el proceso de selección en curso.

6. Lo anterior plantea entonces el interrogante de ¿cuáles son las facultades del juez de tutela frente a la verificación de un incumplimiento a un fallo de tutela?

¹⁶ Sentencia SU-713 de 2006, por la cual se ventiló una acción de tutela propuesta por la firma Inverapuestas S.A. contra la Lotería de Bolívar respecto del proceso de licitación pública para la adjudicación de la concesión de explotación del juego de apuestas permanentes “chance”.

6.1 La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que los principios de prevalencia del derecho sustancial, celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad, que caracterizan el proceso de tutela, son aplicables también al período de cumplimiento del fallo. Es claro que las facultades y obligaciones constitucionales que tiene el juez de tutela no se contraen a la etapa del juzgamiento, sino que se mantienen y se reafirman durante la etapa de la verificación del cumplimiento de los fallos¹⁷.

6.2 Bajo esas circunstancias, vale la pena recordar que la jurisprudencia constitucional, en la sentencia SU- 1158 de 2003, ha indicado que los jueces constitucionales “(...) *con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos de los asociados y en desarrollo del principio del efecto útil de las sentencias, gozan de amplias facultades en la determinación de la forma de ejecución de los fallos de tutela y en la adopción de las medidas tendientes a su cumplimiento; deduciéndose, de tal aserto, el deber de velar por el cumplimiento efectivo de las garantías conferidas a los ciudadanos en sede de tutela, ‘[i]nterpretando las normas y las sentencias dictadas en el caso concreto’*”. (subrayado fuera de texto)

En ese orden, también lo indicó la Corporación en la Sentencia C-802 de 2002 y lo reiteró luego en la Sentencia SU-1158 de 2003, ninguna autoridad perteneciente a la Jurisdicción Constitucional puede desconocer la competencia del órgano que la Constitución señala como garante de su eficacia en todos los órdenes, así como que en su carácter de órgano límite de esa jurisdicción constitucional y en ejercicio de la supremacía no solo funcional sino también jerárquica, puede adoptar medidas adicionales para proteger efectivamente los derechos por ella tutelados, dando aplicación precisamente a los artículos 3° y 27 del Decreto 2591 de 1991, para lo cual es autónoma para **(i)determinar la oportunidad en que interviene para hacer cumplir sus órdenes de tutela y (ii)para definir qué tipo de medidas son las adecuadas para dar cabal cumplimiento al fallo.**

6.3 El hacer cumplir el fallo de tutela se justifica en el carácter normativo que se predica de la Constitución (Artículo 4°)¹⁸. Por lo mismo, el incumplimiento de las órdenes proferidas en las sentencias de tutela se traduce en una vulneración del artículo 86 de la Constitución y en una continuada trasgresión de los derechos fundamentales protegidos mediante la decisión judicial. Así mismo, contraviene el principio de eficacia de los fallos judiciales¹⁹ y el principio de seguridad jurídica, pues los mismos se derrumban si las órdenes proferidas por una de las ramas del poder público, queda sometida a la contingencia de la voluntad de la parte demandada.

En este contexto, el artículo 229 Superior asegura a todo ciudadano la posibilidad de acceder a la Administración de Justicia, aspecto que comporta entre otros muchos derechos, el que las decisiones tomadas por las autoridades jurisdiccionales se cumplan, pues sólo de esa manera la protección que se

¹⁷Ver auto A-166/05 en el cual se analizó el incumplimiento de la sentencia T-677/04.

¹⁸ El mentado artículo dispone: “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

¹⁹Al respecto ver la sentencia SU-1158 de 2003.

deriva de ellas se realiza de manera real y efectiva. Es así como, a partir de la sentencia T-537/94, reiterada en providencias posteriores de esta Corporación²⁰, la Corte ha sostenido que el cumplimiento de las sentencias, en términos generales, se constituye en un derecho subjetivo de imperativo acatamiento en un Estado Social de Derecho.

6.4 Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impone a los Estados el deber de “(...) *garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*”, pues de lo contrario la garantía de los derechos quedaría carente de protección efectiva y no sería más que una bella conjunción de frases destinadas a desaparecer en el tiempo. Es por ello que estos instrumentos reconocen el derecho de todas las personas a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que las ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación provenga de personas que actúen en ejercicio de funciones públicas. De esta manera, es una obligación para los Estados: **i)** garantizar que las autoridades competentes previstas por el sistema legal decidan sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; **ii)** desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y **iii)** **garantizar el cumplimiento** por las autoridades competentes de toda decisión en la que se haya estimado procedente el recurso.

Del bloque de constitucionalidad²¹ se infiere entonces que el derecho a la administración de justicia no se agota con la adopción de una decisión de fondo en la que se protejan los derechos de las partes, sino que su límite se extiende hasta el cumplimiento de las decisiones y, más allá, hasta la protección *efectiva* de los derechos involucrados, bien porque cese la amenaza o bien porque fenezca la vulneración de los mismos. Así, la vocación de la orden judicial es su cumplimiento y para garantizarla el mismo ordenamiento debe proveer: **i.** el procedimiento que permita reclamar la ejecución de los fallos judiciales, de forma que se trascienda de una simple sanción por su desacato, así como establecer **ii.** la obligación de los jueces de garantizar la prevalencia del derecho sustancial aún después de proferido el fallo con miras a la estricta realización del derecho y **iii.** las facultades para efectivizar el cumplimiento.

6.5 Es por ello que los artículos 27, 52 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, señalan de manera enunciativa -que no taxativa-, algunas herramientas a disposición del juez para la ejecución de su deber: **i)** requerir al superior jerárquico del demandado -cuando es autoridad pública - para que cumpla las órdenes proferidas; **ii)** ordenar la apertura de proceso disciplinario contra el superior que no procedió conforme a lo antes señalado; **iii)** adoptar directamente todas las medidas necesarias para lograr el cabal cumplimiento

²⁰ Sentencias T-395/01, T-510/02 y T-421/03

²¹ El artículo 93 Superior contempla que: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

del fallo; iv) compulsar copias para que se adelanten las investigaciones penales contra el obligado por los delitos de fraude a resolución judicial y prevaricato por omisión, entre otros; y v) sancionar al incumplido –particular o autoridad pública – por desacato con arresto de hasta seis meses y multas de hasta 20 salarios mínimos mensuales.

En este sentido, y en concordancia con el hecho de que es un fin del Estado el goce efectivo y no meramente simbólico de los derechos de las personas, el decreto en cita establece una fórmula amplia que faculta al juez para adoptar *cualquier* acción que garantice el cumplimiento de sus órdenes, una vez se haya constatado la renuencia de la autoridad pública responsable, al punto que el inciso segundo del artículo 23 del citado Decreto contempla que si la entidad continúa incumpliendo las órdenes proferidas por el juez, éste “(...) *podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos (...)*”.

Asunto previo. Por qué en el presente trámite de verificación de cumplimiento se privilegia a la población de recicladores.

7. Tal como se indicó en la sentencia C-309 de 1997, los derechos constitucionales no pueden ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar únicamente sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos fundamentales e individuales son precisamente limitaciones al principio de mayoría. Sobre el punto ha referido esta Corte que “(...) *condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas*”²². Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente primordial integrante del interés general.

Como bien lo señaló Luigi Ferrajoli, “(...) *el hecho de que los derechos humanos y con ellos todo progreso en la igualdad, se hayan ido afirmando cada vez más, primero como reivindicaciones y después como conquistas de los sujetos más débiles dirigidos a poner término a sus opresiones y discriminaciones, no se ha debido a la casualidad sino a la creciente evidencia de violaciones de la persona percibidas como intolerables*”²³. Por lo mismo, la guarda de tales derechos – máxime en consideración de los sujetos de especial protección que sobreviven en situaciones que atentan contra la dignidad humana -, amén de consolidarse como una necesidad en contra de condiciones que exacerban la vulneración de los principios constitucionales actuales, se constituye en un ineludible deber a la luz de los parámetros del Estado Social de Derecho.

8. Partiendo de ello, encuentra la Sala que los intereses de los proponentes involucrados en el trámite de la Licitación Pública 001 de 2011 –también

²²Corte Constitucional. Sentencia C-350/94.

²³ Ferrajoli, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 363.

particulares-, deben desplazarse en este caso en favor de los derechos de las minorías que por esta vía se pretenden proteger, más aún cuando no existe de por medio situaciones jurídicas consolidadas como las que devienen del acto de adjudicación de un contrato o la celebración del mismo, en la medida que en su condición de oferentes, sólo son titulares de una serie de expectativas referentes al posible contrato a adjudicar y de unos derechos frente a la Administración de que ésta haya obrado en el proceso de formación de los pliegos siguiendo los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad, responsabilidad y ante todo el deber de selección objetiva (arts. 23 y 29 ley 80 de 1993).

De ahí que las fuentes que enriquecen la responsabilidad precontractual en el ámbito civil y mercantil no puedan traerse al ámbito de la contratación estatal en toda su extensión, porque en este campo rige el principio de la solemnidad, de donde sólo se adquieren derechos a partir del acto de adjudicación y del perfeccionamiento del contrato en que el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito (art. 41 ley 80 de 1993). En ese orden, una eventual responsabilidad precontractual o por daño *in contrahendo*²⁴ sólo se registra cuando un proponente sufre un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión durante **la etapa de formación de la voluntad** (celebración del contrato), o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, caso en el cual la Administración comprometería su responsabilidad, como también la comprometería el proponente que retira su oferta o que se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas, todas ellas eventualidades que no se configuran en el presente asunto.

De allí que el hecho de privilegiar los derechos del trabajo y la dignidad humana de las minorías dedicadas al reciclaje por encima de las expectativas comerciales de los particulares que participan en condición de oferentes y que bien pueden hacerse presentes en futuros procesos de selección, no encuentra reparo alguno para esta Sala de Revisión en la medida que no se conculcan derechos fundamentales sino por el contrario se garantiza su realización en favor de la población menos favorecida.

9. Bajo la anterior consideración, se pregunta la Sala ¿qué impacto tiene el trámite de incumplimiento que se estudia frente al interés general, si se tiene en cuenta que la Licitación 001 de 2011 tiene por beneficiarios a los usuarios del servicio de aseo en el Distrito?

Pues bien, debe precisarse que los contratos de concesión de aseo para los componentes de recolección, transporte, limpieza, poda y corte de césped celebrados por la Administración Distrital en el año 2003, terminaron por expiración del plazo adicional el 15 de septiembre del año en curso y, con ellos la habilitación de áreas de servicio exclusivo en la ciudad, de lo cual se infiere que a partir de esa fecha rige el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que señala la regla general de libre competencia para la operación de estos servicios públicos domiciliarios.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. A.P.13405 de 7 de julio de 2001.

Así las cosas y dada la suspensión del trámite del proceso de selección de nuevos concesionarios ordenado por la Corte Constitucional, el Distrito suscribió por el mecanismo de urgencia cuatro contratos que actualmente se encuentran en ejecución, por el término de seis meses, estos son : 157E, 158E, 159E, y 160E (AZ 4, folio 474 a 544). A través de ellos, los diferentes operadores se obligan con la Administración Distrital a prestar los componentes de recolección, transporte, limpieza, poda de árboles y corte de césped del servicio de aseo en las (i) **mismas áreas** en las cuales venían operando por virtud de la Resolución CRA 235 de 2002 y (ii) **con las mismas obligaciones**, lo cual significa que sin importar que exista libre competencia, estos operadores están obligados por virtud de los citados contratos a prestar una cobertura en el 100% de la ciudad y frente a todos los estratos, sin que sea posible afirmar en la actualidad que alguna zona de la ciudad esté desprovista del servicio de aseo o que los estratos 1 y 2 hayan dejado de ser atendidos por alguno de estos operadores.

En ese sentido el interés general está actualmente cubierto y puede seguir estándolo a través de las acciones que para el efecto establezca la Administración Distrital a partir de las herramientas previstas en la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 142 de 1994, sin que el presente trámite o las decisiones que en él se adopten puedan ser tomadas como excusa válida para entorpecer la debida prestación del servicio público de aseo y, sobre todo, para no garantizar este a la población más pobre.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que, si bien es cierto no está vigente verificación alguna de condiciones que autorice áreas de servicio exclusivo, de manera que en la actualidad opera un régimen de libre competencia, lo cierto es que con independencia de qué operadores privados decidan competir por el servicio en determinadas zonas del Distrito, el efecto vinculante de los contratos citados garantiza que aún en situación de libre competencia, toda la ciudad en su conjunto no quede desprovista materialmente de la prestación de estos servicios. En últimas, sin ahondar más en este análisis, el eventual “descrime” del sector lo máximo que podría generar es una eventual disminución de las tarifas en favor de los usuarios, lo cual no se compara con la desproporcionada afectación que podrían sufrir los recicladores de permitir que se incumplan las órdenes proferidas por esta Corporación en violación de los deberes constitucionales e internacionales.

Problema jurídico y esquema de resolución.

10. Con fundamento en la solicitud de verificación de incumplimiento, así como en los hechos narrados y probados dentro del presente trámite, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la UAESP dio o no efectivo cumplimiento a las órdenes impartidas por esta Corporación en la sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010, referentes a la inclusión de acciones afirmativas a favor de la población de recicladores de Bogotá en el proceso de selección realizado con ocasión de la Licitación Pública No. 001 de 2011, por

el cual se pretende concesionar el servicio público de aseo en los componentes de recolección, transporte, limpieza, corte de césped y poda de árboles²⁵.

11. Para solventar tal interrogante, la Sala abordará los siguientes puntos: **(i)** El Estado Social de Derecho y el principio de igualdad frente a sujetos de especial protección: **a.** Sujetos de Especial protección. **b.** El mandato de abstención y el mandato de acción; **c.** Los deberes y poderes del juez constitucional frente al principio de igualdad. **(ii) El caso concreto:** **a.** Las órdenes de la Corte Constitucional presuntamente incumplidas por el Distrito. **b.** Los niveles de protección que fueron planteados por la UAESP a partir del pliego de condiciones y si estos pueden considerarse como acciones afirmativas en favor de la población recicladora: **(b.1)** participación accionaria de las asociaciones de segundo nivel en las sociedades concesionarias. **(b.2)** entrega de las rutas de reciclaje a la población recicladora. **(b.3)** La oferta de plazas de empleo de los concesionarios a los recicladores en actividades propias de su operación. **c.** Declaración de incumplimiento y órdenes concretas.

El Estado Social de Derecho y el principio de igualdad frente a sujetos de especial protección constitucional.

12. Conforme al artículo 1º de la Carta Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, que – entre otras características – se configura como una entidad política “(...) *fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y [en] la solidaridad de las personas que la integran (...)*”. Tal y como se reiteró en la sentencia T-772 de 2003²⁶, dicha declaración no reviste una simple fórmula retórica que brinda un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Estado o del Derecho. Por el contrario, “(...) *se trata de un principio cardinal de nuestro ordenamiento constitucional, que le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia- vinculante para las autoridades (...)*”. Entre esos fines que le son propios al Estado Social de derecho, siguiendo los postulados del preámbulo de la Constitución, se halla la garantía de un orden político, económico y social justo, que sin duda se relaciona con la dignidad intrínseca de cada persona.

²⁵ En efecto, la orden dada en la sentencia T-724 de 2003 fue la siguiente: “(...) **Tercero.-PREVENIR** en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá o a la entidad del Distrito que haga sus veces, para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la Licitación No. 01 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá”. Por su parte, en el Auto 268 de 2010, en el que se analizó el cumplimiento de tales órdenes en el caso de la licitación 001 de 2010 que tenía por objeto contratar un operador para el Relleno Sanitario Doña Juana, se dispuso – entre otras cosas - lo siguiente: “(...) **CUARTO.- PREVENIR** a la UAESP que deberá incluir los criterios señalados en el presente Auto en futuros contratos que desarrollen las órdenes conferidas en la sentencia T-724 de 2003”.

²⁶ En esta providencia, la Corte revisó un caso en el cual un vendedor ambulante demandaba a la Policía Metropolitana de Bogotá – Grupo de Espacio Público – por las medidas adoptadas con el fin de recuperar el espacio público. Entre los temas abordados, la Sala de Revisión se pronunció sobre el principio de igualdad y las políticas públicas. Igualmente, abordó la relación existente entre la fórmula del Estado Social de Derecho y el contenido mínimo de tales políticas, así como el deber estatal de preservar el espacio público, pero bajo la obligación de garantizar los derechos fundamentales de las personas.

13. En este sentido, tal dignidad y las consecuentes obligaciones del Estado frente a ella, se relacionan intrínsecamente con el deber, contemplado en el artículo 13, de promover “(...) *las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...) [adoptando las] medidas a favor de grupos discriminados o marginados [y protegiendo] especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta[; sancionando] los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*”.

14. Ahora bien, tal como ha sido insistentemente reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, esto no significa que la igualdad ante la ley, baluarte de las revoluciones liberales del siglo XIX, haya dejado de ser relevante para esta fórmula del Estado, pero se le adiciona una nueva concepción de lo social. Se trata del reconocimiento de que para que exista un efectivo goce de los derechos y por ello de la materialización de los fines del Estado, que entre otros comprenden “(...) *servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)*”²⁷, se hace necesaria la adopción de medidas *efectivas* que contrarresten las situaciones de discriminación o marginación, que pueden ser físicas, mentales, económicas o de otra índole.

Es decir, dentro del Estado Social de Derecho resulta fundamental la igualdad ante la ley, también comprendida en el inciso primero del artículo 13 de la Constitución²⁸, pero se le adiciona el deber de contrarrestar las desigualdades materiales existentes dentro de esta sociedad; que – por lo demás – resultan no sólo evidentes, sino muchas veces groseras, superando con creces las enumeradas en el mentado artículo, y que, de acuerdo con lo indicado en el Auto 268 de 2010, “(...) *han conllevado diferenciadas posibilidades de satisfacción de los derechos de las personas, [haciendo] evidente que la sociedad, al igual que el Estado, deben adoptar medidas para que estos grupos desventajados²⁹ puedan alcanzar las condiciones materiales que les permitan poder ejercer efectivamente - en iguales condiciones – los derechos de los que son titulares*”.

15. Puede afirmarse entonces que tratándose de la igualdad, conforme al principio del Estado Social de Derecho, la legitimidad del mismo depende de su intervención para precaver las situaciones que sustentan dichas desigualdades. Al respecto, reiterando la jurisprudencia de esta Corporación, en la sentencia T-772 de 2003 se afirmó que “(...) *el grado de legitimidad del Estado y sus actuaciones se relaciona directamente con su compromiso efectivo hacia la construcción de un orden equitativo, a través de*

²⁷ Artículo 2º C.P.

²⁸ El inciso primero del mencionado artículo establece: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

²⁹ Al respecto Fiss, Owen, “Grupos y Cláusula de Igual Protección”, en Gargarella R. (Comp.), Derecho y grupos desventajados, Barcelona: Editorial Gedisa, Yale Law School y la Universidad de Palermo, 1999, pp 137-159.

intervenciones razonables encaminadas a solucionar las disfuncionalidades propias del sistema social (...)”.

16. Así las cosas, con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos la misma libertad y dignidad para todos, el Estado tiene que intervenir en la sociedad, incluso dentro de la esfera económica, tal y como lo establece el artículo 334 de la Carta, que consagra tal actuación “(...) *para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano*”.

17. Tratándose del principio de igualdad, siguiendo los mandatos genéricos enunciados en el artículo 2º de la Constitución, así como en sus artículos 13, 334³⁰ y 366³¹, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que existen dos deberes diferenciables, aunque en ocasiones concomitantes del Estado: por una parte, se encuentran los deberes de abstención, que conllevan la prohibición de generar situaciones de discriminación o ahondar en aquellas existentes – ya sea de manera directa o indirecta – y, por la otra, los deberes de acción, que incluyen las denominadas acciones afirmativas.

Cabe precisar que esta Corporación expuso sobre lo anterior, en la sentencia T-291 de 2009³², que “(...) *existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad (...)*”. Adicionalmente, en esa providencia se destacó que “(...) *la Constitución prohíbe, tanto las llamadas discriminaciones directas –actos que apelan a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, para coartar o excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las discriminaciones indirectas – las que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado*”.

18. Por otra parte, se hallan los deberes de acción, que implican la exigencia de adopción de medidas encaminadas a morigerar las situaciones de desigualdad o marginación existentes para garantizar el goce efectivo de los derechos para todos los habitantes de Colombia. Sobre este punto, en la

³⁰ Como se indicó anteriormente, el inciso primero de tal artículo justifica la intervención del Estado en la economía para racionalizarla, con “(...) el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Así mismo, el inciso tercero establece que “(...) El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular los de menos ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”.

³¹ El inciso primero de este artículo contempla que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (...)”.

³² En esta providencia se estudió un caso en el cual un grupo de recicladores demandaban a varias entidades públicas de Cali por el cierre del Botadero Navarro, así como por el incumplimiento de acuerdos adoptados con el fin de evitar graves perjuicios al desplazarlos de la actividad económica concreta que adelantaban para sobrevivir.

sentencia T-724 de 2003³³ se estableció que “(...) las diferentes autoridades del Estado están obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminación, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a [favor] de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, (...) significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopción”.

19. Lo dicho puede sintetizarse a partir de lo expuesto en la sentencia T-772 de 2003, donde se estableció que “(...) se derivan dos clases de deberes diferenciados para el Estado: (i) por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas encaminadas a lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, dando así cumplimiento a sus obligaciones internacionales y constitucionales de lucha contra la pobreza y progresiva satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”-; y (ii) por otra, se debe abstener de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a generar más pobreza de la que actualmente agobia al país, y agraven la situación de exclusión o marginación de determinados sectores de la sociedad, especialmente de aquellos que se encuentran en condiciones económicas precarias; mucho más si, como consecuencia de tales políticas, programas o medidas, se acaba por empeorar la situación material de quienes ya están en circunstancias extremas de subsistencia³⁴(...)”.

20. Ello no implica que el Estado, en obediencia del principio de igualdad y de las dos esferas descritas, no pueda adelantar actuaciones que generen impactos sobre grupos de especial protección constitucional. Esto concuerda con uno de los elementos contemplados en el artículo 1º de la Carta Política colombiana, que establece la prevalencia del interés general sobre el particular. Sin embargo, sí conlleva que toda actuación estatal, que pueda generar tales efectos, esté sometida a estrictos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. De lo contrario, de no limitarse las políticas estatales que pudieran ejercer presión sobre tales poblaciones, el cumplimiento de los fines

³³ En esta sentencia, esencial para el asunto bajo estudio, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela instaurada por varios recicladores de Bogotá contra la entidad encargada de contratar operadores para el servicio público de aseo en el Distrito Capital. En ese caso, los demandantes alegaban la violación de su derecho a la igualdad en razón a la ausencia de adopción de medidas afirmativas a su favor, dado que se trataba de sujetos de especial protección constitucional, y a la exclusión que el modelo de la licitación adelantada implicaba para ellos frente a la actividad económica que por años habían llevado a cabo. Se debe precisar que la Corte declaró, en primer lugar, la carencia actual de objeto, dado que al momento de pronunciarse de fondo sobre el asunto, la licitación ya había sido adjudicada. Sin embargo, en segundo lugar, y con miras a evitar situaciones similares en el futuro, dispuso que la entidad responsable de adelantar tales contrataciones, que para esta coyuntura se trata de la UAESP, debía adoptar en todo contrato que versara sobre el servicio público de aseo acciones afirmativas a favor de la población de recicladores del distrito.

³⁴ Ver, en este sentido, la sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

esenciales del Estado, en especial la prosperidad general, la defensa de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y la garantía de los derechos y libertades para todos y todas, no pasaría de ser una simple quimera enunciada en el texto de la Constitución; un mandato de papel destinado a no materializarse nunca.

Esto fue reiterado en la sentencia T-291 de 2009, previamente citada en esta providencia, de la siguiente manera: *“Lo anterior no significa que toda medida que genere un impacto adverso en un grupo marginado o discriminado esté proscrita por la Constitución. Pero sí significa que frente a dicho impacto, a la administración le corresponde demostrar que a pesar de la afectación desproporcionada para un grupo marginado, la medida, programa o política responde a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, y que la misma ha venido acompañada por otras acciones dirigidas a contrarrestar el efecto adverso que ha podido generar en un grupo marginado o discriminado. En tanto están en juego los derechos de grupos de especial protección, en estos casos opera prima facie una presunción de discriminación, a la luz de la cual es a la administración a quien le corresponde desvirtuar esta presunción,³⁵ superando un escrutinio judicial estricto.³⁶ Es decir, que debe demostrar que su actuación, a pesar de generar un efecto adverso en un grupo marginado o discriminado, obedece i) a una finalidad imperiosa, ii) es necesaria para lograr dicha finalidad y iii) es proporcionada, en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionalmente específicos en aras de promover la finalidad³⁷”*. Estos puntos, en especial el juicio de razonabilidad, proporcionalidad y la presunción de discriminación, al igual que el deber de generar medidas que morigeren el impacto adverso, serán abordados más adelante.

Sujetos de especial protección constitucional.

21. Como ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, las personas beneficiarias de aquellos tratos destinados por el Estado para

³⁵ Así, por ejemplo, en la sentencia C-225 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, se expresó: “En efecto, en estos eventos, como en los que se refieren a la protección del mínimo vital de la población más pobre y marginada, le corresponde a las autoridades públicas demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional”.

³⁶ Ver entre otras, las sentencias C-275 de 1999, MP: Alfredo Beltrán Sierra; C-371 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-500 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-401 y C-964 de 2003, MP: Álvaro Tafur Galvis, C-667 de 2006, MP: Jaime Araujo Rentería; C-075 de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil.

³⁷ En relación con lo anterior, es importante reiterar que la presunción de discriminación y el juicio estricto de igualdad, se predica no sólo de diferenciaciones basadas explícitamente en un criterio sospechoso o potencialmente prohibido, sino que también se deriva de normas o actuaciones que pueden generar un impacto adverso y desproporcionado frente a un grupo marginado y discriminado. La precisión es importante, pues este impacto es el resultado de la aplicación de normas en principio neutras, que podrían llevar al juez a pensar que la intensidad que corresponde al juicio de igualdad debe ser leve. Por eso debe resaltar la Corte, que cuando se presenta un cargo de igualdad que se funda en los efectos adversos y desproporcionados que se generan para un grupo marginado o discriminado, por la aplicación de una norma aparentemente neutra, es a la autoridad acusada, a quien le corresponde entrar a demostrar, o bien que no existe el alegado impacto adverso y desproporcionado, o que a pesar de que se presenta, de todas formas la medida cumple con una finalidad imperiosa que no puede ser alcanzada por medios menos onerosos en términos de la afectación de determinado grupo poblacional.

garantizar la igualdad material, al igual que el goce efectivo y real de los derechos, son los sujetos de especial protección constitucional. Así mismo, en las providencias que han abordado temas relacionados con los grupos poblacionales que ejercen la actividad del aprovechamiento, en especial el Auto 268 de 2010, la Corte explicó que se encuentran revestidos de tal calidad, no solo por las condiciones de pobreza y marginalidad en la que sobreviven, sino por los ingentes beneficios que en materia ambiental acarrearán para el resto de la sociedad.

En efecto, en el precitado Auto se afirmó que “(...) la Corte no sólo debe referirse a la discriminación y marginación que padecen los recicladores en esta sociedad, sino a la importancia de su labor dentro de las relaciones ambientales que se han producido en algunas sociedades a partir del cambio energético que se causó con la revolución industrial, en especial a partir de la utilización del petróleo como principal fuente de energía, así como con el aumento del consumo por habitante a partir de mediados del siglo XX³⁸”. Y es que, no sobra precisar, el aprovechamiento repercute directamente en el impacto ambiental del ciclo productivo de la sociedad de consumo, pues, además de brindar materia prima para la producción de diferentes bienes y servicios – piénsese por ejemplo en la posibilidad de utilizar papel reciclado -, prolonga la vida útil de los rellenos sanitarios, evitando que debamos ocupar territorios adyacentes a los centros urbanos para sepultar, en los sitios adecuados para la disposición final, los millones de toneladas de residuos sólidos que se generan anualmente³⁹.

22. Cabe precisar que según la jurisprudencia de esta Corte, como fue reiterado en el citado Auto, el ambiente es entendido como el *entorno vital* del ser humano, indispensable por tanto para las generaciones actuales como las futuras. Se trata así de un concepto que comprende las relaciones sociales con los ecosistemas. Por lo mismo, en la sentencia C-189 de 2006, esta Corporación indicó que “(...) el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha distinguido con el nombre de “Constitución Ecológica”, conformada por el “conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”⁴⁰.

³⁸ Sobre la inclusión de otros parámetros, además de los jurídicos para analizar las cuestiones ambientales debido a su complejidad, ver la sentencia C-339 de 2002.

³⁹ Al respecto, en especial en relación con el ahorro de energía que se presenta gracias al aprovechamiento, puede consultarse a: Lovelock, J., *La venganza de la tierra: por qué la tierra está rebelándose y cómo podemos todavía salvar a la humanidad*, Barcelona: Editorial Planeta, 2007.

⁴⁰ Es importante señalar que la Constitución - en el artículo 80 - utiliza el término *ambiente* y no *medio ambiente*, lo que concuerda con una posición ética consagrada a partir de la Carta de 1991, donde se asume que el ser humano es dependiente de lo que lo rodea, a la vez que hace parte de la naturaleza. En otras palabras, se trata de un cuestionamiento respecto a la tradicional dicotomía entre hombre y naturaleza que lo contempla como superior o dominador. Al respecto, puede consultarse la sentencia C-339 de 2002, al igual que los siguientes textos: Mesa Cuadros Gregorio, “Deuda ambiental y climática: amigos o depredadores-contaminadores del ambiente” en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 25, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencia Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2009, pp. 77-90; y Henao Pérez, Juan Carlos, “Perspectiva Constitucional del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Revista de la Corte Constitucional*, No. 1, Bogotá: Corte Constitucional, 2010. Con todo, como quiera que la jurisprudencia, al igual que las normas que a continuación se enuncian no hacen tal distinción, en esta providencia se utilizará

23. Es claro, entonces, que si tales relaciones deben propender por la conservación, todas aquellas actuaciones que repercutan benéficamente en ellas, como sucede con el aprovechamiento, son de vital importancia, máxime si son desarrolladas por sujetos que se encuentran en situaciones de marginación que los hace acreedores de la especial protección constitucional emanada de la cláusula de erradicación de pobreza del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, en términos del mencionado Auto 268 de 2010, que guarda estrecha relación con el asunto objeto de estudio en esta ocasión, el Decreto 1713 de 2002, *“Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, la Ley 632 de 2000 y la Ley 689 de 2001, en relación con la prestación del servicio público de aseo, y el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 en relación con la Gestión Integral de Residuos Sólidos”*, señala que el aprovechamiento reviste importancia ambiental, pues con él se busca *“(…) racionalizar el uso y consumo de las materias primas provenientes de los recursos naturales (...), reducir la cantidad de residuos a disponer finalmente en forma adecuada (...) [y] disminuir los impactos ambientales, tanto por la demanda y uso de materias primas como por los procesos de disposición final”*⁴¹.

24. Se resalta entonces que los recicladores -promotores del presente trámite-, además de ser sujetos de especial protección constitucional, son históricamente titulares de un papel ambiental de suma trascendencia, por lo cual son acreedores indiscutibles de un trato digno.

Mandatos de abstención y de acción.

25. Ser sujeto de especial protección constitucional conlleva, por una parte, el derecho a no padecer discriminaciones -siguiendo los postulados de la esfera de abstención del principio de igualdad-. Lo cual implica también, de otra parte, la prerrogativa de no padecer un empeoramiento de la situación en la que sobreviven, salvo que se satisfagan los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y morigeración de los impactos adversos. Entonces, el Estado no puede generar situaciones que desemboquen en un acrecentamiento de situaciones como la pobreza, que se liga inexorablemente a la indebida satisfacción del mínimo vital.

A este respecto, en la sentencia T-772 de 2003 se afirmó que la fórmula política del Estado Social de Derecho *“(…) opera como un límite elemental para el diseño y ejecución de políticas públicas en cualquier sector de la vida nacional: se trata de la prohibición de adoptar medidas inherentemente regresivas en materia de lucha contra la pobreza y mejoramiento de las condiciones generales de vida (...)”*. Adicionalmente, tal y como fue indicado con anterioridad, el mandato de abstención envuelve como consecuencia, tratándose de sujetos de especial protección, que toda actuación adoptada que pueda incidir en un agravamiento de la situación de desigualdad que padecen,

indistintamente los términos medio ambiente y ambiente.

⁴¹Artículo 67

sea considerada – *prima facie* – discriminatoria y, por lo mismo, contraria a la Constitución.

26. Con todo, tal calidad de sujeto de especial protección repercute en los deberes del Estado atinentes a solventar las desigualdades materiales, asunto que se concreta – entre otras – a través de las políticas públicas, siguiendo los postulados de la esfera de acción del principio de igualdad. En efecto, es un deber del Estado alcanzar la igualdad de oportunidades para todos y todas, la prosperidad general y el mejoramiento de la calidad de vida. Esto se relaciona con la mentada cláusula de erradicación de la pobreza, que por sobre todo conlleva la generación de posibilidades de trabajo – que incluyen tanto la esfera del empleo como la generación de empresa – para los habitantes del país. Así las cosas, los sujetos de especial protección constitucional son beneficiarios de las denominadas acciones afirmativas, que tienen por finalidad promover la igualdad real y efectiva, para que así logren superar tales condiciones reprochables a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, es claro que en razón a la complejidad política, económica y ambiental que vive la sociedad colombiana resulta imposible satisfacer inmediatamente todas las necesidades existentes. Por ello, la jurisprudencia de esta Corte ha expuesto que tales actuaciones han de adelantarse de manera progresiva; lo cual significa, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, que su condición – si bien puede mostrar una paulatina mejoría – no puede permanecer igual, sino que debe tender hacia un alivio paulatino. Por lo mismo, no es aceptable que el Estado responda de la misma manera frente a situaciones de marginación, como lo haya hecho en el pasado. A este respecto, en la sentencia C- 617 de 2002 – reiterada en la sentencia T-772 de 2003 – se adujo que “(...) *la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad (...)*”.

27. Tal y como fue señalado con anterioridad el constitucionalismo vigente –a diferencia de aquél decimonónico-, asume la existencia de situaciones de desigualdad materiales que generan condiciones de exclusión y, en ciertos casos, de explotación. Como consecuencia, impone el deber al Estado y a la sociedad de asumir ciertas cargas para paliar tales situaciones que se han materializado a lo largo de la historia.

Con estas obligaciones, se busca distribuir las oportunidades que han sido negadas a ciertos grupos humanos y que pueden ser entendidas, aunque no exclusivamente, como condiciones en las que se les ha privado del acceso al capital y se les ha marginado del consumo, lo que puede ser comprendido como un *apartheid* social⁴².

⁴² Al respecto, puede consultarse a Rodríguez, C., “En busca de alternativas económicas en tiempos de globalización: el caso de las cooperativas de recicladores de basuras en Colombia”, en De Sousa Santos, B.,

28. En este sentido, autores como Giménez Glück, se han pronunciado al respecto señalando que las acciones positivas buscan la promoción de la igualdad material de los colectivos. Por ello, parten de normas que diferencian entre grupos sociales beneficiados y desfavorecidos, teniendo por finalidad la lucha contra las situaciones de desigualdad material de los últimos. Así las cosas, “(...) *Las tres características principales de este tipo de medidas son: a) la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad material se manifiesta desde un punto de vista grupal, esto es, tiene como fundamento la igualdad material entre colectivos; b) la medida tiene como finalidad compensar la desigualdad material que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo; y c) el rasgo que determina la diferenciación es la característica que los cohesiona como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros del mismo (ej.: el sexo, la raza, etc.) (...). [Así las cosas] acción positiva sería el trato formalmente desigual que beneficia a un colectivo que comparte un rasgo estigmatizado (...)*”⁴³.

29. Como se observa, tres elementos pueden extraerse de esta cita: i. El fundamento de las medidas es la búsqueda de la igualdad material, ii. Su finalidad es la compensación de una situación socialmente construida y iii. uno de sus rasgos es que se encontrará circunscrita a determinado grupo determinable precisamente por las causas de la exclusión.

En este sentido, en el Auto 268 de 2010, reiterando parámetros analíticos esbozados en la sentencia T-291 de 2009, esta Corporación señaló que los postulados de autores como Owen Fiss o Iris Marin Young pueden resumirse de la siguiente manera: “*El primero refiere que para hablar de un “grupo desventajado” se deben tener en cuenta tres características: i) Se trata de “un grupo social”, que como tal “va más allá de una serie de individuos, que por tomar un ejemplo extremo, se encuentran, por azar, en la misma esquina, en el mismo momento”. Es decir, que un grupo social es una entidad que tiene una identidad propia, de manera que es posible hablar del grupo, sin necesidad de entrar a hacer referencia particular a cada uno de los miembros que lo componen. Así mismo, la connotación de grupo social se distingue por “la condición de interdependencia”, pues “la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionadas.” Los miembros del grupo se autoidentifican –explican quienes son- refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo. ii) Se trata de un grupo que ha estado en una situación de subordinación prolongada y iii) el poder político del grupo se encuentra severamente limitado, bien sea por condiciones socioeconómicas, por haber sido relegados a una posición de clase inferior, o por objeto de “perjuicio” de los demás.*

Producir para Vivir, Los caminos de la producción no capitalista, México: Fondo de Cultura Económico, 2011, pp. 255-285.

⁴³ Giménez Glück, D., *Juicio de Igualdad u Tribunal Constitucional*, Editorial Bosh, Barcelona, 2004, pp. 316 y 317.

“Por su parte, Iris Marin Young⁴⁴ hace referencia a “grupos oprimidos”, como grupos sociales frente a los cuales una o más de las siguientes condiciones es aplicable a la totalidad o a una gran parte de sus miembros: “i) Los beneficios derivados de su trabajo o energía van a otras personas sin que éstas les recompensen recíprocamente por ello (explotación); ii) están excluidos de la participación en las principales actividades sociales lo que en nuestra sociedad significa básicamente un lugar de trabajo (marginación); iii) viven y trabajan bajo la autoridad de otras personas (falta de poder); iv) como grupo están estereotipados y, a la vez, su experiencia y situación resultan invisibles en el conjunto de la sociedad, por lo que tienen poca oportunidad y poca audiencia para expresar su experiencia y perspectiva sobre los sucesos sociales (imperialismo cultural); v) los miembros del grupo sufren violencia y hostigamiento al azar merced al miedo o al odio hacia éste.”

30. Lo anterior resulta de suma importancia, dado que saber quiénes son los sujetos de la acción afirmativa se torna esencial para que la misma pueda existir, pues su objeto radica precisamente en mitigar las causas de la exclusión de ese grupo específico. Por lo mismo, las políticas destinadas por el Estado deben contar con un direccionamiento concreto: actuar sobre las causas que sustentan la desigualdad material de ese colectivo concreto.

31. Como bien se dijo, el fin de las acciones afirmativas redundaba en la redistribución de las oportunidades sociales a favor de ciertos colectivos que, por razones históricas, se han visto privados de ellas. Así las cosas, los deberes que emanan de la igualdad material son un complemento de aquella igualdad formal ante la ley, dado que en últimas pretende el mismo goce de los derechos entre todas las personas. Ahora bien, existen varios tipos de medidas que puede llevar a cabo el Estado, con grados diferenciales, para lograr compensar esas situaciones desdeñables a la luz del constitucionalismo vigente.

32. En este orden de ideas, reiterando la jurisprudencia de esta Corporación y mencionando expresamente la sentencia T- 500 de 2002, en el Auto 268 de 2010 se indicó que existen los siguientes tipos de medidas que pueden ser adoptadas por el Estado: *“(...) Acciones de concientización. Son aquellas encaminadas a la formación y orientación en un determinado auditorio, así como a la sensibilización en torno a un problema. Campañas publicitarias, de formación y capacitación, son algunas de estas medidas (...). Acciones de promoción. Dirigidas, como su nombre lo indica, a impulsar la igualdad a través de incentivos como becas, exenciones tributarias, estímulos, etc., que vinculan no sólo al sujeto, sino que generan una expectativa en favor de quien adelante la acción deseada. La protección a la maternidad se encuentra en esta categoría (...) [y, finalmente] Acciones de discriminación inversa. Hacen parte de esta clasificación las medidas que establecen prerrogativas a favor de ciertos grupos históricamente discriminados y donde, por lo mismo, se utilizan criterios de diferenciación considerados como “sospechosos” o*

⁴⁴ Young, Iris. 1996. Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal. En: Castells Carmen (compiladora) Perspectivas feministas en teoría política. Paidós, Buenos Aires.

“potencialmente discriminatorios” (la raza, el sexo, la religión, entre otros) o de aquellos prohibidos expresamente en los textos constitucionales. Se predica la discriminación inversa (también llamada discriminación positiva), precisamente por la utilización de estos criterios con carácter definitorio en pro de quien tradicionalmente ha sido discriminado. Las medidas que favorecen el acceso a un empleo (leyes de cuotas), la promoción en un cargo o el ingreso a centros educativos dependiendo del género o de la raza, ejemplifican claramente esta modalidad de acciones afirmativas” (subrayas fuera del original).

33. Como se trata de cargas sociales en busca de la igualdad material, las acciones afirmativas generan presiones sobre los derechos del resto de la colectividad. En este sentido, es necesario que exista una justificación para ese trato diferencial – un objetivo legítimo -, que se fundamente en la evidente exclusión de que es víctima el colectivo que se verá beneficiado con tales medidas. De lo contrario, no se trataría más que de un privilegio sustentado en la arbitrariedad y, por lo mismo, proscrito por los principios del ordenamiento jurídico colombiano. Este importante mandato constitucional refuerza la idea, ya tratada en acápite anterior de la presente providencia, que indica porqué se debe dar un trato especial a la situación de los recicladores frente al proceso licitatorio que es objeto de estudio por esta Corporación.

Igualmente, debe existir una relación entre los fines y los medios adoptados para paliar las causas de las desigualdades, pues – por sobre todo – las acciones afirmativas tienen que repercutir a favor del grupo social objeto de ellas y no sólo beneficiar a ciertos y privilegiados miembros de ese colectivo. Esto no significa que no puedan existir tratos diferenciales, dado que en muchas ocasiones la complejidad de la situación de discriminación así lo requiere. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que un mismo sujeto sea víctima de disímiles situaciones históricas de segregación que actúan simultáneamente afectando el goce efectivo de sus derechos fundamentales, como sería el caso de una mujer, pobre, desplazada y recicladora. En este sentido, en el plurimencionado Auto 268 de 2010 se expuso que *“(...) Vale la pena, a modo enunciativo, mencionar que cuando quiera que se intenta determinar un grupo, siempre se acude a abstracciones y reducciones de las condiciones reales en las que sobreviven las personas, pues la sociedad siempre será más compleja. Así, por ejemplo, un mismo sujeto puede pertenecer a simultáneos grupos que han sido históricamente discriminados, como se daría en el caso de una persona que fuera mujer, madre cabeza de familia y recicladora. Sin embargo, este hecho, que por lo demás es ineludible en cualquier campo del conocimiento, no deslegitima la medida, ni niega su objeto o su admisibilidad, simplemente demuestra que deben ser repensadas según las condiciones materiales en las cuales sobreviven las personas, así como que deben ser planeadas y ejecutadas – en lo posible - a partir de criterios diferenciales. Esto implica, entonces, que las acciones afirmativas deben ser dinámicas y concordar con la situación material sobre la que se quiere incidir”.*

34. Ahora bien, retomando el asunto de la afectación de los derechos de terceros y la diferencia de grado que pueden presentar las acciones afirmativas, es importante apuntar que en ese mismo orden ascendente – acciones de promoción, concientización y discriminación inversa – es que se considera la posible afectación a derechos de terceros como límite de las acciones afirmativas⁴⁵. Entonces, en el caso de las acciones de concientización se trataría de una incidencia leve, mientras que en las acciones de discriminación inversa versarían sobre una afectación grave y por lo mismo el análisis de su proporcionalidad y razonabilidad es más riguroso o estricto.

35. Con todo, es claro que si el fin de estas acciones redundaría en mitigar las desigualdades históricas, actuando sobre las causas que las generan, se suponen temporales hasta que materialicen tales objetivos. Esto conlleva dos elementos que sustentan, desde esta perspectiva, la presente providencia. Por una parte, las acciones afirmativas deben ser eficaces y - por la otra - temporales, pues una vez sea lograda la igualdad material y se haya compensado la situación de desigualdad, entonces habrán de desaparecer, ya que no se trata de la consolidación de privilegios para determinados grupos sociales. Lo contrario, redundaría en una trasgresión a la igualdad formal, dado que si existe la posibilidad de gozar de la misma manera de los derechos, nada justifica un trato diferencial⁴⁶.

36. En lo que respecta a su eficacia, para el asunto que convoca en esta ocasión el pronunciamiento de la Corte Constitucional, es necesario enfatizar que las acciones positivas deben propender por promover las calidades de los miembros del grupo beneficiado de las mismas. En efecto, la Constitución, en el artículo 1º enfatiza en que Colombia, como Estado Social de Derecho, se “(...) funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y [en] la solidaridad (...)”. Igualmente, su artículo 25 contempla que “(...) el trabajo es un derecho y una obligación social y [por ello] goza, en todas sus modalidades, de especial protección del Estado (...)”. Es así como, en la sentencia T- 724 de 2003 se expresó que una de las actuaciones vulneradoras cometidas por la entidad demandada en ese momento redundaba precisamente en no haber incluido “(...) ninguna medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia” (subraya fuera del original).

37. Como se observa, la Constitución no sólo protege el trabajo en su modalidad de subordinado, sino que ampara todas las formas legítimas en que aquél pueda desplegarse, lo que incluye la generación de empresa. Cabe recordar que a la luz del ordenamiento colombiano, existe una relación entre libertad individual y escogencia de profesión u oficio. Es más, el constituyente consagró en el artículo 334 la intervención del Estado en la economía

⁴⁵ Como se observa, el término de acciones afirmativas, a la luz de la jurisprudencia constitucional comprende diferentes medidas, como las de concientización, incentivo o discriminaciones positivas.

⁴⁶ Al respecto puede consultarse a Durango Álvarez, G. A., *Incorporación, Inclusión y Desarrollo de las acciones Positivas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, Medellín: Biblioteca Jurídica Dike y Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas, 2011, pp. 25-26.

precisamente para conseguir “(...) *la distribución de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (...)*”. Asunto que, para este caso, conforme a la providencia previamente mencionada, implica el mejoramiento de las condiciones en las que un grupo social excluido se ha desempeñado, que – por lo demás – acarrea ingentes beneficios ambientales para el resto del colectivo. Así las cosas, las acciones afirmativas se oponen, en su esencia, a estrategias que podrían ser catalogadas como asistencialistas. Por el contrario, buscan que se generen incentivos a las posibilidades de elección de las personas, distribuyendo las riquezas y los beneficios de la producción. Son, entonces, fomentos a las potencialidades de los individuos. Es sobre lo anterior, precisamente, sobre lo que se sustenta su eficacia, que – para el caso de los recicladores – implica el acceso y la permanencia en el mercado, para que se promueva la competitividad social, y puedan labrar su destino conforme a la libre elección y a la dignidad humana. No sobra insistir que tales medidas buscan, principalmente, repercutir favorablemente en el grupo social, por lo que el incentivo – amén de beneficiar al individuo – debe mejorar su situación o ayudar a superar las causas de la exclusión. Por ello, buenos ejemplos de estas medidas serían aquellas destinadas a incentivar la organización del grupo social discriminado, así como a superar situaciones de exclusión y explotación.

38. Ahora bien, a pesar de que la finalidad de las acciones afirmativas es compensar una situación dada y *modificar* el *status quo* contrario a la Constitución, esto no significa que tenga que hacerlo de manera inmediata. Como bien se dijo con anterioridad, estas medidas pueden ser progresivas, pero –en todo caso– eficaces. Esto implica que pueden conllevar transformaciones paulatinas.

Sin embargo, la progresividad también tiene como consecuencia que las medidas adoptadas por el Estado *siempre* contemplen modificaciones de la situación que genera la exclusión. Esto se observa en la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia T-724 de 2003, cuyo cumplimiento se analiza en esta providencia, donde se dijo a la autoridad administrativa del momento –hoy remplazada en sus competencias por la UAESP - que incluyera acciones afirmativas a favor de los recicladores del distrito, “(...) *a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la Licitación No. 01 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá (...)*” (subrayas fuera del original). Como se indicó anteriormente, tales omisiones redundaron en la ausencia de inclusión de medidas *efectivas* que permitieran al grupo poblacional mencionado mantener y fortalecer la actividad económica que legítimamente realizaba como medio de subsistencia, pero también se fundó en permitir que “(...) *el reciclaje de los materiales sólidos reutilizables quedará en manos de los operadores del sistema (...)*”.

39. A más de esto, en el Auto 268 de 2010, una de las condiciones que se consideraron que atentaban contra el derecho a la igualdad del mentado colectivo, radicaba precisamente en “(...) *las condiciones laborales en las*

cuales realizan su trabajo, existen estudios que plantean que se trata de una población explotada. Esto, por cuanto, de los millones de dólares que produce el negocio del reciclaje al año, a ellos sólo les corresponde un pequeño monto. Según Martín Medina, asesor del Banco Mundial en temas de residuos sólidos y de reciclaje, a los recicladores se les paga el 5% de lo que genera la industria. Esto, entre otras razones, por los monopolios de quienes compran los residuos sólidos recuperados o aprovechados bajo esta modalidad⁴⁷. Sumado a lo anterior, se ven expuestos a la llamada privatización de la basura, dejándolos a la suerte del mercado, ignorando el lugar tradicional que han ocupado en este proceso. En muchos de estos casos, se ha intentado removerlos de la labor que venían desempeñando, atentando contra la posibilidad de que generen ingresos por su cuenta y amenazando, por lo mismo, su subsistencia⁴⁸”.

40. Como se observa, desde hace años, esta Corporación ha llamado la atención al Distrito sobre la manera como ejercen su labor los recicladores de Bogotá, que conlleva críticas a la ausencia de acceso cierto al material del cual derivan su sustento –en razón a la competencia con los operadores de la recolección- y a la falta de seguridad en la labor que acometen. Ambas situaciones conllevan entonces el mantenimiento de la explotación y la exclusión de que son objeto.

Deberes y poderes del juez constitucional frente al principio de igualdad.

41. Conforme al principio de Estado Social de Derecho, todas las actuaciones que los servidores públicos adelanten estarán sometidas a control, tanto político como judicial. Por lo mismo, el artículo 6° de la Carta Fundamental contempla que “(...) *Los servidores públicos [son responsables por infringir la Constitución y las leyes] y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. A más de lo anterior, resulta relevante resaltar el mandato comprendido en el artículo 29 de la Carta, que establece – sin dubitación o excepción alguna – que “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...)*”. Por ende, incluso en las actuaciones precontractuales, como lo son aquellas adelantadas en las licitaciones públicas, los comportamientos de las autoridades públicas se hallan sometidos a inspección. Esto es precisamente lo que diferencia la fórmula del Estado constitucional de una dictadura, donde el poder del príncipe sería irrestricto, al carecer de regulación y de órganos que aseguraran el cumplimiento de la misma.

No se trata entonces de una trasgresión al principio de división de poderes, sino de su propia materialización, dado que entre los órganos del Estado debe existir una colaboración armónica para alcanzar los fines del mismo. Por ello, una de las referencias que el poder constituyente efectuó en el preámbulo de la Carta fue el aseguramiento de “(...) *la convivencia, el trabajo, la justicia, la*

⁴⁷ Al respecto: Medina Martín, “Reciclaje de desechos sólidos en América Latina”, en *Frontera Norte*, Vol 11, núm. 21, 1999, visible en http://aplicaciones.colef.mx:8080/fronteranorte/articulos/FN21/1-f21_Reciclaje_desechos_solidos_en_America_Latina.pdf (12 de Julio de 2010); y Medina Martín, “Cooperativas de Recicladores Informales en América Latina”, visible en <http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/mexico2005/medina2.pdf> (12 de julio de 2010).

⁴⁸ Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-291 de 2009 y T-411 de 2009. En ambas providencias, la Corte se pronunció sobre la situación de marginalidad y discriminación que padecen los recicladores de Cali, en especial aquellos que trabajaban en el botadero de Navarro.

igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (...)” (subrayas fuera del original). No existiría tal marco jurídico, si las actuaciones de cualquier entidad pública quedaran revestidas de inmunidad al respecto. Es por eso que el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela procederá para proteger los derechos fundamentales “(...) cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

42. Ahora bien, tratándose de políticas públicas –que en ocasiones se relacionan con procesos precontractuales como aquellos adelantados a través de las licitaciones públicas -, quien debe adelantar todas las gestiones para que se concreten los mandatos del principio de Estado Social de Derecho son las autoridades competentes para ello, es decir –para el caso bajo estudio– el ejecutivo distrital.

En este sentido, cuando quiera que exista la obligación jurídica de incluir determinado aspecto, como lo son las acciones afirmativas, en el desarrollo de tal proceder, será la entidad mencionada la encargada de adoptar las medidas concernientes para darle efectivo cumplimiento. Sin embargo, en razón a que tal actuación se encuentra sometida a escrutinio judicial, en caso de que la autoridad administrativa competente incumpla con los mandatos constitucionales, el juez estará llamado a intervenir para precaver la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las personas, máxime si se trata de la inobservancia de la cláusula de erradicación de la pobreza, del deber de brindar posibilidades para mejorar la calidad de vida, de la obligación de no agravar las situaciones de desigualdad existentes, y de la obligación de crear prosperidad general, así como la igualdad de oportunidades para todos y todas.

Así las cosas, el juez constitucional debe velar porque los principios del Estado Social de Derecho se materialicen efectivamente en el quehacer de la Administración. Lo cual significa, para el asunto bajo estudio, que se obedezca el deber de incluir acciones que morigeren una situación de discriminación concreta, materializada en la exclusión y explotación de un grupo poblacional.

43. Ahora bien, hay que decir que, conforme con las consideraciones previamente mencionadas, los parámetros de intervención del juez en las acciones afirmativas se dan, en primer lugar, ante la ausencia de los elementos señalados con anterioridad. Es decir, la autoridad judicial deberá incidir en las medidas adoptadas por el Estado, si estas no cumplen un objetivo legítimo, no tienen como fundamento solventar una situación de discriminación de un grupo poblacional concreto, y no cumplen con la proporcionalidad y racionalidad que se predica de ellas. En otras palabras, si se trata de actuaciones estatales que, a pesar de parecer, no son *realmente* acciones afirmativas. Igualmente, el juez deberá analizar si son efectivas, pues se trata de una carga para el resto del conglomerado social que sólo se legitima si tiene la potencia de modificar el *status quo*.

44. Ahora bien, lo anterior son premisas generales a nivel constitucional. Sin embargo, para el caso que nos ocupa también existen parámetros definidos a nivel legal. En efecto, haciendo referencia a este punto, en el Auto 268 de 2010 se apuntó que “(...) a pesar de que el debate en torno a la cualidad de determinada acción afirmativa puede y debe ser amplio, en el ordenamiento jurídico colombiano existen claros elementos que impelen al juez constitucional a utilizarlos, para analizar el cumplimiento de la referida orden impartida en lo concerniente a la población de recicladores de Bogotá. “Así las cosas, la participación real de estos grupos es un elemento que indudablemente debe tenerse en cuenta, pues es resaltado por varias normas que regulan lo concerniente al aprovechamiento de residuos sólidos, que hace parte de la prestación del servicio público de aseo⁴⁹. En efecto, el artículo 9° del Decreto 1713 de 2002 – modificado por el artículo 3° del Decreto 1505 de 2003 – la contempló como uno de los elementos del Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS), que deberán adoptar los Distritos y Municipios. Dichas disposiciones establecen que “(...) en los estudios de prefactibilidad y factibilidad de alternativas para la Gestión Integral de los Residuos Sólidos, las autoridades Distritales y Municipales deberán garantizar la participación e inclusión de los recicladores y del sector solidario en la formulación de dicho plan”. Así mismo, el numeral 5° del artículo 67 de este Decreto – modificado por el artículo 7° del Decreto 1505 de 2003 – establece como un “propósito fundamental” de la recuperación y aprovechamiento de los materiales contenidos en los residuos sólidos, lo siguiente: “(...) garantizar la participación de los recicladores y del sector solidario, en las actividades de recuperación y aprovechamiento, con el fin de consolidar productivamente estas actividades y mejorar sus condiciones de vida”. Además, el artículo 81 del mentado Decreto – también modificado por el artículo 8° del Decreto 1505 de 2003 – estableció que “(...) los Municipios y Distritos asegurarán en la medida de lo posible la participación de los recicladores en las actividades de aprovechamiento de los residuos sólidos (...). Por su parte, la Resolución 1045 de 2003, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “Por la cual se adopta la metodología para la elaboración de los planes de gestión integral de residuos sólidos, PGIRS, y se toman otras determinaciones”, establece, en el artículo 5°, que “(...) En virtud de lo determinado en los artículos 90 y 67 del Decreto 1713 de 2002, las entidades territoriales deben asegurar la participación del sector solidario y los recicladores en los procesos de elaboración de los planes de gestión integral de residuos sólidos, PGIRS y en las actividades de recuperación y aprovechamiento definidas en estos”. En concordancia con lo anterior, la Resolución 132 de 2004, “Por medio de la cual se adopta el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos de Bogotá D.C.”, expedida por el Gerente de la UAESP, señaló dentro de sus consideraciones generales que, conforme a las normas anteriormente reseñadas, se “(...) deberá garantizar la participación e inclusión de los recicladores y del sector solidario en la formulación [del PGIRS] (...)”.

⁴⁹ Según el artículo 11 del Decreto 1713 de 2002, son “(...) componentes del servicio público de aseo, los siguientes: 1. Recolección, 2. Transporte, 3. Barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas, lavado de estas áreas, 4. Transferencia, 5. Tratamiento, 6. Aprovechamiento [y] 7. Disposición final”.

45. Como se observa, de las normas mencionadas, que hacen parte del ámbito nacional y local, pueden deducirse los siguientes elementos: por una parte, resulta fundamental la participación de la población de recicladores para la formulación de los PGIRS y, por la otra, deben ser tenidos en cuenta para las actividades de recuperación y aprovechamiento, dado que estas han de ser fomentadas y su labor promovida, con el fin de consolidar su accionar económico y mejorar su calidad de vida. Adicionalmente, a nivel constitucional, las medidas que sean adoptadas, además de perseguir un objetivo legítimo, ser eficaces y temporales, deben incidir en la solución de las situaciones de discriminación que padecen determinados grupos concretos y cumplir con la proporcionalidad y racionalidad que de ellas se predica.

El caso concreto

46. Como se señaló con anterioridad, no existe en un Estado Social de Derecho ninguna actuación pública que escape al control judicial, máxime si se trata de comportamientos u omisiones que puedan trasgredir derechos fundamentales de grupos en condiciones marginales y de discriminación. Tal hecho es una consecuencia de la manifestación misma de la división de poderes y de la colaboración armónica entre ellos. Por esto, es un deber del juez constitucional analizar, como en este caso, si las actuaciones ordenadas en sus providencias han sido materializadas y, en el evento contrario, disponer lo necesario para su realización.

47. Como es obvio, la autoridad judicial debe ser cuidadosa al momento de ordenar determinados comportamientos para materializar los mandatos impartidos, en punto a no traslapar las competencias de otros órganos del poder público. En ese caso, se indicarán los parámetros desconocidos por la entidad primeramente obligada a partir de un análisis de los niveles de protección planteados por la UAESP en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011, para que sea ella, dentro de sus poderes y deberes, quien consolide las medidas dirigidas a la preservación de los derechos fundamentales de estas personas.

48. Frente al caso concreto resulta oportuno hacer referencia a un estudio reciente⁵⁰ a partir del cual se estructuró una posible tipología de incumplimiento de los fallos de la Corte Constitucional, clasificada de la siguiente manera a partir de la revisión de casos concretos: i. *El incumplimiento expreso de una orden judicial clara;* el ii. *El cumplimiento aparente o meramente formal de la orden constitucional: por el cual se promulgan o adoptan regulaciones internas por las entidades obligadas por los fallos las cuales nominalmente persiguen dar la apariencia de acatar las sentencias, pero que en realidad eluden lo ordenado,* iii. *Cohonestación del incumplimiento por parte de jueces encargados del cumplimiento de las*

⁵⁰ Al respecto ver: LÓPEZ CUÉLLAR, N. y OLARTE OLARTE, M. C., “Incumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: Aparentes Garantías, silenciosos Incumplimientos” en Universitas. Bogotá (Colombia) N° 113: 71-112, enero-junio de 2007.

sentencias de tutela y iv. los incumplimientos derivados de la indeterminación semántica de las providencias.

A partir de esta tipología, la Sala Tercera de Revisión se propone establecer si se está ante un cumplimiento “*real*” o meramente “*formal o aparente*” de las órdenes proferidas en la sentencia T-724 de 2003 y sus autos posteriores.

49. Para establecer dicho cumplimiento la Sala Tercera de Revisión analizará:

- i.** Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en sus diferentes providencias y cómo algunas de ellas sólo podían aplicarse al proceso de aprovechamiento en el componente de disposición final.
- ii.** Los niveles de protección que fueron planteados por la UAESP a partir del pliego de condiciones de la Licitación 001 de 2011 y si estos pueden considerarse como acciones afirmativas en favor de la población recicladora. Estos niveles son:
 - (ii.i)** participación accionaria de las asociaciones de segundo nivel en las sociedades concesionarias.
 - (ii.ii)** entrega de las rutas de reciclaje a la población recicladora.

Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010.

50. Con el fin de establecer las órdenes cuyo cumplimiento se solicita verificar, es necesario puntualizar el marco fáctico que dio lugar tanto a la expedición de la sentencia de tutela T-724 de 2003, como del Auto 268 de 2010.

51. La providencia T-724 de 2003, tuvo origen en el proceso de Licitación Pública No. 001 de 2002, el cual tuvo por objeto “*seleccionar para cada área de servicio exclusivo -ASE- en que se ha dividido la ciudad, a la persona idónea que en virtud del contrato de Concesión se encargue de la prestación del servicio público de aseo urbano, bajo el esquema de área de servicio exclusivo, respecto de: a. Recolección y transporte (...) de los residuos generados por usuarios residenciales, pequeños productores, y de los residuos ordinarios producidos por los grandes generadores; b. Barrido y limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público (...); y c. Corte de césped (...) en las áreas verdes públicas del Distrito Capital; así como de las actividades adicionales de: (...) b. Realizar la recolección del material recuperable, mediante una ruta de recolección selectiva, y disponer del mismo en los Centros de Reciclaje y apoyar los programas de reciclaje que señale el Distrito Capital a través de la UESP; y c. Poda de árboles en los sitios y en la oportunidad que les indique la UESP*”.

De manera que en ese entonces se solicitó a la Corte Constitucional, verificar si en el citado proceso de selección, semejante en su objeto al que ahora se aborda en esta providencia, se incluían acciones afirmativas en favor de la población de recicladores de la ciudad. Así, la Corte concluyó que a pesar de haberse adjudicado la Licitación No. 001 de 2002 en la cual se verificó la no existencia de tales acciones, era necesario incluir en adelante en los procesos de selección para la prestación del servicio de aseo en sus diferentes

componentes acciones positivas necesarias para eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que afectaban a estos grupos, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones, pues de no hacerse se quebrantaría el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, la necesidad de adoptar tales medidas.

52. A su turno, el Auto 268 de 2010 fue proferido como consecuencia del incumplimiento de la tutela T-724 de 2003, pero esta vez: **i.** Dentro del marco de una licitación en curso, la 001 de 2010 y, **ii.** Respecto del servicio público de aseo, pero para el componente de disposición final de residuos sólidos, así: “(...) *contratar la modalidad de concesión Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de tratamiento y aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ provenientes del servicio ordinario de aseo: todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos*”.

De allí que para afectos de garantizar el cumplimiento de inclusión de acciones afirmativas en favor de los recicladores, en el proceso de selección del operador de disposición final en el relleno sanitario, se ordenó a la UAESP establecer, mediante Adenda, criterios habilitantes, de calificación y de desempate que favorecieran a la población dedicada al reciclaje y aprovechamiento. Dentro de tales criterios, la providencia señaló, por ejemplo que: **i.** los proponentes se presentaran asociados con una organización de segundo nivel, siguiendo en relación con estas los postulados señalados por la UAESP sobre antigüedad y teniendo en cuenta los requisitos de existencia jurídica. **ii.** incluir criterios de calificación a partir de la participación accionaria de la organización de segundo nivel dentro del proponente así como del porcentaje de residuos a aprovechar, haciendo especial énfasis en la mano de obra que se requiriera dentro del proyecto de aprovechamiento.

53. En ese orden, debe la Corte puntualizar que unas son las acciones afirmativas genéricas que sin excepción deben estar presentes en todo proceso que involucre la prestación de los diferentes componentes del servicio público de aseo y, otras las acciones afirmativas específicas, que dependerán de las características intrínsecas del componente de aseo sobre las cuales se materialicen.

54. Como se demostrará en esta providencia, para la licitación pública No. 001 de 2011 la UAESP pretendió estructurar un modelo idéntico al planteado por la Corte Constitucional para efectos de la administración, operación y mantenimiento integral del relleno sanitario Doña Juana, sin detenerse a evaluar que cada componente tiene una finalidad diferente, así como una forma de operar específica que impide calcar los criterios señalados por el Auto 268 de 2010, para efectos de la recolección y transporte de residuos sólidos.

En ese orden, la disposición de residuos en el relleno sanitario facilita en gran medida la labor de aprovechamiento, porque este componente se entrega al operador concesionario y es éste quien asegura que el mismo se realice a través de recicladores vinculados a organizaciones de segundo nivel. Además, en el evento del relleno sanitario, la recolección no se encuentra dispersa por la ciudad, lo cual significa que no se compite por el material aprovechable, no existe la presión del peso de los residuos, el ingreso al relleno sanitario es restringido a la organización que se asocia al operador del servicio y la división del trabajo es clara entre el operador del relleno y su socio dedicado a las labores de aprovechamiento.

No ocurre lo mismo en el caso del componente de recolección y transporte de residuos, en la medida en que no existen áreas de servicio exclusivo para efectos del aprovechamiento, lo cual implica la abierta competencia entre recicladores formales y no formales, competencia o libertad de acción que presenta dificultades a la hora de establecer un modelo asociativo con organizaciones de segundo nivel o a la hora de trasladar el componente de aprovechamiento a los recicladores de manera independiente a que pertenezcan o no a estas organizaciones, como pasará a explicarse.

55. Como se observa, no se trataba de copiar sistemáticamente las órdenes proferidas en el Auto 268 de 2010, pues toda acción afirmativa debe corresponder a una situación específica y concreta que requiere soluciones y propuestas particulares.

Por el contrario, los criterios a que se refiere la providencia T-724 de 2003, deben atender el contexto social, apuntar a alcanzar la igualdad material para todos y todas, así como a formalizar la actividad del aprovechamiento como vía para alcanzar la condición de empresarios en la cual se reconozca y promueva el conocimiento acumulado a lo largo de los años.

56. Esta consideración tiene especial importancia para comprender, como se verá más adelante, por qué razón el hecho de incluir acciones inspiradas de aquellas contempladas en el Auto 268 de 2010, en los pliegos de la Licitación Pública No. 001 de 2011, no puede ser calificado por esta Sala de Revisión como acciones afirmativas en favor de la población de recicladores, precisamente en razón a que la UAESP, a más de no lograr incidencia real en dicha población, no adecuó dichos criterios a las características y complejidades propias del componente de recolección y transporte de residuos ya no exclusivo de los operadores sino en el marco de la libre competencia.

57. Así, a *grosso modo* y en el marco de la providencia T-724 de 2003, se enuncian a continuación los criterios genéricos que la UAESP debió haber tenido en cuenta para abordar la problemática de los recicladores en el distrito en relación con los componentes de recolección y transporte de residuos:

- (i) Las medidas adoptadas deben ser progresivas, lo cual implica que deben

incidir paulatinamente en el mejoramiento de la situación que padece el grupo marginado mencionado, de manera que deben conllevar cambios frente al *status quo*. Así, las acciones afirmativas deben adecuarse a las circunstancias del caso, pues no se trata de fórmulas pétreas que no tengan la potencia de incidir en las condiciones que se pretenden cambiar.

- (ii) Como quiera que toda acción afirmativa resulta temporal, debe tener la potencia de generar avances para alcanzar la igualdad real y efectiva. Por lo mismo, el asistencialismo se opone a la esencia de este tipo de medidas que se desprenden del deber de alcanzar la igualdad material y el goce efectivo de los derechos para todos y todas. En ese orden, es posible que como resultado de una política pública se incluyan medidas asistencialistas dirigidas a esta población, aspecto que es bienvenido, pero tales medidas no pueden reemplazar acciones afirmativas destinadas a alcanzar la igualdad material. Así las cosas, la Corte no censura acciones asistencialistas dentro del Estado Social de Derecho, pero

enfatisa que no son estas el objeto de las acciones afirmativas.

- (iii) Resulta esencial determinar el grupo que se verá beneficiado por las acciones afirmativas, en la medida que ello facilita el seguimiento de las medidas así como su efectividad. De igual manera impide que tales beneficios sean percibidos por personas ajenas al grupo objeto de protección.
- (iv) En este sentido, la acción afirmativa debe propender por favorecer al colectivo específico, razón por la cual no debe estar destinada al beneficio de una pequeña élite. Dicho colectivo específico no necesariamente tiene que estar determinado en todos y cada uno de sus miembros, pues en ocasiones basta que lo sea en los elementos esenciales que lo definen para permitir diseñar con claridad la acción afirmativa.
- (v) Resulta fundamental la participación material de los recicladores en las actividades de recuperación y aprovechamiento de residuos, no sólo como trabajadores sino como empresarios de las basuras, en que puedan emplear los

conocimientos que han adquirido a lo largo de los años y capitalizar los beneficios ambientales que para la ciudad representa su actividad.

- (vi) Resulta esencial el acceso seguro y cierto a los residuos sólidos potencialmente aprovechables y, de ser posible, otorgar valor agregado a esta actividad de la cual derivan su sustento, con el fin de fomentar la labor y consolidar su accionar económico, mejorando su calidad de vida.
- (vii) Además, las acciones deben propender por beneficiar formas asociativas de los recicladores, no como fin en sí mismo, sino como medio para superar las condiciones de explotación y marginación que padecen tendiente a su regularización, así como para prestar de manera organizada servicios complementarios de aseo en calidad de “otros prestadores”.
- (viii) Igualmente, a nivel constitucional, las medidas que sean adoptadas, además de perseguir un objetivo legítimo, deben ser eficaces y temporales, deben incidir en la solución de las

situaciones de discriminación que sufren determinados grupos concretos y cumplir con la proporcionalidad y racionalidad que de ellas se predica, pues se trata de acciones que sin duda generan impactos en el resto de la sociedad.

58. Los elementos citados en el numeral anterior, se constituyen en el parámetro a tener en cuenta por la Corte al momento de resolver en concreto la cuestión relativa a la inclusión de acciones afirmativas en favor de los recicladores en la Licitación Pública 001 de 2011. En ese orden, la Sala de Revisión pasará a continuación a realizar el estudio correspondiente a partir de lo previsto en el mencionado pliego y sus respectivas modificaciones.

Niveles de protección planteados por la UAESP en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011.

59. Para iniciar este acápite de la providencia se debe precisar que el objeto de la licitación pública 002 de 2011, es:

“(...) concesionar bajo la figura de Área de Servicio Exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. – Colombia, en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva

La presente licitación no contempla exclusividad para las actividades de recolección y transporte de material reciclable que sea presentado en forma separada por los generadores, ni tampoco contempla exclusividad alguna para las actividades de aprovechamiento.

En forma paralela a la búsqueda de operadores para las actividades del objeto de la presente licitación, la UAESP promoverá la conformación de esquemas empresariales constituidos por las organizaciones de recicladores, acorde con lo mandado por la Ley 142 de 1994, buscando la articulación del reciclaje y el aprovechamiento en general, con el servicio público de aseo y con la regulación vigente” (AZ1, Folio 8)

En este orden de ideas, el pliego plantea que: 1. La recolección y transporte de residuos no separados estará circunscrita a las áreas de servicio exclusivo que sean adjudicadas y que este servicio será prestado por los operadores que resulten concesionarios de tales áreas. 2. Las actividades de recolección y

transporte de material aprovechable que se presente en forma separada por los generadores no estará sujeta a exclusividad, por lo cual se desarrollarán bajo el esquema de libre competencia, quedando la operación de este servicio en cabeza de la población recicladora.

60. Es así como a partir de lo previsto en el pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública No. 001 de 2011, es posible identificar dos medidas estructurales, copiadas del esquema previsto en el Auto 268 de 2010, que bajo el entendimiento de la UAESP se estiman acciones afirmativas en favor de la población recicladora.

60.1 La primera tiene que ver con la adopción de un modelo de participación accionaria de las organizaciones de segundo nivel, a partir de la constitución de sociedades con los oferentes que resulten adjudicatarios de la licitación pública, que se concretaría mediante un aporte de industria. Para este componente el pliego otorgó un puntaje hasta de 100 puntos, de manera que a mayor participación accionaria, mayor puntaje. Este es por lo menos uno de los ejes centrales del pliego de condiciones en lo que tiene que ver con las medidas positivas que la licitación concibió para los recicladores.

60.2 La segunda contempla que la recolección y transporte de material potencialmente aprovechable que sea entregado en forma separada por los generadores, estará a cargo de los recicladores de oficio ubicados en cada ASE, quienes continuarán ejerciendo su actividad en las zonas que habitualmente lo hacen, independientemente de la participación accionaria que corresponda a la asociación de recicladores de segundo nivel a la cual pertenezcan. De esta forma el material que recojan lo podrán comercializar en las bodegas que escojan y el valor de la transacción será de su propiedad.

Para el efecto, se ordena a los proponentes presentar un plan de trabajo destinado a las actividades de fortalecimiento y formalización de la recolección de material aprovechable por parte de los recicladores de base, así como ofrecer dotación de uniformes y vehículos de tracción humana. Entre mayor cobertura de rutas ofrezcan los oferentes por parte de los recicladores más puntaje obtienen de un total de 50 puntos.

61. Estas medidas permiten advertir a primera vista que podría existir una variación del *status quo*, por lo menos nominal, respecto de la condición tradicional de los recicladores, en la medida en que impulsa la constitución de organizaciones de segundo nivel que representan sus intereses y porque se les reconoce como titulares de las actividades de recolección y transporte de residuos aprovechables presentados en forma separada por los generadores. Sin embargo, es en este momento en el cual adquieren relevancia todas las disquisiciones teóricas y jurisprudenciales que se han realizado en acápites anteriores de esta providencia, específicamente cuando se habló del Estado social de Derecho y el principio de igualdad frente a sujetos de especial protección constitucional, sobre los sujetos de especial protección, sobre los mandatos de acción y de abstención y sobre los deberes y poderes del juez constitucional frente al principio de igualdad, pues son los conceptos allí

plasmados los que guiarán la interpretación del caso concreto para determinar si el proceso licitatorio analizado contempló o no medidas reales y eficientes de discriminación positiva frente a la población recicladora.

La pregunta que surge entonces es si estas acciones nominales tienen entidad material, es decir, si en la práctica resultan eficaces y cumplen con los parámetros teóricos que definen las acciones afirmativas. Para el efecto, pasa la Sala a revisar cada una de estas medidas a la luz del pliego de condiciones.

El pliego de condiciones y el primer nivel de protección planteado por la UAESP: Garantizar la participación o cesión del patrimonio de los proponentes que resulten adjudicatarios a favor de organizaciones de recicladores de segundo nivel.

62. Del contenido del pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011, pueden extractarse los siguientes elementos:

(i) Podrán participar en la licitación “(...) *personas naturales o jurídicas interesadas en constituir una promesa de sociedad futura bajo la modalidad de empresa de servicios públicos de objeto único, conjuntamente con una organización de recicladores de segundo nivel, de las seleccionadas previamente por la UAESP(...)*’ ‘(...) *Igualmente[,] consorcios o uniones temporales de empresas de servicios públicos que prometan emitir o ceder una participación en su patrimonio por un porcentaje igual o mayor al 5% a favor de las organizaciones de recicladores que resulten favorecidas en la selección del ASE correspondiente, de acciones de industria (...)*’. También podrán hacerlo *empresas de servicios públicos ya constituidas que prometan emitir o ceder una participación en su patrimonio por un porcentaje igual o mayor al 5% a favor de las [mismas] (...)*” (AZ 1, folio 5, respaldo).

(ii.) Como requisito de admisibilidad de la propuesta, el Pliego de Condiciones estableció la obligación de los futuros concesionarios de participar con “(...) *al menos dos (2) integrantes de la sociedad por acciones (...) [que sean] una organización de recicladores de segundo nivel de la ciudad de Bogotá*” (AZ 1, folio 43).

(iii.) Frente a estas organizaciones, el adjudicatario adquiere la obligación de ceder una participación en su patrimonio en un porcentaje “(...) *que no podrá ser inferior al 5% de la sociedad, para las dos organizaciones asignadas en cada ASE (...)*” (AZ 1, folio 43, respaldo), representado en acciones de industria.

(iv.) La participación de las organizaciones de segundo nivel está sujeta a las siguientes condiciones: “(...) *recibir utilidades por lo menos una vez por año; A participar porcentualmente del mayor valor de la empresa al momento de su liquidación; El porcentaje de participación ofrecido a la organización de recicladores no podrá ser modificado durante todo el periodo de duración de la concesión; [y] La organización de recicladores de segundo nivel no podrá vender ni ceder, a ningún título ni en ningún momento, durante la ejecución*

del contrato de concesión su participación accionaria” (AZ 1, folio 43, respaldo).

(v.) En relación con dicha participación accionaria se otorga un puntaje de 100 puntos de un total de 1000 posibles a la cesión de la participación accionaria de las organizaciones de segundo nivel (AZ 1, folio 54). Igualmente, el pliego agrega que *“(...) el mayor puntaje, es decir 100 puntos, se asignará a la propuesta cuya organización de segundo nivel posea el mayor porcentaje de participación en la forma asociativa propuesta por el oferente. A las demás se les aplicará una regla de tres simple directa”* (AZ 1, folio 55) (Resaltado fuera de texto).

(vi) El pliego toma como uno de los criterios de desempate, tras la selección de aquella propuesta que haya obtenido mayor puntaje en la oferta económica, el criterio de participación accionaria de las organizaciones de segundo nivel, de la siguiente manera: se *“(...) preferirá [a quién] haya obtenido el mayor puntaje en el componente de participación accionaria para la organización de recicladores de segundo nivel”* (AZ 1, folio 57, respaldo).

(vii) Por su parte, el anexo 21 de los pliegos establece las condiciones de participación de las organizaciones de segundo nivel a partir de un modelo en el cual se permite a las asociaciones de mayor antigüedad escoger el área de su preferencia (AZ 1, folio 60). De esta forma, en caso de ser más de 6, las siguientes organizaciones deben someterse al alea de un sorteo hasta que todas aquellas que estén habilitadas sean asignadas (AZ 1, folio 61).

(viii) En el referido Anexo, se estableció que *“En caso de que por cualquier motivo, la organización de recicladores de segundo nivel o una agrupación de estas (sic)(...) decida(n) no aceptar la cesión de la participación accionaria por parte del concesionario correspondiente a dicha ASE o tuviese cualquier impedimento legal para ello, éste (sic) concesionario deberá construir la sociedad en los términos de su propuesta y ceder dicha participación a otra de las organizaciones de segundo nivel habilitadas en el proceso”* (AZ 1, folio 60).

(ix) En el evento en que dos (2) o más organizaciones fueran asignadas a la misma ASE, *“(...) el porcentaje de participación accionaria ofrecido por el proponente que resulte adjudicatario (...) será dividido en partes iguales”* (AZ 1, folio 60, respaldo; y AZ 2, Folio 34).

(x) Finalmente, se indica en este anexo que **la recolección de material** potencialmente aprovechable *“(...) estará a cargo de los recicladores de oficio ubicados en cada ASE, quienes continuarán ejerciendo su actividad en los territorios que actualmente lo hacen, independientemente de la participación accionaria que corresponda a la asociación de recicladores de segundo nivel a la que pertenezcan (...)”* (AZ 1, folio 60, respaldo). Esto evidencia que la recolección de material no está físicamente en cabeza de las organizaciones de segundo nivel, sino a cargo de los recicladores de oficio.

63. Identificados estos elementos se analizará la naturaleza de la cesión de participación accionaria propuesta, para lo cual se revisará: **a.** La naturaleza jurídica de las organizaciones de segundo nivel y su característica de carecer de ánimo de lucro así como el mecanismo de reinversión de sus ganancias o utilidades. **b.** La definición del aporte de industria y **c.** Sí a partir de tales conceptos, la participación accionaria ordenada en los pliegos de condiciones de la licitación pública 001 de 2011, existe o no una acción positiva en favor de los recicladores de base.

Naturaleza jurídica de las asociaciones de segundo nivel y el mecanismo de reinversión de sus ganancias.

64. Las organizaciones de segundo nivel son aquellas que coaligan a asociaciones de base, conformadas por recicladores de oficio. Estas organizaciones bien pueden responder al esquema de organizaciones de economía solidaria previstas en la Ley 454 de 1998, entre las cuales se encuentran los organismos de segundo y tercer grado que agrupan formas asociativas y solidarias, sin ánimo de lucro⁵¹, en las cuales sus afiliados son simultáneamente aportantes y gestores o corresponder a simples formas asociativas civiles también sin ánimo de lucro.

65. En su calidad de corporaciones o asociaciones de naturaleza civil sin ánimo de lucro, persiguen una utilidad común dirigida a un grupo específico de la comunidad, en este caso los recicladores del Distrito. A la luz de la jurisprudencia constitucional, los incentivos o apoyos que estas asociaciones reciban -y esto aplica tanto para las de base como para las de segundo nivel- deben servir para mejorar las condiciones del grupo poblacional objeto de la acción afirmativa.

66. Dada la ausencia de *animus lucrandi*, no se contempla la posibilidad jurídica de reparto de utilidades en favor de personas naturales o sociedades que la integran, de forma que los rendimientos alcanzados por el ejercicio de su objeto social se denominan excedentes o beneficios, los cuales deben permanecer dentro de la entidad para el desarrollo del objeto social o beneficio común⁵².

Lo anterior no significa que las organizaciones de segundo nivel no puedan realizar actividades *per se* lucrativas, como las puramente mercantiles, en aras de la conservación e incremento de su patrimonio, pero dichas actuaciones deben estar afectas a la finalidad para la cual fue constituida según sus estatutos. Esto implica, conforme a los artículos 633 a 637 del Código Civil, que estas asociaciones pueden perseguir ganancias para reinvertirlas, pero no para distribuirlas entre sus asociados, sin perjuicio de que se traduzcan en beneficios para los afiliados a partir de los cuales se faciliten y mejoren las actividades de los recicladores de base.

⁵¹ Artículo 6° de la Ley 454 de 1998.

⁵² Al respecto, puede consultarse a: Tafur Galvis, A. *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*, Bogotá: Editorial Temis, 1990, p. 8.

El aporte de industria.

67. Ahora bien, la estructura del pliego de condiciones supone de parte de las organizaciones de segundo nivel un aporte de industria a la sociedad prestadora de servicios públicos que se conforme con ocasión de la adjudicación de ASE's, aporte que les otorgará el derecho a recibir una participación accionaria. Ello guarda relación con el artículo 98 del Código de Comercio, según el cual el contrato de sociedad requiere un aporte que puede ser en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero. Así, en términos del artículo 137 del mismo estatuto, puede ser objeto de aportación la industria o trabajo personal del asociado, sin que tal aporte forme parte necesariamente del capital social. En otras palabras, no puede conformarse una sociedad sin que se materialice aporte por parte de sus integrantes.

68. Los aportes del socio industrial representan prestaciones consistentes en una actividad personal, conocimientos tecnológicos, asistencia técnica y, en general cualquier obligación cierta de hacer, por concepto de la cual el aportante adquiere una contraprestación que se materializa en la participación de las utilidades sociales estipuladas en el contrato de sociedad.

69. De lo anterior se concluye que el aporte de industria, que bien puede ser realizado por una persona natural como por una persona jurídica, debe concurrir efectiva e invariablemente para efectos de asegurar la constitución de una sociedad. Este aporte asegura la participación accionaria que se recibe en el contrato de sociedad en calidad de contraprestación, pues de lo contrario, de no existir una obligación de hacer que pueda calificarse como aporte de industria, se estaría frente a una defraudación al patrimonio social y a un enriquecimiento sin causa por parte del socio de industria que participa de las utilidades sociales, en la medida que este aporte debe amortizarse con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio social, en la parte proporcional que al socio de industria corresponda, en términos del artículo 139 del Código de Comercio.

A pesar de que algunos intervinientes consideraron que el hecho de asociarse con asociaciones de segundo nivel de recicladores como socios de industria supone que éstas aportan una concreta obligación de hacer consistente en su conocimiento del negocio, lo cierto es que el esquema planteado no puede llevar a tal conclusión. Lo anterior porque, de una parte, la mínima forma en la que podrán participar en la toma de decisiones al interior de la sociedad las mentadas asociaciones, impide que su trabajo sea elemento esencial al aporte de industria. De la otra, porque, como se verá, la variante del aprovechamiento del material reciclable, al estar en esquema de libre competencia por recicladores de oficio que no necesariamente pertenecen a la asociación de segundo nivel, impide que los socios de industria puedan verter su conocimiento en el proceso de selección de basuras, puesto que no tienen ni los recicladores a quienes transmitirlo ni, en caso de que lo anterior llegare a ocurrir, los mecanismos jurídicos que permitan que su conocimiento sea de utilidad. Es decir, aunque dichas asociaciones pueden contar con un *know*

how, el esquema en que está planteada su participación le impide su aplicación.

Análisis de la cesión de participación accionaria ordenada en los pliegos de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 como acción afirmativa en favor de los recicladores de base.

70. A propósito de lo señalado en los numerales anteriores y descendiendo al caso concreto, esta Sala de Revisión evidencia la omisión en los pliegos de condiciones de elementos sustanciales que aseguren la eficacia de esta medida frente a la población materia de protección, sin los cuales no es posible aseverar que se está ante una acción afirmativa material en favor de la población recicladora. Así, lo que podría entenderse como una acción afirmativa formal no lo es en la práctica, por las siguientes razones:

71. El primer elemento que se extraña en los pliegos es que no se define en qué consiste el aporte de industria que deben realizar las organizaciones de recicladores de segundo nivel. Aporte que, en todo caso, no es el aprovechamiento en la medida que la recolección y el transporte de material aprovechable que se presente separado por los generadores, será realizado directamente por los recicladores de oficio de manera independiente a su afiliación a las organizaciones de segundo nivel.

71.1. Este aspecto se confirma no sólo por lo expresado en el pliego, sino que se infiere con claridad de las diferentes respuestas de los proponentes a la pregunta expresa de ¿cuál es el aporte de industria?, como se puede observar en el siguiente cuadro:

| OFERENTE | EN TÉRMINOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES CUÁL ES EL APORTE DE INDUSTRIA DE LAS ORGANIZACIONES DE SEGUNDO NIVEL. |
|-----------------------------------|---|
| <i>UNION TEMPORAL CAVO VIGIA.</i> | <i>Explicó que el aporte de industria de los recicladores contemplado en el pliego de condiciones de la licitación en comento, a su juicio consiste en que “(...) los recicladores desarrollarán parte del trabajo correspondiente a la prestación del servicio, específicamente aquel que tenga referencia con la recolección y aprovechamiento de los residuos susceptibles de aprovechamiento (...)” (AZ 5, folio 316).</i> |
| <i>ATESA</i> | <i>“(...) la UAESP fue clara y reiterativa en señalar que el aporte de industria al que las condiciones del pliego hacen (sic) referencia, NO son cuantificables y que corresponden por tanto a las que trata el artículo 137 en concordancia con el artículo 380 del Código de Comercio” (mayúsculas y negrillas tomadas del texto original) (AZ 5, folio 296). Aclaró que “(...) las actividades que componen el aprovechamiento, conforme a las condiciones de la licitación, serán realizadas y usufructuadas en su totalidad por los recicladores de oficio por conducto de las asociaciones a la cual (sic) pertenezcan y por tal concepto los operadores no recibiremos utilidades, no tenemos proyecciones de las mismas” (AZ 5, folio 298).</i> |
| <i>Promesa de Sociedad Futura</i> | <i>“(...) las asociaciones de recicladores no harán aporte alguno como socios o accionistas industriales, hasta el punto que ni</i> |

| | |
|--|---|
| <i>ASEO Bogotá (AZ 2, folio 236 a 237)</i> | <i>siquiera cancelarán los costos de la emisión de sus acciones de industria que, en nuestro caso, serán el cien por ciento (100%) de las que se emitan exclusivamente para dichas asociaciones” (AZ 5, folio 305).</i> |
| <i>Promesa de Sociedad Futura IPSUM (AZ 2, folio 254 a 265)</i> | <i>Adujo que el aporte de industria es fruto de las obligaciones contempladas en el Auto 268 de 2010 y que corresponde “(...) a una estimación anticipada (...) de su aporte en trabajo” (AZ 5, folio 178). Luego, expresó que el aporte “(...) consistiría en la prestación de su fuerza de trabajo, así como de sus conocimientos técnicos para el desarrollo del objeto de la sociedad que se constituya, en particular respecto de su conocimiento y experiencia relacionados con el reciclaje” (AZ 5, folio 179).</i> |
| <i>Consortio CONAMBIENTALE S y Unión Temporal ASEO Triple A (AZ 2, folio 266 a 268)</i> | <i>Recordó que existirán dos tipos de socios: de capital y de industria. Aclaró que las acciones de industria están “(...) previstas en los artículos 137 y 138 del Código de Comercio, es decir (...) sin estimación de su valor, por lo cual no redimen o liberan cuotas de capital social, aunque conceden derecho a participar en las utilidades sociales” (AZ 5, folio 188). No responde en qué consiste el aporte de industria de la población recicladora.</i> |
| <i>Proponente Plural conformado por Ciudad Limpia Bogotá y otros (AZ 2, folio 269 a 299)</i> | <i>Enfatizó que tiene dudas en torno al aporte industrial de los recicladores, dado que se generaron cuestiones nebulosas en el pliego de condiciones de la licitación. En efecto, conforme establece el Anexo 21, la recolección para el aprovechamiento seguirá a cargo de los recicladores que tradicionalmente están trabajando en el ASE respectivo. Por lo tanto, tal actividad “(...) no estaría a cargo de su socio industrial (asociación de segundo nivel), sino de los recicladores de oficio ubicados en dicha ASE. Esto genera una confusión de carácter lógico y jurídico con respecto a la identidad y el real aporte de nuestros posibles socios industriales, de los cuales se debe esperar una contraprestación en su calidad de socios, como lo establece el artículo 380 del Código de Comercio (...)” (AZ 5, folio 207).</i> |
| <i>Promesa de Sociedad Futura Bogotá Ambiental S.A. E.S.P (AZ 2, folio 306 a 315)</i> | <i>Adujo que ni en el pliego de condiciones ni en las demás etapas de la licitación se aclaró en qué consiste el aporte de trabajo que efectuarán los recicladores en su condición de socios de industria.</i> |
| <i>Consortio Lime (AZ 4, folio 5 a 18)</i> | <i>El aporte de industria “(...) consiste en una prestación de hacer, referida a la labor que en materia de reciclaje realizarán dichas organizaciones por conducto de sus miembros” (AZ 5, folio 272).</i> |
| <i>Promesa de Sociedad Futura “Promoambiental Distrito S.A.S. ESP (AZ 4, folio 39 a 43)</i> | <i>El aporte industrial de los recicladores consiste en “(...) colocar su experiencia y conocimiento al servicio del componente de aprovechamiento, que es parte integral de la prestación del servicio público de aseo (...)” (AZ 5, folio 160).</i> |
| <i>Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá DC (AZ 4, folio 106 a 146)</i> | <i>Afirmó que “(...) el aporte que como socios de industria efectuarán las organizaciones de recicladores de segundo nivel en la empresa de servicios públicos (...), está representado por el servicio de recolección del material potencialmente aprovechable (actividad de reciclaje) y por el trabajo que ejecuten como personal a cargo de las labores de recolección, barrido mecánico, barrido manual, limpieza, lavado, corte de césped y poda de árboles, para las cuales serán vinculados (sic) como mano de obra” (AZ 5, folio 284).</i> |
| <i>Aseo Capital, Unión</i> | <i>Con respecto al aporte de industria, trajo a colación una</i> |

| | |
|--|---|
| <i>Temporal (AZ 4, folio 147 – 155)</i> | <i>respuesta de la UAESP que absolvió dudas en lo tocante a este tema. Así, según el proponente, la entidad señaló que “las acciones industriales representan el trabajo de la organización de segundo nivel que se encargará de hacer seguimiento, control, vigilancia, coordinación, educación e interlocución con los recicladores que de manera individual y autónoma se dedique (sic) a las labores de reciclaje dentro de la ASE correspondiente” (AZ 5, folio 247). Por lo tanto, estas asociaciones no tendrán por actividad el reciclaje, a pesar de relacionarse con personas que lo ejerzan.</i> |
| <i>Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Limpio S.A. ESP (AZ 5, folio 223 a 235)</i> | <i>Expresó frente al aporte de industria de los recicladores que “(...) no tendrán que llevar a cabo ninguna actividad adicional a la suscripción de las acciones para hacerse propietarios de las mismas” (AZ 5, folio 231).</i> |

71.2 Así las cosas, se observan al menos cuatro posiciones disímiles y contradictorias en torno a lo que se concibe por aporte de industria: i. Algunos oferentes indican que las organizaciones de segundo nivel estarán a cargo del aprovechamiento que se realice en el ASE respectiva, a pesar de que los pliegos asignan esta labor de manera directa a los recicladores de oficio. ii. Otros afirman de manera directa que tales asociaciones no llevarán a cabo ningún tipo de trabajo, con lo cual se contravienen abiertamente las disposiciones relativas a la conformación de sociedades comerciales, así como los criterios de la jurisprudencia constitucional que señalan claramente que debe incentivarse el trabajo material de los recicladores. iii. Una tercera opinión afirma que no comprende en qué consiste el aporte de industria y, iv. Finalmente, un grupo afirma que el aporte de industria es la obligación de ejercer cualquier actividad que haga parte del objeto de la concesión, como la coordinación de las actividades de los recicladores de oficio que el pliego radica expresamente en cabeza del concesionario o el desarrollo de actividades tales como el corte de césped o la poda de árboles.

71.3 En suma, las consideraciones expuestas no pueden conducir sino a la conclusión de que las organizaciones de segundo nivel recibirán participación accionaria y posibles utilidades sin que exista de por medio un verdadero aporte, esto es una *definida* obligación de hacer, aspecto que insinúa un enriquecimiento sin causa o por lo menos injustificado de las organizaciones de segundo nivel, lo cual resulta irrazonable y desproporcionado, además de que contraviene el sentido de las acciones afirmativas, que redundan en que los beneficios para estas organizaciones sirvan como un medio para alcanzar la igualdad real y efectiva y la dignificación de su trabajo.

72. El segundo elemento que reafirma la conclusión de que no se está frente a una acción afirmativa material, tiene que ver con la indefinición en los pliegos respecto de cuál debe ser el destino que se dé a las utilidades que puedan llegar a ser percibidas por las organizaciones de segundo nivel, en caso de producirse.

72.1 Como se señaló en párrafos anteriores, al no ser repartidos los beneficios, estos deben ser reinvertidos en el desarrollo del objeto social de estas

organizaciones. En ese orden, son sus directivas quienes deciden en qué se invierten los recursos y en qué porcentajes, de acuerdo con los límites señalados por la finalidad social, lo cual deja al arbitrio de dichas directivas la destinación final de tales ingresos.

72.2 Así, por ejemplo, de acuerdo con los estatutos de la Confederación Ambiental Hagamos de Colombia un país grande “Confederación Ambiental FUNCOLGRAN”, esta organización es “(...) *una entidad sin ánimo de lucro (...) cuya función principal es la de agrupar a las organizaciones, cooperativas y asociaciones de Recicladores (...) sus bienes serán repartidos entre cada una de las organizaciones teniendo en cuenta que el 60% de estos (...) pasarán a Organizaciones ambientales que manejen niños y ancianos (...) y [el] 40% [a] Organizaciones sociales ambientales legalmente constituidas y con reconocimiento de la autoridad ambiental (...)*” (AZ 2, folio 426), de manera que en los términos de sus estatutos las posibles ganancias no estarían dirigidas a promover el proceso de formalización de los recicladores de base o a realizar actividades directamente desarrolladas con la labor de aprovechamiento, sino que podrían utilizarse en actividades que no guardan relación directa con la labor que ejecuta la población de recicladores.

72.3 Otro caso práctico que ilustra la complejidad de omitir la destinación de posibles beneficios derivados de la participación accionaria, es el que tiene que ver con los estatutos de la Federación Sindical Ambiental del Reciclador Colombiano, FEDERSIN. Como objeto de la organización -definida como de segundo nivel- figura “(...) *la integración de los Sindicatos cuyos trabajadores en su ejercicio laboral, defienden el medio ambiente, los recursos naturales y con su actuar, se disminuye la contaminación, (sic) en las fuentes hídricas, la polución del aire y trabajan en la cadena del reciclajedescontaminando los residuos sólidos para que no vayan a los rellenos sanitarios, recuperando técnicamente productos industriales*” (AZ 2, folio 384). Esta amplitud permite a sus directivas reinvertir en actividades propias del aprovechamiento o en cualquier otra actividad que tenga que ver con la protección del medio ambiente y que no guarde relación alguna con la selección, tratamiento y aprovechamiento de los residuos.

72.4 Estos dos casos enunciados son apenas ejemplos de cómo no se asegura que los posibles beneficios cumplan con el objetivo de regularizar a la población recicladora en la prestación de servicios complementarios al servicio público de aseo. En conclusión, esta Corporación no puede aceptar que la entrega de dinero -revestida de una aparente potencialidad de acción afirmativa y en todo caso eventual-sea conferida sin contraprestación de las organizaciones de recicladores de segundo nivel y no responda a una lógica destinada a la producción de beneficios directos a los recicladores de base.

73. Un tercer elemento que reafirma el hecho de que la participación accionaria tal como está concebida en el pliego no representa una acción afirmativa, es que este esquema vulnera abiertamente el derecho a la igualdad entre los proponentes y las asociaciones de segundo nivel, en la medida que las utilidades a percibir no serán iguales para todos los operadores e incluso

pueden llegar a ser inexistentes o por lo menos no se percibirán en los mismos tiempos y en idénticos porcentajes. Al respecto, vale la pena citar la respuesta dada por la Contraloría General de la República al Auto 240 de 2011, en relación con los mencionados porcentajes de participación accionaria:

“(...) Una vez analizados los parámetros de evaluación financiera contenidos en el proceso de la licitación pública número 001 de 2011, y en particular la manera como se establece el equilibrio financiero de las distintas propuestas que contemplan participación del 50% de las ganancias, la Contraloría General considera que podrían cumplir con los requerimientos establecidos por los términos de referencia de la licitación, en lo que concierne a la rentabilidad real del 13% y un componente de inflación del 3.8% para los ocho (8) de ejecución del proyecto (...).”

*Con todo, conviene precisar que la rentabilidad mencionada está determinada por el monto de la inversión inicial, en tanto que la utilidad, a la que se refiere la participación de los recicladores, corresponde al balance anual de ingresos, costos y gastos de operación. **Por consiguiente, es posible que hayan bajas utilidades anuales, e incluso pérdidas, compatibles con rentabilidades normales del proyecto.***

Por estas razones, sería posible considerar la asignación de una participación en las utilidades igual o mayor al 50% de las ganancias a las asociaciones de recicladores de segundo nivel, reduciendo la base del resultado anual (ingresos y gastos) a distribuir en los siguientes escenarios:

- (i) Subfacturación de los ingresos efectivamente percibidos por los negocios que conforman la cadena del servicio contratado en forma individual o conjunta[,] de manera (...) que lo que se lleve por utilidades por distribuir sea previamente disminuido.*

No obstante, este escenario tendría una viabilidad restringida, en la medida en que para el caso que nos ocupa, existe un buen nivel de control para evitar esta subfacturación, dada la existencia de la metodología tarifaria, un mecanismo financiero (fiducia) que administra los recursos, una interventoría financiera y la existencia de un Sistema Integrado de Información del Servicio de Aseo (SIISA).

- (ii) Sobredimensionamiento de los costos de producción, para el caso de proponentes nuevos, a través de autoabastecimiento en las distintas fases de la cadena contratada, las cuales podrían ser convenidas con*

empresas del grupo concesionario, reduciendo la utilidad a distribuir: En este caso es necesario contemplar como aspectos críticos las fases de recolección, barrido, transporte y disposición final y, en cuanto a los gastos de funcionamiento, la posibilidad de tercerización, así como la inversión en sistematización (software y (hardware), actividades realizadas a través de empresas del mismo grupo, más allá del normal marco general de las economías a escala.

- (iii) *Caso de proponentes que ya son concesionarios y por consiguiente tienen “base de operación instalada” y Know how. En este evento, y teniendo en cuenta que los proponentes ya venían prestando el servicio, puede concluirse que sus condiciones financieras son favorables, desde el primer momento, puesto que tienen rentabilidades plenas, **toda vez que ya han amortizado la inversión inicial, ventaja que sería adicional a la situación descrita en el escenario (ii)**(resaltado fuera del original).*
- (iv) *Cuando las asociaciones de recicladores participan patrimonialmente con acciones industriales, como lo prevé el pliego, se tendría la situación en que se remunera el interés minoritario como remuneración a su aporte de capital.*
- (v) *Una combinación de algunos de los anteriores escenarios.*

*En los anteriores términos se advierte que el proceso de selección que nos ocupa, **contiene elementos financieros objetivos que ocasionan la posibilidad de que los distintos proponentes no entren en igualdad de condiciones al proceso de evaluación, con lo cual la participación de los recicladores en las ganancias, si bien resulta ser un vehículo o instrumento para la adjudicación de la licitación, no sería determinante para establecer la participación efectiva en la rentabilidad del negocio de las organizaciones recicladores de segundo nivel.***
(...)'

De la misma manera, frente al análisis que realiza el ente de control a propósito de los diferentes escenarios de rentabilidad, indicó:

“En conclusión, aunque formalmente se podrían presentar escenarios viables, en los que se otorgue participación a las asociaciones de recicladores de segundo nivel iguales o mayores al 50%, es importante resaltar que en estos casos se podría utilizar esta variable para obtener un mayor puntaje en la calificación de la oferta y resultar así adjudicatario de la licitación, sin que ello se traduzca, en la práctica, que los

recicladores obtengan utilidades significativas, en la medida que estas pueden ser previamente disminuidas, inclusive pudiendo llegar a ser nulas, conforme a los escenarios descritos, traducándose esto en una ficción de beneficios.

(Resaltado y subrayado fuera de texto)

74. Si a todo lo anterior se suma que el porcentaje de participación accionaria que se ofrezca a las organizaciones de segundo nivel, resulta fundamental para obtener puntaje, el esquema de la licitación instrumentaliza la participación accionaria únicamente a efectos de obtener un puntaje representativo dentro del esquema de calificación.

En efecto, según los documentos allegados al presente trámite y como ya ha quedado dicho, de un total de 1000 puntos posibles, la décima parte está atada al reconocimiento de participación accionaria. Así, 100 puntos se otorgan a la propuesta que ofrezca mayor participación en las utilidades sociales, de forma que a los demás se les aplica una regla de tres simple directa (AZ 1, folios 54 y 55). Ello sin contar con que este criterio también se estableció para efectos de un posible desempate. (AZ 1, folio 57, respaldo).

Esto implicó, en la práctica, que varios oferentes propusieran más del 50% de utilidades en favor de las organizaciones de segundo nivel, no con el propósito de remunerar un aporte de industria -cuya omisión en cuanto a su definición quedó demostrada- sino con el único objetivo de hacerse acreedores a 100 puntos, argumento adicional para que esta medida no pueda ser catalogada como una acción afirmativa, pues realmente no repercute en la situación de los recicladores de oficio quienes difícilmente recibirán beneficio alguno. Es decir, la supuesta medida de discriminación positiva concebida por el pliego de condiciones realmente lo que genera es la instrumentalización de las asociaciones de recicladores de segundo nivel, en la medida en que genera que entre más utilidades se les dé -que se reitera son totalmente inciertas e indefinidas- más puntaje se le da al concesionario. De allí por qué el citado documento de la Contraloría General de la República cuestione tal proceder en el pliego de condiciones.

Cabe precisar que en el Auto 268 de 2010 se ordenó, como requisito habilitante, que los oferentes se presentaran asociados con organizaciones de segundo nivel de recicladores, pero en ese caso ambas partes debían negociar las condiciones en las cuales podrían trabajar en el Relleno Sanitario Doña Juana, lejos de los frentes de trabajo donde se sepultan los residuos sólidos que se producen en Bogotá. Por lo mismo, se trata de una medida cualitativamente distinta a aquella establecida en el presente asunto.

75. Por otra parte, vale la pena recoger las impresiones tanto de los oferentes como de las asociaciones de recicladores, respecto del mecanismo de participación accionaria que prevé el pliego de condiciones.

| |
|--------------------------|
| Participación Accionaria |
| Oferentes |

| | |
|--|---|
| Unión Temporal Cavo Vigía (AZ 2, folio 227 a 231) | <p>Ofertó dependiendo de la ASE, entre el 5% y el 45% de acciones, que implica “(...) <i>una utilidad muy importante a favor de las acciones de recicladores (...), lo que sin lugar a duda representa (...) la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida</i>” (AZ 2, folio 230). De manera puntual, señaló que en su oferta se entregará a la organización de segundo nivel que corresponda “<i>el equivalente al cuarenta y cinco por ciento (45%) de las utilidades si se le asignan las ASE 1, 2, 3 o 6 y el cinco por ciento (5%) en el evento que se le adjudiquen las ASE 4 y 5</i>” (AZ 5, folio 316).</p> |
| ATESA Siglo XXI S.A.S. E.S.P. (AZ 2, folio 232 a 235) | <p>Aclaró que “[e]l <i>margen de utilidades proyectadas por las ASE y para cada año de la concesión después de amortizar las inversiones se estimó aproximadamente entre el 5% y el 6%, donde los primeros cuatro años son de amortización</i>” (AZ 5, folio 298). De todas maneras, advirtió que el comportamiento del negocio es dinámico y puede sufrir variaciones.</p> |
| Promesa de Sociedad Futura ASEO Bogotá (AZ 2, folio 236 a 237). | <p>Sintetizó que “(...) <i>las utilidades que se deriven no de la Licitación sino del Contrato de concesión, se repartirán de acuerdo con los estatutos sociales prometidos, las exigencias del pliego de condiciones y el Código de Comercio, es decir, por lo menos una vez al año en caso de presentarse en el ejercicio</i>” (AZ 5, folio 303).</p> |
| Unión Temporal Gestión Ambiental (AZ 2, folio 238 a 253) | <p>Sobre este punto, no hay elementos a destacar.</p> |
| Promesa de Sociedad Futura IPSUM (AZ 2, folio 254 a 265). | <p>Manifestó que según la sentencia T-291 de 2009, las acciones afirmativas conllevan el derecho de los recicladores de volverse progresivamente empresarios de las basuras; asunto que se alcanza con la condición habilitante de conferir un porcentaje no menor al 5% de las acciones. Esto, a su vez, les confiere derechos como recibir utilidades -pagadas antes de las reservas o capitalización- y participar porcentualmente del mayor valor de la empresa al momento de su liquidación. El hecho de que la participación accionaria sea un criterio de calificación, ha tenido como consecuencia “(...) <i>que algunos de los proponentes [hayan ofrecido] que entregarían una participación accionaria a las organizaciones de recicladores de segundo nivel [de] 49% al 71%</i>” (AZ 2, folio 258).</p> |
| Consorcio CONAMBIEN TALES y Unión Temporal ASEO Triple A (AZ 2, folio 266 a 268) | <p>Al respecto, no hay elementos a destacar.</p> |
| Proponente Plural conformado por Ciudad Limpia Bogotá y otros (AZ 2, folio 269 a 299) | <p>En cuanto a las posibles utilidades que serían repartidas a los recicladores, señaló que “(...) <i>el modelo económico y financiero estimado y presentado por la UAESP contempla pérdidas netas para todas las ASE por lo menos para el primer año de operación (...). [Igualmente] el modelo contempla significativos aportes de capital de parte de los inversionistas durante los dos primeros años de la concesión en todas las ASE, y estima que los inversionistas podrán recuperar tales aportes a capital durante los años siguientes a la operación (...). [Por] tal razón solo se generarían dividendos a partir del cuarto año de la concesión, con excepción del ASE 1 en la que para el tercer año se generarían dividendos por un valor que no</i></p> |

| | |
|---|---|
| | <p><i>supera los setecientos veinticinco millones de pesos” (AZ 2, folio 286). Ello implica que las utilidades para las organizaciones de segundo nivel sean eventuales. A esto se le suma que el porcentaje otorgado a los recicladores no puede ser variable, salvo que la empresa genere pérdidas. Sin embargo, a continuación elaboró unas tablas que mostrarían dos posibles e hipotéticos resultados según un modelo efectuado por el proponente, en razón al cual, dependiendo del porcentaje de acciones de industria otorgadas (empleó dos escenarios; uno de 5% y otro de 60%), la utilidad per-cápita anual redundarían, para el año 2018 entre los “(...) \$105.648 [pesos] (...) y \$2.052.571 [pesos]” (AZ 2, folios 288 a 293). En este sentido, concluyó que al no existir certeza sobre el beneficio a recibir, “(...) el mecanismo de repartición de dividendos a los socios de industria respecto de las utilidades de las sociedades que resulten concesionarias (...) no es un mecanismo eficaz para lograr los objetivos que se buscan con la acción afirmativa” (AZ 2, folio 295).</i></p> |
| <p>Promesa de Sociedad Futura Bogotá Ambiental S.A. E.S.P (AZ 2, folio 306 a 315).</p> | <p>Argumentó que tras la Adenda 8 se eliminó el tope de 10% accionario a entregar a las referidas organizaciones. Por eso, se generaron situaciones discriminatorias al permitir que los empresarios ofertaran porcentajes abismales según la rentabilidad de cada ASES. Concatenado a esto, apuntó que a su juicio “(...) <i>si constituiría una acción afirmativa (...) establecer la obligatoriedad para los proponentes de ceder un porcentaje X, igual para todas las ASE, a las organizaciones de recicladores, que por más, deben incluir a toda la población que se busca proteger. Así mismo, <u>consideramos de suma importancia restablecer criterios razonables para el ofrecimiento de porcentajes a los recicladores de segundo nivel en la participación de la sociedad concesionaria, a fin de evitar que se realicen ofrecimientos de porcentajes que pongan en peligro la prestación del servicio público de aseo (...)</u>” (AZ 2, folio 310). Aseguró que al permitir el ofrecimiento de porcentajes accionarios irrazonables, se hicieron inviables económicamente las sociedades concesionarias. Esto, a su vez cuestiona la viabilidad futura de las pretendidas acciones afirmativas, pues “(...) <i>contraviene el principio de la continuidad en la prestación del servicio público y por tanto, afecta los derechos ofrecidos a los recicladores</i>” (AZ 2, folio 310). <u>Sobre lo anterior, enfatizó que tal Adenda fue introducida a escasos cuatro (4) días hábiles del cierre de la licitación, lo cual “(...) muestra que la UAESP no analizó los efectos materiales negativos que, frente a la acción afirmativa de dar porcentajes a los recicladores de segundo nivel en la participación de la sociedad concesionaria, podría tener el hecho de no poner un límite razonable a tales ofrecimientos” (AZ 2, folio 311). En este sentido, expuso que no resulta lógico que quienes deben responsabilizarse por el 100% de la operación, se desprendan de sumas como el 71%, el 49%, el 46% o el 45% de las acciones</u> (AZ 2, folio 311). De contera, la inviabilidad financiera de la concesión, afectaría principios de la Ley 142 de 1994, como la continua e interrumpida prestación del servicio. De otro lado, señaló que de poderse cumplir las prometidas utilidades, sería necesario cuestionar la fórmula tarifaria existente. Esto, en razón a que según lo previsto por la Ley 142 de 1994, la tarifa permite amortizar los costos de inversión, los gastos de operación, así como la obtención de utilidades. Sin embargo, deben ser razonables y no desproporcionadas. Asunto que cuestionó con el otorgamiento de porcentajes de utilidades que rondan entre el 45% y el 71%. Así las cosas, “(...) <u>el ofrecimiento de tales porcentajes de las utilidades a las asociaciones de recicladores pone en “jaque” la</u></i></p> |

| | |
|---|--|
| | <p><i>estabilidad del sistema tarifario de las basuras en Bogotá</i>, pues pondría en evidencia que la tarifa actual está incorrectamente calculada, [ya que] con su recaudo no solo le permite a los socios inversionistas recuperar su inversión y hacer una utilidad razonable, sino que además da para que un tercero, no inversionista, no operador, no expuesto al riesgo contractual, se lleve porcentajes significativos del beneficio económico de la concesión” (AZ 2, folio 314). Adicionalmente, si las tarifas son injustas, se estarían vulnerando derechos colectivos y cabrían las acciones populares correspondientes. A su parecer, serían acciones afirmativas aquellas que delimitaran el porcentaje accionario para las organizaciones de segundo nivel, tal y como estaba previsto antes de la Adenda 8. (p. 49)</p> <p>Igualmente, afirmó que a las organizaciones de recicladores de segundo nivel se les ofrecerá un porcentaje de participación en las utilidades equivalente al 9% tratándose de las ASE 1, 2, 4, 5 y 6. En la ASE 3, se les ofrece a las organizaciones de recicladores un 5% en la participación de las utilidades. En ambos casos, la distribución de utilidades se hará anualmente, acorde con lo establecido en el pliego de condiciones, salvo que la junta directiva opte por distribuir utilidades semestralmente.</p> |
| <p>FEMSO de Colombia (AZ 2, folio 316 a 328).</p> | <p>Alegó que no existen elementos prácticos para verificar que los porcentajes accionarios otorgados por los oferentes sean materialmente alcanzables. Máxime si se tiene en cuenta que tales organizaciones no asumen ningún riesgo, responsabilidad frente a la UAESP, inversiones o deudas.</p> |
| <p>Consorcio Lime (AZ 4, folio 5 a 18).</p> | <p>El Consorcio LIME señaló que, en materia de distribución de utilidades, las empresas de servicios públicos se rigen por las normas del Código de Comercio referentes a las sociedades anónimas. Con todo, “(...) en relación con los accionistas de industria, las utilidades generadas durante el período de concesión (8 años), se dividirán o repartirán de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones (...), a cuyo tenor, de las utilidades generadas cada año se repartirá inicialmente ‘antes de reservas’, la parte que corresponda a los accionistas de industria, en el porcentaje asignado en cada Área de Servicio Exclusivo, ASE a las organizaciones de recicladores de segundo nivel, y, posteriormente, el remanente susceptible de distribución se repartirá a los accionistas capitalistas” (AZ 5, folio 272).</p> |
| <p>Promesa de Sociedad Futura “Promoambiental Distrito S.A.S. ESP (AZ 4, folio 39 a 43).</p> | <p>Recordó los ofrecimientos elaborados por Proambiental, que redundan en participación accionaria entre el 18.36% y el 20% como socios de industria. Esto implica el derecho de los recicladores de participar en utilidades, así como el beneficio de recibir esos porcentajes cuando la sociedad sea liquidada. Por lo demás, asistirán con derecho a voz a las reuniones de la asamblea de accionistas.</p> <p>Por otra parte, adujo que durante los ocho (8) años de prestación del servicio de aseo las utilidades se repartirán conforme a la proporción de participación de todos los accionistas. Como quiera que ellos ofrecieron entre el 18.36% y el 20% de acciones, ese será el monto que corresponda a las organizaciones de segundo nivel, sin afectarlos con reservas y sin lugar a capitalización. (AZ 5, folio 160).</p> |
| <p>Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá DC (AZ 4, folio 106 a 146)</p> | <p>Al momento de analizar las acciones afirmativas, debe constatarse “(...) si con las mismas se garantiza la forma de subsistencia de la población vulnerable dedicada a esta actividad (...)” (AZ 4, folio 108). Pues bien, a su parecer el mínimo de 5% de participación accionaria les permite ingresar en esquemas empresariales reales. Igualmente, señaló que “(...) bajo los requerimientos de la concesión,</p> |

| | |
|---|--|
| | <i>así como de los estatutos y la ley, adoptarán las determinaciones atinentes al reparto y distribución de utilidades, tanto en función de la participación en su capital de los socios o accionistas, así como de los titulares de aportes de industria” (AZ 5, folio 284).</i> |
| Aseo Capital, Unión Temporal (AZ 4, folio 147 – 155). | En cuanto a las utilidades, hizo mención a que dependerán de la aprobación de los estados financieros que efectúe la Asamblea de Accionistas y que, conforme con la licitación, deberán seguirse determinadas reglas para el pago de las mismas. Adicionalmente, expuso que el valor intrínseco de las acciones no se capitalizará, no harán parte del capital social y “(...) <i>la referencia al 5% del capital sirve para saber el valor de la empresa en el momento de la constitución y el momento de su liquidación</i> ” (AZ 5, folio 249). Por lo demás, si llegasen a haber pérdidas, conforme con el artículo 380 del Código de Comercio, las organizaciones no participarán en las mismas, dado que su aporte es de industria. (AZ 5, folio 250). |
| Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Limpio S.A. ESP (AZ 5, folio 223 a 235). | No hay elementos a destacar. |

El cuadro y las consideraciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones: 1. No existe actividad o trabajo material que se constituya en aporte de industria a remunerar mediante la participación ofrecida. 2. Las organizaciones de segundo nivel no estarían en condiciones de igualdad frente a la cesión de participaciones en la medida que unos concesionarios podrían empezar a redimir utilidades más pronto que otros (unos en el corto plazo, otros en el mediano plazo e incluso, las utilidades, podrían llegar a ser ínfimas o inexistentes).3. El margen de ganancias, de causarse, no implica que se aplique a verdaderas acciones dirigidas a la regularización de los recicladores informales o a contribuir para formalizar la cadena de aprovechamiento. 4. La participación accionaria, en este caso, sólo es un mecanismo destinado a otorgar puntaje dentro del proceso de calificación de las ofertas y no una acción afirmativa en favor de los recicladores de base.

76. De acuerdo con lo expuesto, el hecho de que las organizaciones de segundo nivel cuenten con participación accionaria en una sociedad comercial no permite afirmar que se está frente a empresarios de los servicios públicos complementarios de aseo, como lo afirman erróneamente varios oferentes.

La empresa es una unidad económica-social en la cual el capital, el trabajo y la dirección se coordinan para realizar una producción socialmente útil, de suerte que el empresario es aquella persona que de forma individual o colectiva fija los objetivos y toma decisiones sobre las estrategias, los medios y la forma de ejecutar su actividad social o materia de trabajo. En este caso, es claro que las organizaciones de segundo nivel ni tienen control sobre las actividades concesionadas -porque el mismo pliego limita la capacidad de voto-, ni aportan trabajo material al desarrollo del objeto social porque el aprovechamiento no está en cabeza de ellas sino en los recicladores de base, ni asume responsabilidad alguna derivada de la administración del negocio. Lo

anterior significa que son accionistas mas no empresarios, que es lo que se persigue con la acción afirmativa.

77.Finalmente, se extraña en el pliego la ausencia de negociaciones y acuerdos entre los socios de capital y los de industria, la cual tampoco se dio por consecuencia en la realidad. Cabe recordar que todos los oferentes sin excepción (ver anexo 2) afirmaron que no existió diálogo con las asociaciones de segundo nivel, pues los beneficios para los recicladores devenían exclusivamente delo ordenado en el pliego de condiciones.

Tal omisión, amén de representar un desconocimiento tajante del derecho a la libertad de empresa de los recicladores, repercutió en el incumplimiento de uno de los componentes centrales de las acciones afirmativas: la participación. Si este derecho se desconoce, se pregunta la Sala, ¿cómo puede otorgarsea estas organizaciones el carácter de asociaciones empresariales?

Sobre el punto cabe mencionar que en el Auto 268 de 2010, si bien se ordenó que los proponentes se asociaran con organizaciones de segundo nivel como un criterio habilitante, en ningún momento se les impuso agrupación alguna. Por el contrario, se les facultó para negociar con las cuatro organizaciones existentes en ese momento las condiciones de asociación. En efecto, en tal providencia se expuso: “(...) *Como quiera que los proponentes han vinculado a asociaciones de base y les han otorgado una participación accionaria, pueden cumplir lo anterior con las organizaciones de segundo nivel en las cuales aquellas se encuentren coaligadas. En este sentido, los proponentes actuales podrán modificar sus ofertas, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la expedición de la adenda, conforme a lo ordenado en el presente Auto (...). La Corte estima que este término es suficiente para que se pongan en contacto con las diferentes organizaciones de segundo nivel existentes en Bogotá y lleguen a un acuerdo con ellas para cumplir con los nuevos criterios habilitantes, así como con los de calificación” (subrayas fuera del original).*

Por lo demás, incluso las pretendidas utilidades ofertadas por los proponentes, que no en pocos casos superan el 20% de las ganancias llegando hasta el 71%, obligan a la Sala a elevar serios cuestionamientos. Pues bien, muchos de los intervinientes alegaron la ausencia de reglas claras en torno a la repartición de tales utilidades, que tendrán como consecuencia – en la práctica – que sólo algunos vean los frutos económicos de tales medidas.

Para la Sala es claro, además, que al menos un elemento resulta evidente: la repartición en partes iguales de las ganancias entre las organizaciones de segundo nivel que hayan sido favorecidas con la asignación del ASE respectivo, sin que importe el número de miembros que ellas tengan. Tal condición se estableció mediante la Adenda 8. Con respecto a ella, es importante enfatizar que esta modificación al pliego de condiciones se efectuó con posterioridad al sorteo de las asociaciones, pues este último se adelantó el veinte (20) de junio de dos mil once (2011) (AZ 2, folio 183, respaldo), mientras que la referida adenda fue expedida - según la Veeduría Distrital (AZ

2, Folio 161) - el veintidós (22) de julio de dos mil once (2011). Precisamente, el cambio efectuado radicó en la repartición de las posibles acciones, dado que - en un principio - se contemplaba que serían adjudicadas proporcionalmente al número de asociados de las organizaciones de base^[1], mientras que con la mentada Adenda – como ya se indicó – tal división se haría por partes iguales.

Así las cosas, sin importar el número de afiliados, las organizaciones recibirán los mismos beneficios. Por ello, esta medida no puede contemplarse como un incentivo al fortalecimiento de las asociaciones existentes sino como una disposición que, amén de ser cuestionable por el momento posterior al sorteo en el que fue adoptada, incidirá en el número de asociados de las más grandes organizaciones. Lo anterior, dado que, en caso de que las utilidades de las asociaciones de segundo nivel fueran repartidos entre los miembros de las organizaciones de base, aquellas que coaligaran a un menor número tendrían más que prorratear. Por lo mismo, se debilita a ciertas organizaciones de recicladores – las más antiguas y con mayor cantidad de afiliados – en beneficio de las más recientes, muchas de las cuales – tal y como se señaló – no tienen ni un año de constituidas.

Análisis del segundo nivel de protección propuesto por la UAESP: Entregar la actividad de recolección y transporte de material aprovechable que se presente separado por los generadores a los recicladores de oficio, asistido por los operadores del servicio de aseo.

78. Entra la Sala de Revisión a analizar el segundo nivel estructural anunciado acerca de las medidas de discriminación positiva concebidas por la UAESP en el pliego de licitaciones bajo estudio, esto es, si el hecho de que la actividad de aprovechamiento que se prevé sea adelantada directamente por parte de la población de recicladores de base responde a los criterios originalmente señalados por la Corte en sus diferentes providencias. A continuación, se precisará lo señalado por el pliego de condiciones y sus anexos:

79. De conformidad con el pliego de condiciones elaborado por la UAESP para la Licitación Pública 001 de 2011, las condiciones de participación de los recicladores de base, se sintetiza de la siguiente manera:

79.1 El objeto de la Licitación Pública 001 de 2011, prevé que *“La presente licitación no contempla exclusividad para las actividades de recolección y transporte de material reciclable que sea presentado en forma separada por los generadores, ni tampoco contempla exclusividad alguna para las actividades de aprovechamiento”* (AZ 1, folio 8)

79.2 Es así como respecto al aprovechamiento, el pliego estableció lo siguiente:

“el puntaje asignado a este ítem es de 50 puntos.

Actualmente, Bogotá tiene una cobertura aproximada de 32% de usuarios del servicio de aseo cubiertos por las rutas de reciclaje, en el marco de las

acciones adelantadas con el fin de incentivar las actividades de reciclaje por parte de los usuarios del servicio.

Para este componente el puntaje se asignará a la propuesta que ofrezca el mayor porcentaje de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de la respectiva ASE, partiendo como mínimo de la cobertura actual de 32% la cual debe garantizarse obligatoriamente.

Los cincuenta puntos correspondientes a este ítem, se distribuirán y asignarán calificando aquellos proponentes que ofrezcan la mayor cobertura de usuarios en el menor tiempo, de la siguiente manera:

Se asignarán 30 puntos a la propuesta que ofrezca mayor porcentaje acumulado de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de su respectiva ASE, durante el primer año, contado a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de transición. A los demás se les aplicará una regla de tres simple directa.

Se asignarán 10 puntos más a la propuesta que ofrezca el mayor porcentaje acumulado de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de su respectiva ASE durante el segundo año. A los demás se les aplicará una regla de tres simple directa.

Se asignarán 5 puntos más a la propuesta que ofrezca el mayor porcentaje acumulado de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de su respectiva ASE durante el tercer año. A los demás se les aplicará una regla de tres simple directa.

Se asignarán 5 puntos más a la propuesta que ofrezca el mayor porcentaje acumulado de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de su respectiva ASE durante el cuarto año. A los demás se les aplicará una regla de tres simple directa.

El proponente deberá presentar en su oferta, además del porcentaje de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje, para cada uno de los cuatro primeros años, contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de transición, partiendo como mínimo de la cobertura actual existente de 32%, la cual debe garantizarse obligatoriamente, el plan de trabajo para adelantar a efectos de la implementación de las actividades de fortalecimiento y formalización de la recolección de material potencialmente aprovechable, en los términos establecidos en el ANEXO 21. INCLUSIÓN DE LA POBLACIÓN RECICLADORA.” (AZ 1, folios 55 a 56).

80. Por su parte, el Anexo 21 del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación 001 de 2011, indicó: (AZ 1, folio 60 a 62)

“La recolección de material potencialmente aprovechable estará a cargo de los recicladores de oficio ubicados en cada ASE, quienes continuarán ejerciendo su actividad en los territorios que actualmente lo hacen, independientemente de la participación accionaria que corresponda a la asociación de recicladores de segundo nivel a la que pertenezcan.

La recolección de material potencialmente aprovechable se realizaría a partir de la acera, mediante el sistema puerta a puerta, con las herramientas y dotaciones que serán provistas por los concesionarios del servicio de aseo a los recicladores de oficio ubicados en su (s) ASE (s) , de acuerdo con los

requerimientos específicos de cada ASE, y en los términos previstos más adelante.

El material que recojan los recicladores de oficio en los territorios que actualmente ocupan, será comercializado por ellos en las bodegas que escojan, y el valor de dicha transacción será de su propiedad”(subrayado y resaltado fuera de texto)

81. En relación con el Plan de Trabajo que deben entregar los operadores, el anexo 21, establece que:

“Los proponentes entregarán con la propuesta el plan de trabajo a adelantar a efectos de la implementación de las actividades de fortalecimiento y formalización de la recolección de material potencialmente aprovechable, que será realizada por los recicladores de oficio ubicado en la ASE respectiva, independiente de la asociación de segundo nivel a la que pertenezcan.

Dicho plan debe incluir la utilización de las bodegas del sector y, contener como mínimo:

- a) Diagnóstico de la actividad de recolección de material potencialmente aprovechable en el ASE.*
- b) Ubicación de los recicladores de oficio.*
- c) Estrategia para promoción de la afiliación de los recicladores de oficio en condiciones de vulnerabilidad, censados, que aún no estén afiliados a la asociación de segundo nivel.*
- d) Estrategia para el mejoramiento de las condiciones en las cuales se realiza la actividad de recolección de material potencialmente aprovechable en las ASE.*
- e) Estrategia para el incremento de recolección de material potencialmente aprovechable en el ASE.*
- f) Número de usuarios a ser beneficiado con la recolección de material potencialmente aprovechable.*
- g) Utilización de bodegas del sector.*
- h) Cantidad, especificaciones y momento de entrega de los equipos, dotaciones y demás apoyos que serán entregados a los recicladores de oficio para garantizar el cumplimiento de la cobertura de aprovechamiento de la propuesta”*

82. Por su parte, el Anexo 5 del Pliego de condiciones relativo al Reglamento Técnico Operativo estableció lo siguiente (AZ. 6 Folios 28 a 29):

“La recolección selectiva consiste en recoger separadamente diferentes fracciones de los residuos sólidos con el fin de reciclarlos. La recolección selectiva y el reciclaje permiten ahorrar recursos escasos y parte de la energía necesaria para la fabricación de los productos a partir de materias primas vírgenes.

La recolección selectiva estará a cargo de los recicladores de oficio en cada ASE, *quienes continuaran ejerciendo su actividad en las zonas de la ciudad que actualmente lo hacen, de acuerdo con la información del censo de recicladores del distrito, independientemente de la asociación de recicladores de segundo nivel a la que pertenezcan.*

La recolección selectiva de residuos se realizará a partir de la acera, mediante el sistema puerta a puerta, garantizando la cobertura mínima

propuesta por cada concesionario en su oferta a partir de los equipos y dotaciones que serán provistos por el concesionario del servicio a los recicladores. Son objeto de este componente todos los residuos sólidos potencialmente aprovechables, inorgánicos, secos, no peligrosos, separados por los usuarios y presentados de manera separada.

Por su parte los concesionarios están obligados de acuerdo con los pliegos de condiciones y correspondiente propuesta presentada, de proporcionar a los recicladores en su ASE, de la dotación, uniformes, equipos y vehículos necesarios para que esta actividad se realice en mejores condiciones de reconocimiento, formalización, participación, inclusión social del gremio de los recicladores.

En cualquier caso, la dotación y herramientas que el operador proporcione a los recicladores de oficio, deberán cumplir con las especificaciones técnicas mínimas de producto establecidas en este documento, y deberán ser seleccionados en función de los siguientes principios rectores:

- *Diseño ergonómico*
- *Bajo peso*
- *Fácil operación*
- *Capacidad de carga adecuada a las capacidades humanas y a las necesidades de la ciudad*
- *Garantizar las mejores condiciones de seguridad posibles*
- *Promoción de tecnologías verdes*
- *Acoger las disposiciones en cuanto a imagen e identidad visual de la establecida por la Unidad, de manera que todos los elementos contemplados o contenidos cumplan con los lineamientos del Distrito Capital.”*

Análisis del contenido de los pliegos.

83. De acuerdo con lo transcrito puede concluirse lo siguiente:

83.1. Las labores de reciclaje y aprovechamiento están sometidas al esquema de libre competencia y no se encuentran sujetas a las restricciones que impone el sistema de áreas de servicio exclusivo.

83.2. Las labores de recolección selectiva y transporte de material aprovechable que se presenten en forma separada por los generadores pasa a estar en cabeza de los recicladores de oficio.

83.3. Los operadores deben en todo caso asegurar una cobertura mínima obligatoria de las rutas de reciclaje del 32%, aunque no sean éstos los directos obligados a operarlas.

83.4. El pliego otorga hasta 50 puntos a los operadores que oferten mayor porcentaje de cobertura, por encima del 32%, a cargo de los recicladores y mayor duración de cobertura a partir de la terminación de la fase de transición que, se define en el numeral 2.12 como un período de seis (6) meses de ejecución de los contratos de concesión durante los cuales se realizarán los ajustes operativos y técnicos para la prestación de los diferentes componentes de su servicio, (AZ1 Folios 70 a 73).

83.5. Se estructura en cabeza de los operadores la obligación de establecer planes de trabajo con los recicladores de su ASE, dirigidos a asegurar los porcentajes de cobertura, así como dotar de uniformes, botas y carros de tracción humana a esta población.

84. Como se puede evidenciar, los pliegos diferencian el servicio de recolección y transporte de residuos no separados que realizan los operadores tradicionales en zonas de servicio exclusivo, de la recolección y transporte de residuos aprovechables que se presenten en forma separada por los generadores en un esquema de libre competencia.

Desde ese punto de vista, se podría pensar que se incluye un avance de naturaleza conceptual, en la medida en que como la afirma la UAESP y se deduce de los pliegos, esta última actividad se radicaría, ya no de manera informal sino formal, en cabeza de los recicladores, al punto que ya no habría una distinción entre la rutas formales de reciclaje que en la actualidad operan los concesionarios y las rutas informales que cubren los recicladores, pues toda la actividad estaría de manera “formal” en cabeza de este grupo marginal.

85. Si se tiene en cuenta que el fin de las acciones afirmativas que se demandan, no es otro que el que la operación del servicio público complementario de aprovechamiento esté en cabeza de sus destinatarios naturales -los recicladores-, este podría ser tenido en principio como una formal acción afirmativa. Sin embargo, la eficacia de la medida radica en que este grupo se encuentre materialmente preparado para asumir la operación del servicio. De lo contrario, este cambio de paradigma no tendría ninguna repercusión desde el punto de vista práctico, pues sin la adecuada organización y logística este grupo marginal seguirá realizando su labor sin que se aprecien cambios significativos más allá de que no tendrán la presión de la competencia que implican las rutas formales de reciclaje operadas por los concesionarios –aunque sí la del paso de los camiones recolectores en su labor en la acera= y, que contarán con uniformes, botas y carros de tracción humana que faciliten su trabajo.

Se debe también agregar que, como se verá a continuación, aún en la hipótesis en la cual se pudiera considerar que allí se contempló una acción afirmativa, el esquema desarrollado por la licitación entra en franca contradicción con la posibilidad de que se incremente el reciclaje puesto que si los concesionarios tuvieran interés en incrementarlo –lo cual es en suma dudoso porque sus ganancias provienen del peso recogido y porque se estará en competencia con los recicladores de oficio-, quienes en realidad lo realizarán –los recicladores de oficio- no tienen vínculo jurídico alguno con el concesionario.

El modelo de licitación propuesto por la UAESP plantea, en el Anexo 21, se recuerda, que la recolección de material potencialmente aprovechable “(...) *estará a cargo de los recicladores de oficio ubicados en cada ASE, quienes continuarán ejerciendo su actividad en los territorios que actualmente lo hacen, independientemente de la participación accionaria que corresponda a*

la asociación de recicladores de segundo nivel a la que pertenezcan (...)” (AZ 1, folio 60, respaldo). Por lo mismo, no existe una relación de coordinación necesaria entre las organizaciones de segundo nivel que habrán sido asignadas a las áreas de servicio exclusivo mediante el sorteo y aquellas organizaciones de base – o recicladores no coaligados – que efectivamente trabajan en las ASEs.

86. Así las cosas, la Sala observa que no existen mecanismos que aseguren que los recicladores de oficio efectivamente recojan el material potencialmente aprovechable que los usuarios presenten en las aceras. Esto, por cuanto el contrato que llegare a celebrarse con los proponentes seleccionados – asociados con las organizaciones de segundo nivel – no obligará a los recicladores de oficio a prestar el componente de la recolección de los materiales potencialmente aprovechables del servicio público de aseo.

87. En ese orden, percibe la Sala de Revisión que esta medida no viene acompañada de herramientas que aseguren su eficacia. De allí, que la Sala de Revisión la encuentre ineficaz, por las siguientes razones:

87.1. No se asegura que los usuarios del servicio público de aseo presenten de manera separada sus residuos. Gran parte del éxito de la medida contemplada en el pliego de condiciones requiere de una política seria en materia de separación en la fuente. Sin ella los recicladores seguirán avocados a meter sus manos en los contenedores de basura mezclada y sin separación y, en consecuencia, seguirán compitiendo con los grandes operadores por los mismos residuos.

87.2. No existe regulación o modelo que asegure que los usuarios del servicio público de aseo presenten de manera separada sus residuos, ni siquiera medidas escalonadas dirigidas a este fin, dado que gran parte del éxito de la medida contemplada en el pliego de condiciones, requiere de acciones concretas de separación en la fuente. Tampoco el Plan de Trabajo que debe elaborar el operador garantiza que la separación efectivamente se materialice, pues no existe ningún tipo de control por parte de la UAESP sobre el mismo y, en últimas, éste carece de poder vinculante frente a los usuarios y a los recicladores. En efecto, si bien en caso tal la administración podría utilizar poderes contractuales para concretar el amplísimo contenido obligacional que deriva del plan de trabajo, lo cual de por sí faltaría de elementos que permitan su eficacia como corresponde a una medida de discriminación afirmativa, el hecho es que frente a los recicladores de oficio no existe la posibilidad jurídica de que sean obligados.

Sin medidas de separación en la fuente concretas o escalonadas, se reitera, los recicladores seguirán avocados a meter sus manos en los contenedores de basura mezclada y sin separación para obtener el material aprovechable y, en consecuencia, seguirán compitiendo con los grandes operadores por los mismos residuos.

Con ello se omite el cumplimiento de un criterio propio de las acciones afirmativas, según el cual los recicladores deben acceder de manera cierta y segura a los residuos sólidos potencialmente aprovechables y, de ser posible, incluir valor agregado a la actividad de la cual derivan su sustento.

87.3. No se establece en el pliego un proceso progresivo dirigido a la normalización de la población recicladora de oficio, de tal forma que pueda prestar de manera organizada y coordinada el servicio público complementario de aseo en el componente de aprovechamiento -que incluye la recolección, transporte, tratamiento y uso de residuos-.

Es preciso recordar que la prestación del servicio público de aseo en cualquiera de sus componentes, requiere en los términos de la Ley 142 de 1994, que se realice a través de un operador autorizado e inscrito. De esta manera, la entrega oficial de la operación del servicio de recolección y transporte de material aprovechable en la ciudad a los recicladores, exige como medida mínima que se establezcan metas claras y paulatinas para alcanzar este propósito en el corto plazo. De lo contrario, no será posible ejercer control sobre la prestación efectiva de este servicio público que, entre otras cosas, opera bajo la modalidad de libre competencia.

Así, nada garantiza el cubrimiento efectivo de las rutas de reciclaje por parte de esta población como tampoco la calidad y frecuencia del servicio, pues se recuerda que por vía contractual el único obligado a garantizar cobertura es el operador, aspecto que cuestiona la racionalidad de la medida como criterio afirmativo.

87.4. Se observa la ausencia de remuneración formal del servicio público de recolección y transporte de residuos aprovechables que se radica en cabeza de los recicladores, vía tarifa o a través de un sistema de precios. Ello por cuanto si bien la metodología tarifaria prevista en la Resolución CRA 351 de 2005, consideró el aprovechamiento como un incentivo para los usuarios dentro del componente de disposición final, dirigido a que disminuya la tarifa a partir del cálculo de un porcentaje de reducción de residuos por efecto del aprovechamiento cuyo costo *“será igual al valor que genera indiferencia en el costo de disposición final al suscriptor, ajustado por las diferencias generadas por concepto de tramo excedente”*, lo cierto es que el servicio de recolección y transporte como componente tarifario es inexistente. Al trasladar la prestación de este servicio al reciclador no se consagra ninguna remuneración vía tarifa, como tampoco la obtendrá para efectos de formalizar su actividad de la comercialización de los residuos, en la medida que no existe un sistema de precios unificado en los centros de acopio.

87.5. No existen razonablemente centros de acopio y recepción del material reciclable, cercanos a los sitios de recolección, y los vehículos de tracción humana no son idóneos ni eficaces para el transporte de residuos en trayectos largos, si se tiene en cuenta que muchas áreas no cuentan con centros de reciclaje y los existentes se ubican en zonas que demandan largos desplazamientos.

Las carencias anteriores no son nuevas pues, en efecto, de acuerdo con el Informe de la Contraloría de Bogotá, elaborado para la vigencia de dos mil cinco (2005), titulado: “*Análisis y Evaluación al manejo, estabilidad y vida útil del Relleno Sanitario Doña Juana, proyecto de Biogas y Parques de Reciclaje*”, se dejó constancia del repetido incumplimiento del Distrito desde el año 2001, respecto de la creación de seis (6) parques de reciclaje, de los cuales a 2011, sólo uno (1) se encuentra en funcionamiento. (AZ 3, folios 289 a 298).

Por otro lado, el efecto del Decreto 456 de 2010 fue la disminución de los centros de acopio de la ciudad que se redujeron a 66, esto es 1 por cada 112.000 habitantes aproximadamente⁵³. Esta cifra demuestra la desproporción que existe entre la obligación de alcanzar una cobertura del 100% de recolección y transporte de material aprovechable en una ciudad con \$7.300,000 habitantes, si se tiene en cuenta que sólo funciona un parque de reciclaje y 66 centros de acopio.

Así las cosas, resulta imposible que los recicladores, ante la ausencia de centros de acopio cercanos y debidamente adecuados puedan prestar el servicio de manera inmediata. Es más, en la práctica y por lo mismo, la afiliación de los usuarios a las rutas selectivas no conllevará un beneficio ambiental del aprovechamiento por imposibilidad material de su ejecución.

88. Lo anterior demuestra que la política pública por parte del Distrito debe orientarse precisamente a que esta formalización encuentre bases sólidas; sin embargo, el pliego parece disolver esta responsabilidad en los operadores del servicio público de aseo a quienes traslada la carga de realizar un Plan de Trabajo con los recicladores de oficio para que estos asuman la prestación del servicio, planes que pueden resultar óptimos, pero también de mediana a baja calidad en la medida que no se exigen estándares mínimos ni se establecen aspectos por lo menos medibles y verificables por parte de la UAESP.

89. Aunque el pliego anuncia para efectos de otorgar el puntaje, un período de transición, aparentemente entre la operación de rutas formales por los concesionarios y la operación de las mismas por parte de la población recicladora, no se define ni cualitativa ni cuantitativamente dicho período. Sin embargo, el mismo resulta necesario para que los usuarios beneficiarios de las actuales rutas formales de aprovechamiento no vean lesionados sus intereses, por los cuales pagan una contraprestación, de forma que no se desarticule el sistema de multiusuarios.

90. De otra parte, la licitación establece una obligación directa al concesionario de asegurar una cobertura de rutas de reciclaje por lo menos igual al 32% en cada ASE. No obstante, en él no recae la obligación de prestar el servicio de recolección y transporte de material aprovechable que se

⁵³ Cifra que se obtiene si se divide el número de habitantes de Bogotá, que según el DANE es de 7.363.782 personas a 2005, en el número de centros de acopio regulados por el referido decreto. Al respecto ver: DANE, “*Boletín Censo General 2005*”.

presente separado por el generador ya que éste se traslada al reciclador de oficio.

En ese orden ¿cómo pueden garantizar los concesionarios que unos terceros (recicladores) no vinculados por el contrato de concesión, aseguren una cobertura mínima de 32% en su ASE en cuanto a rutas de reciclaje? Lo anterior se muestra al menos problemático si se tiene en cuenta que este porcentaje de 32% para toda la ciudad lo garantizaban actualmente cuatro operadores -Ciudad Limpia, Aseo Capital, Lime y ATESA-, a través de siete (7) frecuencias semanales, en setenta y tres (73) micro rutas, para las seis (6) ASEs, mediante la utilización de seis (6) carros de tracción mecánica destinados especialmente para tal fin (AZ 5, folio 332).

Adicional a ello, el que se amplíe la cobertura de rutas en la ciudad no es sinónimo de mayor recolección de residuos aprovechables. De hecho, según el estudio realizado por la Universidad Javeriana, los recicladores recogen al menos 1200 toneladas al día de material reciclable *“es decir que [sus] rutas informales de reciclaje operan por fuera de todo contrato de recolección y transporte para eliminación por aprovechamiento industrial del 27% de las basuras que produce la ciudad, mientras que las rutas formales [de reciclaje] de los concesionarios operando bajo contrato solo recogen el 3%.”* (AZ 5, folio 330).

De allí que el aumento de cobertura de rutas no asegura para nada que los recicladores incrementen su acceso actual al material aprovechable, pues el verdadero acceso se garantiza con medidas que aseguren la separación en la fuente. De lo contrario tendremos dos operadores persiguiendo un mismo material, ello por cuanto una cosa es aumentar la cobertura y, otra muy distinta, aumentar la recolección de material aprovechable.

91. En este sentido, los pliegos de condiciones le imponen a los recicladores de oficio unas obligaciones sin ser sujetos vinculados contractualmente por virtud de la concesión, con la dificultad de que ni siquiera se encuentran censados o identificados en cada ASE. El siguiente cuadro revela los problemas existentes frente a las rutas de reciclaje y la apreciación que operadores y recicladores tienen de ellas:

| Oferentes | |
|--|---|
| Unión Temporal Cavo Vigía (AZ 2, folio 227 a 231) | En lo que se refiere al funcionamiento de la ruta de reciclaje, explicó que se trata de una ruta establecida por la UAESP, realizada por el operador del Servicio de Aseo y <i>“(…) definida como la forma en la cual el operador recoge el material reciclable separado previamente en los hogares”</i> (AZ 5, folio 314). En cuanto a la frecuencia, señaló que la ruta de recolección selectiva es un servicio que se brinda una vez por semana en menos de la mitad de la ciudad. |
| ATESA Siglo XXI S.A.S. E.S.P. (AZ 2, folio 232 a 235) | La ruta de reciclaje es en sí misma una acción afirmativa, dado que contempla un plan operativo con un itinerario preciso y definido. Sobre el tema |

| | |
|--|---|
| | de la ruta de reciclaje y su relación con los usuarios y con los recicladores, sostuvo que los primeros serán los encargados de presentar el material debidamente separado y que los recicladores lo recolectarán “(...) <i>con los apoyos, dotaciones y equipos que los operadores hemos ofrecido dentro de las ofertas presentadas</i> ” (AZ 5, folio 294). |
| Promesa de Sociedad Futura ASEO Bogotá (AZ 2, folio 236 a 237). | Aseo Bogotá relató la manera cómo funciona hoy en día la recolección del material potencialmente reciclable “ <i>Una vez que el concesionario realiza la recolección del material recuperable, debe tenerlo en el centro de reciclaje o centro de acopio asignado, cumpliendo la ruta de recolección selectiva</i> ” (AZ 5, folio 303). |
| Unión Temporal Gestión Ambiental (AZ 2, folio 238 a 253) | No aportó elementos relevantes. |
| Promesa de Sociedad Futura IPSUM (AZ 2, folio 254 a 265). | Manifestó que en razón a que se darán 50 puntos por tal concepto, se generó un incentivo “(...) <i>para que los proponentes aumenten considerablemente el porcentaje de aprovechamiento (...) [Esto se consolida como una] acción afirmativa de la UAESP plasmada en el Pliego de Condiciones (...) para aumentar de forma significativa la cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de la respectiva ASE (...)</i> ” (AZ 2, folio 260). Por ello, 10 de los 13 proponentes ofertaron aumentar tal cobertura a un 100% de usuarios. Frente a la ruta de reciclaje, mencionó que está destinada a la recolección de material potencialmente reciclable, que ha sido separado previamente en la fuente. Siendo la cobertura actual equivalente al 32% de usuarios y esperando que sea ampliada al 100%. |
| Consorcio CONAMBIENTALES y Unión Temporal ASEO Triple A (AZ 2, folio 266 a 268) | Con respecto a la ruta de reciclaje, se limitó a mencionar aspectos contemplados en el anexo 5 del pliego de condiciones. Con respecto a la ruta de reciclaje, se limitó a repetir lo contemplado en el Anexo 21 del pliego de condiciones y expresó que la relación con el usuario se da cuando éste presenta los materiales potencialmente aprovechables. Por su parte, la vinculación con los recicladores se da cuando estos recogen dichos residuos. |
| Proponente Plural conformado por Ciudad Limpia Bogotá y otros (AZ 2, folio 269 a 299) | Manifestó que “ <i>la ruta de reciclaje planteada en el pliego de condiciones, hace referencia a la que realizará el reciclador asociado, el cual tendrá una dotación suministrada por el operador de aseo, el (sic) realizará un recorrido libre, es decir, no necesariamente en el ASE asignada a su asociación (...)</i> ” (AZ 5, folio 204). |
| Promesa de Sociedad Futura Bogotá Ambiental S.A. E.S.P (AZ 2, folio 306 a 315). | La ruta de reciclaje es un recorrido que hace un vehículo lentamente “(...) <i>mientras los recicladores realizan la evacuación de los residuos puerta a puerta hasta completar la capacidad del vehículo o finalizar el</i> |

| | |
|---|--|
| | <p><i>recorrido</i>”(AZ 5, folio 258). Se agregó que “(...) <i>la ruta de reciclaje será atendida exclusivamente por los recicladores de cada una de las ASE mediante el uso de vehículos de tracción humana y los vehículos que oferte el operador</i>” (AZ 5, folio 258).</p> |
| <p>FEMSO de Colombia (AZ 2, folio 316 a 328).</p> | <p>No manifestó elementos relevantes.</p> |
| <p>Consortio Lime (AZ 4, folio 5 a 18).</p> | <p>Expuso que en un principio se había contemplado que la sostenibilidad financiera de la ruta de reciclaje estaría a cargo de las organizaciones de segundo nivel de cada una de las ASEs, mientras que sería responsabilidad de los proponentes entregar los suministros de equipos y vehículos necesarios para la operación inicial de la misma. No obstante, la versión final del pliego contempló como una obligación del proponente “(...) <i>mantener el porcentaje de cobertura ofertado una vez se entregue el manejo de la RDR [Ruta de Recolección]</i>” (AZ 4, folios 9 a 10). Ahora bien, lo anterior genera problemas, pues esa ruta estará a cargo de los recicladores, frente a los cuales no existen garantías del cumplimiento total de esta actividad. Por lo mismo, los porcentajes ofertados por los diferentes proponentes, que incluso llegaron al 100% en el primer año, son ilusorios y muy probablemente imposibles de materializar. Sumado a esto, enfatizó que “(...) <i>esta situación traerá como consecuencia la posible imposición de multas contractuales al concesionario, frente al incumplimiento de actividades que no podrá cumplir o sanear, por depender de [los recicladores]</i>” (AZ 4, folio 10). En cuanto a la definición y funcionamiento de las rutas de reciclaje, el Consorcio realizó una transcripción de un fragmento del Anexo 1 del Reglamento Técnico Operativo que determina lo que se entiende por ruta de reciclaje para después concluir, a partir de allí, que “(...) <i>corresponde a los recicladores y recuperadores recoger el material potencialmente aprovechable; a los generadores de los residuos o usuarios del servicio seleccionar previamente dicho material potencialmente aprovechable y a los concesionarios del servicio de aseo suministrar a los primeros los vehículos (de tracción manual o automotor), equipos, dotaciones y uniformes durante el primer año de operación</i>” (AZ 5, folio 271).</p> |
| <p>Promesa de Sociedad Futura “Promoambiental Distrito S.A.S. ESP (AZ 4, folio 39 a 43).</p> | <p>Sobre la Ruta de Reciclaje, mencionó que se trata de recorridos que efectúan los recicladores, recogiendo el material potencialmente aprovechable. Para ello, contarán con equipos e implementos suministrados por los concesionarios. Existe, igualmente, una relación directa entre los usuarios y esta ruta, dado que el éxito de las mismas depende de la separación en la fuente.</p> |

| | |
|--|--|
| | Concluyó enfatizando que “(...) <i>la ruta de recolección selectiva es una actividad directa a cargo de la población recicladora de oficio</i> ” (AZ 5, folio 159). |
| Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá DC (AZ 4, folio 106 a 146) | Existen localidades donde actualmente no hay rutas de selección, por lo que de ser adjudicataria del contrato se compromete a ampliar la cobertura. La ruta de reciclaje se refiere, según RBL Bogotá, a “(...) <i>aquel sector a atender con unidades especializadas tipo furgón y con horarios y frecuencias preestablecidas en los cuales se llevará a cabo la recolección de los materiales potencialmente aprovechables</i> ” (AZ 5, 283). Agregó RBL Bogotá que las rutas de reciclaje serán reforzadas por los recicladores que “ <i>serán dotados con carros de tracción manual para recorrer la zona</i> ” (AZ 5, folio 283). |
| Aseo Capital, Unión Temporal (AZ 4, folio 147 – 155). | Frente a la ruta de reciclaje, al igual que otros proponentes, trajo a colación que se encuentra definida en el numeral 6.17 del Reglamento Técnico y Operativo de la Licitación 001 de 2011.. Para esta actividad, los concesionarios deberán entregar dotaciones, equipos y vehículos. “(...) <i>En cualquier caso, la dotación y herramientas que el operador proporcione a los recicladores de oficio, deberán cumplir con las especificaciones técnicas mínimas de producto establecidas en [el reglamento técnico operativo]</i> ” (AZ 5, folio 245). |
| Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Limpio S.A. ESP (AZ 5, folio 223 a 235). | En relación con las rutas de reciclaje, mencionó – al igual que los otros proponentes– que implica la recolección de residuos previamente seleccionados y que en la actualidad esta actividad en Bogotá la desarrollan los operadores del servicio, pero gracias a la licitación pública 001 de 2011 estará a cargo de los recicladores. Sobre este punto, es importante resaltar que mencionó la obligación de los usuarios de separar en la fuente y el hecho de que si los recicladores recogen los materiales por su propia cuenta no se contabilizarán dentro de la tarifa de aseo. |
| Recicladores | |
| Asociación de Organizaciones de Reciclaje y Recuperación Ambiental (ARAMBIENTAL) (AZ 2, folio 329 a 336). | La ruta de reciclaje “ <i>se inició en el año 2006 en el mes de septiembre por iniciativa de la UAESP con llegada al CENTRO PILOTO DE RECICLAJE LA ALQUERÍA</i> ” (AZ 5, folio 416). A dicho centro, donde “ <i>se desarrollan principalmente actividades de selección, clasificación, beneficio, alistamiento y comercialización</i> ” (AZ 5, folio 416), solo llegan vehículos procedentes de la ruta de reciclaje que recolectan y transportan los residuos reciclables. Los residuos de orgánicos y sanitarios - residuos de rechazo - son evacuados en máximo 24 horas. Frente a la relación de los recicladores con la ruta de reciclaje, manifestó que el centro “La Alquería” es operado por la ARB, ARAMBIENTAL y la ARUB, organizaciones que constituyeron una Unión Temporal liderada por la Señora Nohra |

| | |
|---|---|
| | <p>Padilla quien también lidera la ARB. Esta organización, según ARAMBIENTAL, ha sido la más beneficiada a través de sus líderes, la Señora Padilla y el Señor Silvio Ruiz Grisales. Adicionalmente y siempre frente a la ruta de reciclaje, anotó que “(...) <i>la ruta recicladora en las ASES debe ser de los recicladores organizados y beneficiar a todas las personas vinculadas y no vinculadas, ya que los líderes de las organizaciones han aprendido que con el fortalecimiento empresarial y organizativo adquirido en estos procesos se encuentran preparados para dignificar el trabajo del reciclador</i>” (AZ 5, folio 417). (p. 68)</p> |
| <p>Federación sindical de Recicladores de Bogotá FEDARSIN (AZ 2, folio 370 a 383).</p> | <p>En cuanto al funcionamiento de la ruta de reciclaje y a la participación de los recicladores en ella, “<i>Si hablamos de la que existe actualmente, sabemos que ésta es manejada por los consorcios de basuras, donde recogen 3 veces por semana en las mismas rutas que tienen para las basuras, y su disposición final es el parque de La Alquería y sabemos que no hay participación del reciclador en esta ruta</i>” (AZ 5, folio 510). Anotó además que la administración de este centro de acopio está a cargo de una de las organizaciones participantes en la licitación 001 de 2011 que no habría permitido la inclusión de otras organizaciones de recicladores que igualmente participan en la licitación. Aunado a lo anterior, FEDARSIN agregó: “<i>Ahora, si mencionamos la ruta de reciclaje que está dentro de la licitación 001 de 2011, es de nuestro conocimiento por lo que hemos leído que sí se da participación a los recicladores pero no es algo que esté claro debido a las últimas modificaciones de esta licitación y a que no hay exclusividad para los recicladores ni las organizaciones que están participando</i>” (AZ 5, folio 510).</p> |
| <p>Confederación Ambiental Hagamos de Colombia un País Grande “Confederación Ambiental FUNCOLGRAN” (AZ 2, folio 398 a 425)</p> | <p>En lo relativo al funcionamiento de la ruta de reciclaje y la participación de los recicladores en ella, esta organización comentó que existe un centro de reciclaje localizado en el barrio La Alquería, en donde los recicladores de oficio realizan la separación y clasificación del material aprovechable. Dicho centro es administrado por la Unión Temporal conformada por tres organizaciones de recicladores de segundo nivel -ARB, ARAMBIENTAL y ARUB. Adicionalmente, informó que tratándose de la Licitación 001 de 2011 la ruta de reciclaje debe ser diseñada por las organizaciones de segundo nivel en acuerdo con los consorcios.</p> |
| <p>Federación de Recicladores Independientes de Colombia (FEDERINCOL) (AZ 3, folio 146 a 154)</p> | <p>La ruta de reciclaje es uno de los cuatro componentes del Programa Distrital de Reciclaje (PDR), programa que es coordinado por la UAESP y que consta de “(...) <i>dos componentes técnicos (ruta y parque de reciclaje) y dos sociales</i></p> |

| | |
|--|--|
| | <p><i>(separación en la fuente e inclusión de la población recicladora)” (AZ 5, folio 431). Añadió que “La ruta de reciclaje se implementó desde el año 2008 como un sistema a través del cual los operadores recogen el material reciclable previa separación en la fuente realizada por los ciudadanos en sus hogares” (AZ 5, folio 431). Por lo demás, el diseño y operación de la ruta corre a cargo de los concesionarios, quienes establecen las frecuencias y horarios. En directa relación con lo anterior, esta organización señaló que “Al igual que la ruta normal de recolección de residuos sólidos que pasa tres veces por semana recogiendo la “basura ordinaria”, la ruta de recolección selectiva es un servicio adicional que se presta por los operadores del servicio una vez por semana, únicamente para los residuos reciclables” (AZ 5, folio 432). Volviendo a la ruta de reciclaje, FEDERINCOL agregó que ésta no ha sido implementada por la UAESP en todas las localidades sino que abarca solo el treinta y tres por ciento (33%) de la ciudad; además no genera costos adicionales para el usuario puesto que éste servicio está incluido en la tarifa que paga por la prestación del Servicio Público de Aseo. También explicó que “Los residuos recolectados en la ruta de reciclaje son llevados al centro de reciclaje “La Alquería” en donde se almacenan y se clasifican de acuerdo a su tipo (plástico, cartón, metal y vidrio principalmente) para posteriormente ser comercializados” (AZ 5, folio 432).</i></p> |
| <p>FUNREDAMBIENTE (AZ 3, folio 255 a 261)</p> | <p>Frente a la pregunta que versa sobre el funcionamiento de la ruta de reciclaje – elevada en el Auto 189 de 2011 -explicó que “(...) está siendo manejada por los consorcios que prestan el servicio de aseo hoy por hoy, la realizan mediante campañas informativas a la comunidad y luego con un ruteo de vehículos motorizados que recogen el material reciclado y seleccionado por los usuarios de servicio público de aseo en sus casas, dicho material es entregado en el parque de reciclaje “LA ALQUERIA”, allí la Unión Temporal conformada por ARB, ARAMBIENTAL y ARUB lo clasifica y comercializa” (AZ 5, folio 568). En cuanto a la relación que tienen los recicladores con la ruta de reciclaje, señaló que “El material seleccionado por los usuarios en sus casas, recolectado por los consorcios y entregado a “LA ALQUERIA” lo recibe la Unión Temporal (ARB, ARAMBIENTAL y ARUB), es en estos momentos cuando algunos asociados de las tres organizaciones mencionadas realizan la clasificación del material, recibiendo por su trabajo un jornal establecido por la unión temporal y que fluctúa dependiendo de las políticas internas que ellos manejan” (AZ 5, folio</p> |

| | |
|--|---|
| | 568). (p. 79) |
| Asociación Colombina de Recicladores Independientes (ACOREIN) (AZ 3, folio 269 a 271) | No hay elementos relevantes a destacar. |
| Asociación de Recicladores Unidos por Bogotá (ARUB) (AZ 3, folio 309 a 311 y 388 a 391). | En cuanto al funcionamiento de la ruta de reciclaje, señaló que <i>“Funciona de dos maneras. La primera es la ruta que la UAESP llama informal que es realizada por los recicladores de oficio. Y la segunda la ruta selectiva realizada por los consorcios de aseo en diferentes puntos de la ciudad”</i> (AZ 5, folio 470). En la primera ruta los recicladores recuperan los residuos por las calles usando costales, triciclos y carretas de tracción animal entre otros. En cuanto a la ruta selectiva realizada por los consorcios de aseo, éstos <i>“(…) tienen programado un día específico para cada zona de la ciudad donde una parte de estos residuos llegan al CENTRO DE RECICLAJE LA ALQUERIA y en donde los recicladores le dan el aprovechamiento de selección”</i> (AZ 5, folio 470) de manera que el 70% es aprovechable y el 30% restante es material de rechazo. |
| ANIR (AZ 3, folio 320 a 337). | No hay elementos relevantes a destacar. |
| Red de Organizaciones de Recicladores Ambientales – Dame tu Mano - (AZ 3, folio 338 a 341). | No mencionó elementos relevantes a destacar. |
| Federación Sindical de Recicladores y Carreteros de Bogotá (FESIRBO) | Alega que desconoce el funcionamiento de la ruta de reciclaje puesto que nunca han sido incluidos en ese proyecto. |
| Federación Sindical de Organizaciones Protectoras del Medio Ambiente (FESNOPMA) | Manifestó desconocer el funcionamiento de la ruta de reciclaje. Así mismo, alegó que sus afiliados no tienen ninguna relación con ella y que nunca han tenido la oportunidad de participar, razón por la cual <i>“(…) deambulan por la vía pública abriendo las bolsas de basura que frente a las viviendas dejan los residentes, mas no se [constituyen en] comerciantes [o] empresa[rios], ya que este reciclaje lo selecciona, transporta y comercia[liza] un pequeño grupo de líderes que se auto titulan los únicos abanderados y representantes de los recicladores”</i> (AZ 5, folio 517). Además, señaló que los carros de la Ruta Selectiva del Reciclaje llegan al Centro de Reciclaje La Alquería, enviados por los consorcios de aseo que operan actualmente en la ciudad y <i>“(…) han sido la ARB, la ARUB y ARAMBIENTAL las organizaciones que han obtenido los beneficios”</i> (AZ 5, folio 518-519). |
| Federación Sindical Cultura de los Recicladores (FESINCURE) | No hay elementos adicionales a destacar. |
| Federación Sindical de Recicladores y Carreteros de Colombia (FESINRECOL) | La ruta está a cargo de consorcios. Estos consorcios disponen de vehículos que recorren los barrios recogiendo los desechos para trasladarlos al centro de acopio La Alquería <i>“(…) donde la unión temporal conformada por ARB,</i> |

| | |
|---|--|
| | <p><i>ARAMBIENTAL y ARUD los procesan en la clasificación y comercialización” (AZ 5, folio 558). En cuanto a la participación de los recicladores en la ruta de reciclaje, sostuvo que, en su opinión, los únicos recicladores que participan en ella son aquellos que pertenecen a las tres organizaciones de la Unión Temporal, puesto que son ellos quienes realizan la labor de clasificación de los residuos. Anotó, además, que “Las demás organizaciones de segundo nivel no tienen ninguna relación con la ruta de reciclaje porque ellos reciclan en las calles o en las fuentes por su propio esfuerzo” (AZ 5, folio 559).</i></p> |
| <p>Müzkbys (AZ 3, folio 375 a 376); Cooperativa de Trabajo Asociado de Recicladores el Triunfo (AZ 3, folio 377 a 378); Asociación de recicladores Puerta de Oro de Bogotá (AZ 3, folio 379 a 380); Asociación de Recicladores Rafael Uribe Uribe (AZ 3, folio 381 a 382); Asociación de Recicladores el Triunfo –ASORETRIUNFO – (AZ 3, folio 383 a 384); Asociación de Recicladores “Luz Verde” de Usaquén (AZ 3, folio 386 a 387).</p> | <p>Buscan que las rutas de reciclaje sean operadas por ellos, conforme a las organizaciones de economía solidaria que han conformado. Asunto que, además, mejoraría los sistemas de aprovechamiento en beneficio de la ciudad. Sin embargo, aclararon que al acabarse con las bodegas de reciclaje, se afecta la cadena económica y ambiental en que participan de manera grave. Por lo demás, enfatizaron que no están interesadas en participar como socias industriales de los operadores de servicio de aseo.</p> |

92. Lo anterior permite concluir que: **i.** Rutas de reciclaje sin parques de reciclaje o centros de acopio no tienen posibilidad de operar de manera eficaz. **ii.** Rutas de reciclaje que ofrezcan coberturas entre el 32 % y el 100% de la ciudad a cargo de los recicladores no pueden garantizarse a partir de la dotación de uniformes, botas y carros de tracción humana, si se tiene en cuenta que operadores con mayor capacidad tecnológica, técnica y financiera apenas cubrían el 32% por ciento de la ciudad. **iii.** El incremento de cobertura no significa el incremento de material aprovechable para beneficio de los recicladores y para beneficio ecológico de la ciudad. **iv.** Mientras no exista separación en la fuente los recicladores y operadores seguirán compitiendo en condiciones desiguales por los mismos residuos. **v.** No existe desarrollo de política pública que acompañe la materialización de esta medida, la cual en otras circunstancias sería ideal como acción afirmativa en favor de los recicladores. **vi.** No se establece un sistema de transición entre la operación de rutas formales por parte de los operadores y las rutas operadas por los recicladores, aspecto que afecta directamente a los usuarios del servicio de recolección y transporte de residuos presentados de forma separada. **vii.** No existe posibilidad de que la UAESP o los concesionarios tengan la facultad de obligar a los recicladores de oficio que desarrollarán la labor de recoger los residuos que han sido previamente separados. **viii.** Se seguirá en la situación actual, esto es, sin que la ciudad se beneficie de políticas necesarias de separación en la fuente. **ix.** En el esquema actual tampoco existen incentivos para que el material aprovechable sea comercializado adecuadamente.

93. En este orden de ideas, queda claro que las condiciones de los recicladores no variarán sustancialmente en el proceso de selección bajo estudio, ya que en el desarrollo de su labor han venido compitiendo entre ellos y con los operadores para hacerse a los materiales potencialmente aprovechables, lo cual seguiría en similares circunstancias. Se destaca en todo caso, que como medida asistencial, la entrega de elementos de dotación como uniformes, botas y carritos de tracción humana, representa una mejora en las condiciones físicas en que actualmente los recicladores vienen realizando sus actividades, aunque su entrega no repercute en la superación de las condiciones marginales y de pobreza.

El ofrecimiento de empleos en actividades de corte de césped y la poda de árboles.

94. En cuanto a la creación de puestos de trabajo, se insiste en que tal ofrecimiento *per se* resulta positivo para los integrantes de esta población que decidan no dedicarse a las actividades de reciclaje, pero lo cierto es que este ofrecimiento no representa por sí mismo un avance destinado a la formalización de este grupo marginal, ni implica un reconocimiento a la experiencia acumulada a lo largo de los años en razón a la labor económica que realizan.

95. En este aspecto no existe una relación directa entre la oferta laboral que se realiza en actividades de corte de césped y poda de árboles con la labor de reciclaje y aprovechamiento propiamente dicho, que es la actividad con la que pueden acreditar experiencia y conocimiento. Es decir, brilla por su ausencia la relación entre la mano de obra que se requeriría para efectos de las labores aquí estudiadas respecto de la existente y también requerida en materia de aprovechamiento de residuos, lo cual muestra que esta oferta de contratación para efectos de corte de césped y poda de árboles no solo no podrá cobijar al conjunto de la población que se pretende proteger, sino que la actividad de reciclaje quedaría disminuida en las personas que a ella se dedican.

96. Cabe mencionar que uno de los aspectos materia de crítica en la sentencia T-724 de 2003, fue precisamente que el modelo de licitación estudiado en ese momento, desconocía el aprendizaje y experiencia acumulada de los recicladores, así como el beneficio ambiental para la colectividad -aspectos que precisamente los define como sujetos de especial protección constitucional-. En efecto, en dicha providencia se indicó: “(...) *Si bien, de acuerdo con el Pliego de Condiciones, los proponentes y concesionarios que resulten seleccionados deben tener en cuenta que el 15% de los operarios que se requieran para la realización de la actividad de corte de césped, deberá ser seleccionado con personas en situación de desplazamiento y recicladores, esta medida no reporta ninguna proteccióneficaz de la actividad de reciclaje que vienen desempeñando los recicladores. En primer lugar, porque la actividad a desarrollar es diferente a la de reciclaje, esto es, el corte de césped; en segundo lugar, porque se acentúa las condiciones de marginamiento de casi la totalidad de esa población, teniendo en cuenta que el 15% de los operarios que se piensa vincular para el corte de césped, está compartido por otra población en*

condiciones de debilidad manifiesta, como son los desplazados” (subrayas fuera del original).

97. En suma, para el caso bajo estudio, esta medida no puede ser considerada como una acción afirmativa, pues desconoce la participación de este colectivo en la actividad del aprovechamiento, no sólo como trabajadores, sino como empresarios, de manera que esta medida de corte asistencialista si bien resulta aceptable, no reivindica el trabajo de la población marginal. Aún en la hipótesis en que pudieren ser contratados en áreas diferentes a la poda de árboles y corte de césped, por ejemplo, recogiendo la basura en los camiones, lo cierto es que esta situación tampoco los convertiría en empresarios de las basuras ni significaría una acción afirmativa en tanto recicladores.

La acción afirmativa que se consagre en el pliego de condiciones debe estructurarse de manera que pueda subsistir por sí sola

98. Debe ahora la Sala Tercera de Revisión establecer un punto teórico esencial que atraviesa lo que se ha desarrollado en los acápites inmediatamente precedentes y que apunta a afirmar que las acciones afirmativas, si en gracia de discusión se aceptare que existieron, de todas formas están supeditadas a que las mismas sean complementadas por actuaciones inciertas de las autoridades o de los concesionarios, lo cual genera que también por este aspecto no se pueden calificar como tal.

99. La acción afirmativa, como medida que genera una diferenciación que le otorga prevalencia a determinada comunidad sobre el resto de la sociedad, rompe de manera tajante con el principio de igualdad que rige en los Estados constitucionales actuales, y específicamente en el Estado Social de Derecho en Colombia, por expreso mandato del artículo 13 de la Carta. Así, la acción afirmativa fractura la igualdad formal que debe existir entre todos los ciudadanos y ciudadanas y le otorga a determinado grupo beneficios específicos que le permitan trascender la situación de discriminación a la cual ha sido históricamente sometido. Esta excepción que la acción afirmativa hace ante el principio de igualdad, se deriva de un análisis material de la realidad social afectada, trascendiendo las consagraciones formales de equidad que puedan existir en el ordenamiento. Sólo por medio de un diagnóstico de las condiciones prácticas de igualdad en determinada sociedad, es que se convierte en una realidad la aplicación de acciones afirmativas, que entienden el limitado rol que juega la consagración formal de derechos cuando se trata de modificar situaciones históricas de discriminación. La acción afirmativa depende de aquello que ocurre en la vida real, su construcción y aplicación debe ser un reflejo de este estudio y por tanto se aleja estructuralmente de las consagraciones formales que puedan hacerse en *pro* de la igualdad de los grupos discriminados.

Beauchamp describe los esfuerzos por trascender el plano formal argumentando que existe *“considerable evidencia que indica que la discriminación es intratable y no puede eliminarse por medio de la aplicación de normas genéricas de igualdad. Las cuotas u objetivos numéricos se*

justifican si son necesarias para superar los efectos discriminatorios reales que no podrían ser eliminados por la aplicación cotidiana y formal de la ley".⁵⁴ Es así como se puede evidenciar que la construcción de este tipo de medidas debe desprenderse del plano formal y conformarse de manera tal que se establezcan las condiciones que permitan su materialización. Una vez se conoce el estado real de la situación que se pretende afectar con la medida de discriminación positiva, se podrán establecer las condiciones suficientes para que ésta sea efectiva y alcance los objetivos planteados.

100. La necesidad de que la acción afirmativa se construya teniendo en cuenta las condiciones materiales del problema que pretende solucionar, permite que la medida subsista por sí sola en el ordenamiento. Así, la importancia de la aproximación sociológica en la medida de discriminación positiva se justifica, pues de ella se deriva la efectividad real que la política sentada pueda tener. Una vez se han estudiado las características y aristas reales del problema de marginación atacado, se pueden consagrar todos los elementos que necesitará la acción para generar cambios en la realidad del grupo desprotegido. Sólo así, la medida podrá subsistir por sí sola, sin depender de factores externos y formales que asegurarán el fracaso de la disposición.

Por estos motivos es que la acción afirmativa se debe regir por un principio básico de independencia, que permita que la eficiencia de la medida dependa únicamente del estudio detallado que se hizo de la realidad en el momento de conformación de la política y no de la relación con el ordenamiento y el sistema formal de derecho. Por supuesto, no se puede desconocer que las políticas que pretenden eliminar la discriminación en una sociedad deben formar parte de un plan integral que se traduzca en una política de Estado, que afecte transversalmente a todas las ramas del poder público, en sus diversas expresiones, pero sin perjuicio de la autonomía que determina la eficacia de este tipo de medidas. La independencia de la acción afirmativa resulta esencial para su existencia pues es el elemento que le permite subsistir, sin la necesidad de recurrir al ordenamiento formal que muchas veces desconoce las situaciones reales de discriminación que se quieren eliminar.

En la misma dirección se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al revisar casos que involucran la aplicación de medidas afirmativas. Para este alto tribunal, la eficacia de la medida afirmativa depende de que este *'estrechamente confeccionada'* y por tanto goce de la suficiente independencia como para que su realización no penda de la intervención de otras autoridades o de la aplicación de otras disposiciones del ordenamiento.⁵⁵ El alcance que se le ha dado al término de *'estrechamente*

⁵⁴ Tom L. Beauchamp (1998). In Defense of Affirmative Action. *Journal of Ethics* 2 (2):143-158.

⁵⁵ En el caso Grutter v. Bollinger la Corte estudió el asunto de Barbara Grutter quien aplicó en 1996 para estudiar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan. Aunque Grutter cumplía con los requisitos que exigía la Universidad para su admisión, fue rechazada en virtud de que su puesto fue ocupado por otro estudiante que fue objeto de una acción afirmativa. En este caso, la Corte fue clara en señalar que las medidas de discriminación positiva funcionan apropiadamente cuando se encuentran *'estrechamente confeccionadas'* y se pueden aplicar con independencia de otros criterios que puedan obstruir la satisfacción del objetivo de equidad que yace en la política. La Corte Suprema decidió que no había discriminación pues, en la medida en que la política estaba cuidadosamente trazada, el resultado de la misma era el cumplimiento de los fines planteados. En el mismo sentido se pronunció en el caso de Wygant v. Jackson Board of Education, al rechazar una acción afirmativa por no responder al criterio de estar *'estrechamente confeccionada'*.

confeccionado se traduce en que la política debe comprender de manera integral todos los elementos que se necesiten para su aplicación efectiva en el contexto que se pretende alterar. Así, cuando la acción afirmativa está consagrada de manera completa, no necesita de futuras intervenciones, regulaciones u actuaciones, que en últimas se conviertan en los factores de los cuales pende el éxito de la medida.

101. En el caso bajo estudio se evidencia claramente que las supuestas acciones afirmativas que se incluyeron en el pliego de condiciones, no gozan del principio de independencia que rige la existencia de estas medidas y que asegura su efectividad. En el pliego se establecieron inicios de acción afirmativa, cuya efectividad, en últimas, depende de la intervención futura de la administración por medio de otras regulaciones o la imposición de órdenes policivas. Así, por ejemplo, medidas que estimulen en concreto la separación en la fuente, que fomenten la creación de centros de acopio y parques de reciclaje, la formalización de los recicladores informales y el acceso cierto y seguro al material aprovechable. En síntesis, la entrega de las rutas de reciclaje no constituye un caso de acción afirmativa, pues no subsiste por sí sola y su aplicación depende de las actuaciones que el oferente decida o no poner en práctica.

Por tanto, los inicios de acción afirmativa que se plantean en este pliego vulneran la independencia de la cual se deriva su eficacia, al exigir que para su satisfacción real deba existir interacción con las autoridades, el ordenamiento formal o el criterio de los proponentes. Si la medida estuviese correctamente contemplada, podría llevarse a cabo sin necesidad de recurrir a los elementos ya mencionados y los componentes necesarios para su implementación se encontrarían contemplados en el pliego. Por supuesto, esta reflexión no puede conducir a que sólo las medidas de discriminación positiva que estén exhaustivamente desarrolladas puedan ser efectivas, pero sí se requiere que en la conformación de la política se incluyan los elementos básicos que aseguren la materialización real de la misma, situación que no se verifica en el presente caso. Como se demostró previamente, en el pliego de condiciones analizado, el contexto de la aplicación de las acciones afirmativas para incluir a los recicladores está sujeto a factores que el contrato en formación -a través del proceso licitatorio- no regula ni contempla. Cuando la medida está incompleta, por carecer de los mecanismos necesarios para su ejecución, es como si no existiera, pues no tiene un elemento esencial de esta figura jurídica: los medios para lograr una afectación real en la situación de discriminación.

Es así como se puede concluir que en el pliego de condiciones estudiado no existen acciones afirmativas reales pues las que se encuentran ahí consagradas no gozan de la independencia que asegure su eficacia y por tanto no trascienden el plano de lo formal, requisito indispensable para la existencia de la medida de discriminación positiva. Una acción afirmativa real, estaría estructurada de manera tal que en el pliego existieran los elementos básicos que permitieran su aplicación, sin estar sujeta a actividades posteriores de la administración o del contratista. La acción afirmativa existe en la medida en

que sus disposiciones aseguren su eficacia, pues la consagración formal de estas medidas es precisamente lo que las mismas pretenden superar.

Declaratoria de incumplimiento.

102. Por las razones expuestas a lo largo de esta providencia, la Sala Tercera de Revisión, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, estima que existen elementos suficientes para declarar el incumplimiento por parte de la UAESP de aquellas órdenes impartidas desde el año dos mil tres (2003), atinentes a la inclusión de acciones afirmativas materialmente efectivas en favor de la población de recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación del servicio público de aseo, destinadas a reparar la afectación continuada a los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

103. Ahora bien, podría pensarse que las falencias anotadas del pliego de condiciones serían susceptibles de ser corregidas o modificadas sin necesidad de afectar el desarrollo normal de la licitación pública No. 001 de 2011. Sin embargo, son varias las razones que impiden la corrección de los pliegos y la modificación de las ofertas sin dejar sin efecto el proceso de licitación: **i.** La participación accionaria de las organizaciones de segundo nivel está anclada de manera representativa a la asignación de un puntaje que puede llegar hasta cien (100) puntos de mil (1000), lo cual conlleva que cualquier cambio en los pliegos en relación con la participación accionaria necesariamente tendría un impacto en el sistema de calificación, así como en la oferta económica a la cual se le ha asignado en el pliego setecientos (700) puntos posibles. En efecto, si se ha considerado que las eventuales utilidades ofrecidas a las asociaciones de segundo nivel no son en realidad acciones afirmativas, el hecho de reformar el tratamiento a las mismas supondría indefectiblemente el resquebrajamiento del esquema financiero planteado por cada proponente, porque ambos componentes están indisolublemente ligados. Lo anterior hace necesario entonces una reforma total y estructural del pliego, no sólo en relación con la inclusión de verdaderas acciones afirmativas, sino también con el esquema de calificación y su impacto en la oferta económica. **ii.** Adicionalmente el esquema de la licitación otorgaba cincuenta (50) puntos al compromiso de cobertura de entre el treinta y dos (32) y el cien (100) por ciento de las rutas de reciclaje, de suerte que al verificarse que no existe un vínculo jurídico de los recicladores de oficio frente a los oferentes, dirigido a hacer coercitivo el cumplimiento de ese porcentaje, nada justificaría que el mismo fuese otorgado, punto de más que afectaría el esquema general de la licitación, al no poder ser tenido en cuenta. **iii.** Además, el esquema de asociación planteado no asegura que todas las asociaciones de recicladores de segundo nivel tengan acceso a utilidades ciertas y periódicas ni que se respete el principio de igualdad, aspecto que no depende del pliego sino del nivel de inversión que cada operador esté llamado a amortizar durante el plazo de los respectivos contratos, lo cual podría llevar a replantear la idea de otorgar utilidades al menos bajo la concepción actual, así como el puntaje mínimo pero libremente ascendente por ese *ítem*. **iv.** Finalmente, como quiera que no existe la posibilidad de que los recicladores asuman las rutas selectivas de

manera eficiente, la medida adoptada relacionada con ellas no supera el test de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto no se garantiza la prestación continua del servicio público de aseo en el componente de aprovechamiento a favor de todos los usuarios de la ciudad.

104. La Sala Tercera de Revisión puede entonces concluir respecto del incumplimiento de la sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010, con base en los argumentos de síntesis que se precisan a continuación.

104.1. En primer término, se debe recordar que la Corte Constitucional es competente para desatar el presente trámite de cumplimiento puesto que así lo facultan los artículos 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991, puesto que el juez de primera instancia envió a esta Corporación el mencionado trámite, puesto que se trata de recicladores considerados como sujetos de protección especial, puesto que están en juego derechos constitucionales fundamentales, puesto que de no obrar las sentencias judiciales quedarían en letra muerta, puesto que el juez constitucional goza de amplias facultades para determinar la forma de ejecución de los fallos de tutela y puesto que así lo mandan la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

104.2. Sentada su competencia, es claro, en segundo término, que los mandatos constitucionales del Estado Social de Derecho, del principio de igualdad (art. 13 CP) y de la necesidad de tomar medidas reales de discriminación positiva que la concreten, de racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (art. 334 CP), de la necesidad de hacer respetar en la sociedad a las minorías que reciben a su favor el pacto de las mayorías de hacer valer el acuerdo mínimo que son los derechos constitucionales fundamentales, de la ponderación entre los derechos de los recicladores y los del interés general así como el de los proponentes, de la necesidad de contrarrestar las desigualdades existentes dentro de nuestra sociedad, del cumplimiento de los postulados de nuestra Carta Ecológica, son el parámetro y el sustento constitucional para que la Corte estudie a fondo si los pliegos de condiciones elaborados para contratar el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, respeta los estándares mínimos de promoción de la igualdad real. Este sustento constitucional es precisamente, se reitera, el que permite desatar el presente trámite de cumplimiento.

104.3. Es así como, basado en los criterios constitucionales anteriores, se debe tener en cuenta, en tercer término, que en el proceso licitatorio bajo estudio la UAESP planteó dos medidas estructurales que entendió como medidas de discriminación positiva: la participación accionaria de las asociaciones de segundo nivel de recicladores como socios de industria, para lo cual otorgó 100 puntos sobre 1000 de la calificación –sin límite a partir del 5% en el porcentaje otorgado-, y, asignar bajo el esquema de libre competencia rutas de reciclaje con la provisión de ciertos equipos a los recicladores de oficio, así como promover su contratación en labores diferente al reciclaje, para los

cuales se otorgaron otros 100 puntos de la calificación. Como se observó en los considerandos de la presente providencia, ninguno de los dos niveles se puede considerar medidas reales de acciones afirmativas. Lo anterior, como punto teórico de partida, porque no toda acción dirigida a una población discriminada se puede calificar de positiva. Para ello se requiere que sea eficaz, transitoria y altere positiva y progresivamente el *status quo*, de suerte que se pueda afirmar que hubo un cambio sustancial antes y después de la misma, lo cual obligó a la Sala a estudiar si en el caso concreto hubo cumplimiento de manera aparente o de manera real, llevándola a la conclusión que ocurrió lo primero.

104.4. En efecto, las medidas exigidas desde hace más de ocho años -lo cual es relevante para el análisis de la progresividad de las medidas de discriminación positiva-, se concibieron en dos niveles sin que ninguno de ellos hubiere logrado sobrepasar el test estricto que en estos casos se aplica, habida consideración de la situación de sujetos de especial protección constitucional que conforman los recicladores frente a la carga que implica dicha acción frente a terceros. Por demás, la acción afirmativa que se consagra en el pliego de condiciones debe estructurarse de manera que pueda subsistir por sí sola, respetando el principio de independencia que rige estas medidas de discriminación positiva, sin depender de futuras intervenciones regulatorias o policivas de la administración o del criterio potestativo de los oferentes.

104.5. Así, la primera medida de discriminación positiva concebida por la UAESP, esto es, la participación accionaria de las asociaciones de segundo nivel de recicladores como socios de industria, no resultó ser tal. Por el contrario se convirtió en un instrumento que, permitiendo desmesuradas, inciertas e ilusorias ganancias a dichas asociaciones, se convirtió simplemente en la ocasión para que los proponentes pudieran hacerse a la licitación gracias a la obtención del puntaje por ello ofrecido.

104.6. El esquema planteado de las acciones de industria a favor de las asociaciones de segundo nivel de los recicladores, no redundará en beneficio de aquellos de primer nivel, esto es, de quienes en efecto realizan el oficio, que es la primera población llamada a proteger. En efecto, como ha quedado visto, no existe claridad sobre las utilidades que se podrán presentar, pero aún dándolas por ciertas, no existe obligación jurídica alguna que permita que los miembros de las asociaciones de primer nivel puedan ver algún beneficiode dichas utilidades.

104.7. También el esquema planteado lleva ínsito, como lo expuso en este trámite la Contraloría General de la República, el incremento de la desigualdad de la población recicladora. Al estar adscritas las asociaciones de segundo nivel a ASEs específicas con proponentes diferentes, y al estar cada propuesta basada en ofertas también diferentes sustentadas en esquemas financieros disímiles, existirán obligatoriamente asociaciones que, en caso de que haya utilidades, las recibirán en grados y en plazos sustancialmente distintos a las de otras que se asociaron con otro proponente. Asimismo, el esquema planteado para la repartición de utilidades no tuvo en cuenta el

número de los afiliados a cada una de ellas, razón por la cual se repartirían los mismos ingresos con independencia del número de afiliados, violando el principio de igualdad y de contera el espíritu asociativo de las mentadas asociaciones.

104.8. El aporte de industria de las asociaciones de segundo nivel no contiene una expresa y clara obligación de hacer de éstas frente a la sociedad comercial que se constituya, puesto que no solo carecen de la posibilidad de incidir frente a ésta sino, más importante aún, convierte a las asociaciones de segundo nivel en parte de una sociedad comercial que tiene un objeto social al cual se le excluyó el aprovechamiento porque éste se dejó en cabeza directa de los recicladores. Las asociaciones de segundo nivel se convierten en socias de una empresa cuyo objeto social no es el aprovechamiento. Se recuerda que en las propias intervenciones de los proponentes, la gran mayoría de ellos estimaron que dicho aporte no tenía causa, no aportaba nada, no era cuantificable, se generaba una “nebulosa” causando una “confusión de carácter lógico y jurídico con respecto a la identidad y al real aporte de nuestros posibles socios industriales”, etc.

No sobra recordar en estas conclusiones que no existió participación de las asociaciones de segundo nivel en la escogencia de la forma de utilidades ofertadas en el pliego, pues no se concibió un diálogo previo con sus socios de capital.

105. En lo que tiene que ver con el segundo nivel mencionado, esto es, el de la entrega de las rutas de reciclaje a los recicladores de oficio, tampoco encontró la Sala que se cumplieran con los elementos que permiten declarar la existencia de reales acciones afirmativas.

El esquema de los pliegos de la licitación que plantea que el porcentaje de cubrimiento de las rutas de reciclaje, debe ser mínimo del 32% de cobertura, entra en una contradicción insalvable que lo hace inoperante, con el hecho de que las personas que deben recolectar dicho material no son objeto de relaciones contractuales puesto que se trata de los recicladores de oficio que, bajo el esquema concebido de libre mercado y libre circulación por toda la ciudad, no tienen relación jurídica alguna con los concesionarios que adquieren la obligación. Esto implica entonces, que el porcentaje mínimo de cobertura de rutas que se tiene la esperanza de cubrir para promover la recolección de material aprovechable, no podrá ser objeto de cumplimiento y en caso tal generaría más bien incumplimientos del contratista. Lo anterior significa que tan importante labor ecológica para la ciudad quedará en letra muerta, al no haber mecanismos jurídicos que la haga realidad. Se reitera además que una cosa es el cubrimiento de las rutas de reciclaje y otra bien distinta es la separación del usuario en la fuente, aspectos que bien pueden encontrarse sustancialmente diferenciados, tal como ocurre en la actualidad.

106. La labor de los recicladores de oficio no cambiará ni eficiente, ni sustancialmente. Si bien se plantea que las antiguas rutas selectivas que operaban los concesionarios serían liberadas a favor de los recicladores para

recoger los residuos potencialmente aprovechables, lo cierto es que por el hecho de tener que competir por los mismos residuos con el camión recolector –todo dependerá de quién pase primero por la acera donde se encuentra la basura, lo cual por demás no está reglamentado-, por el hecho de que no existe separación segura en la fuente, por el hecho de que no existen centros de acopio garantizados en los lugares cercanos a cada ASE, por el hecho de que no existe mercado garantizado para los productos aprovechables, por el hecho de que no existe un sistema de precios o tarifario que remunere el servicio, no se trata de una medida eficiente, coherente, proporcional y racional.

107. Las supuestas acciones positivas concebidas por la UAESP no logran identificar el grupo destinatario de las mismas. Si bien se habla de recicladores, el hecho es que el alejamiento radical entre las asociaciones de segundo y primer nivel no permite ni permitirá, en el esquema bajo estudio, que aquellos que son objeto de protección constitucional especial, encuentren beneficios con la adjudicación del contrato.

108. Los motivos anteriores suponen modificaciones estructurales al pliego de condiciones porque tocan con elementos de habilitación –acciones de industria- y de calificación –las mismas acciones y el aprovechamiento-, lo cual impide que pueda ser modificado parcialmente, dado que, se reitera, el modelo de licitación planteado por la UAESP no supera el test estricto efectuado para casos como el presente, al desconocer las necesidades y características propias de los componentes del servicio público de aseo que se pretendían licitar y su relación con la labor que acometen los recicladores. Estos elementos son transversales al proceso de selección porque tocan el componente financiero y alterarlos supondría desarticular el pliego de condiciones, ya que cualquier cambio que se haga en las utilidades que recibirían las asociaciones de segundo nivel como socias de industria, alteraría indefectible y sustancialmente el esquema presentado por los proponentes.

Finalmente, la Sala de Revisión tiene en cuenta que la ciudad no se encuentra ni se encontrará desprovista del servicio público de aseo, en razón a que existen, como se ha dicho, unos contratos en operación por los cuales los contratistas se obligan ante el Distrito a prestar de manera eficiente el servicio y en la medida en que éste cuenta, a su turno, con herramientas jurídicas suficientes que le permiten hacer frente a la situación sin que ningún sector de la población se vea vulnerado por la presente decisión.

Órdenes concretas.

109. Comprobado y fundamentado el incumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010, que se materializa dentro del proceso de selección abierto por el Distrito para “(...) *concesionar[,] bajo la figura de Áreas de Servicio Exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. – Colombia, en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y*

transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva” (Cuad. 1, folio 6), la Sala de Revisión **ordenará dejar sin efecto la Licitación Pública No. 001 de 2011**, así como todos los actos administrativos proferidos con ocasión de dicho proceso, en orden a que el Distrito defina y rediseñe un esquema que dignifique la actividad del reciclaje y que tienda a su normalización a través de la fijación de metas a cumplir en el corto plazo que sean concretas, cualificadas, medibles y verificables. Tal esquema será entregado a esta Corte, así como a la Procuraduría General de la Nación, para su seguimiento, a más tardar el 31 de marzo del año 2012. Dicho Plan deberá contener acciones afirmativas en favor de la población que se dedica de manera permanente a la actividad de reciclaje -lo que supone un enfoque diferencial-, de manera que se logre su regularización respecto de la prestación de los servicios complementarios de aseo en los componentes de reciclaje, transporte, transformación y aprovechamiento de residuos. El seguimiento a tales metas será realizado por la Procuraduría General de la Nación a través de la dependencia que estime competente para el efecto.

El esquema que contenga las mencionadas acciones positivas en favor de los recicladores se podrán incluir a nivel de regulación distrital, en el plan de gestión integral de residuos sólidos -PGIRS-, siempre que su ejecución se materialice en el corto plazo, en los procesos de concesión y/o contratación de servicios de aseo, así como en la prestación misma de los mencionados servicios públicos, de acuerdo con las pautas generales y criterios ya señalados por esta Corporación en sus diferentes providencias (en especial la sentencia T-724 de 2003 y el auto 268 de 2010), la normatividad vigente y la especificidad del componente de aseo.

110. Por otro lado, la Administración Distrital deberá normalizar en el menor tiempo posible -dadas las actuales circunstancias de contratación de urgencia-, la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, transporte al sitio de disposición final, barrido, limpieza de vías, corte de césped y poda de árboles, a través del esquema que estime pertinente y atendiendo para el efecto las metas que sean fijadas por el Distrito para entrar a operar en el corto plazo.

111. Para efectos de lograr la regularización del servicio de aseo en los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento, el Distrito podrá hacer uso, entre otras, de la figura legal de "*organizaciones autorizadas*" para la prestación de servicios públicos domiciliarios, consagradas por el Legislador en el artículo 15, numeral 4 de la Ley 142 de 1994, las cuales en términos de la sentencia C-741 de 2003, no sólo pueden prestar servicios a municipios menores, en zonas rurales y en zonas urbanas específicas, sino competir en cuanto a la prestación de servicios públicos domiciliarios en cualquier lugar del territorio nacional, aspecto al cual fue condicionada la exequibilidad de la citada norma.

Vale decir que estas organizaciones son diferentes a las asociaciones de primer y segundo nivel que operan para la representación de los recicladores,

en la medida en que se les reconoce como prestadores autorizados por la Superintendencia de Servicios Públicos, para los cuales el Distrito en coordinación con la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico deberá establecer parámetros para la prestación de los servicios de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento e intermediación en el modelo de comercialización de los residuos, aspecto que se reflejará en el esquema de metas verificables en el corto plazo.

112. En consecuencia, se ordenará al Distrito definir con la colaboración técnica de la CRA -a quien se exhortará para tal efecto-, parámetros especiales que definan cómo serán ofrecidos en la práctica los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos y, la forma en que la prestación de los mismos deberá ser remunerada, bien a través de la tarifa o bien mediante la fijación de un esquema de precios, de forma que estos componentes sean manejados íntegramente por las organizaciones de recicladores que entren en proceso de regularización.

En ese orden, se deberá señalar la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo, garantizando alternativas a través de las cuales sectores de la población tradicionalmente marginados, participen de manera real y material en la prestación del servicio público de aseo en sus componentes complementarios de reciclaje, transformación y aprovechamiento. Este aspecto deberá reflejarse en el esquema de metas a corto plazo señalado en el numeral 105 de esta providencia.

113. En esos términos, la Sala rechazará de plano cualquier medida o fórmula, como la planteada en el esquema de selección que se deja sin efecto, en la cual se establezca la entrega de utilidades o remuneraciones a asociaciones de recicladores que en la práctica no prestan ninguno de los servicios complementarios de aseo o en la que se reciban beneficios inconsultos que no remuneran el trabajo de los recicladores, con los cuales se pretenda beneficiar a unos pocos afiliados y no a la universalidad de la población recicladora. Por la misma razón, la Sala de Revisión ordenará dar traslado a la Contraloría General de la República, a la Contraloría Distrital, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación del proceso que por esta vía se deja sin efectos con el fin de que se investiguen las posibles irregularidades cometidas en el proceso de constitución de asociaciones de recicladores por parte de afiliados no dedicados a la actividad económica del reciclaje, sólo con la finalidad de beneficiarse de los esquemas de reparto de utilidades planteado en la Licitación pública No. 001 de 2011⁵⁶.

114. Lo expuesto, requiere habilitar un modelo que opere en dos vías, esto es: un trabajo coordinado en materia de regulación en el nivel distrital y en el

⁵⁶Lo anterior fue mencionado, por ejemplo, por FUNCOLGRAN (numeral 4.3, anexo 1), FESNOPMA (numeral 4.11, anexo 1) y en el escrito de *amicus curiae* de Adriana Ruiz Restrepo (numeral 5, anexo 1).

nivel nacional. En caso de que el Distrito decida abrir un proceso de licitación para la concesión de cualquiera de los componentes del servicio público de aseo o para la celebración de contratos de prestación de servicios o establezca la operación bajo cualquier otro esquema, se deberán incluir acciones afirmativas en favor de la población de recicladores del Distrito que respondan a los parámetros de esta providencia y al esquema de metas propuesto para ser cumplido en el corto plazo.

115. Por tal motivo se exhortará a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en su calidad de órgano autónomo nacional de carácter técnico para: **(i)** En desarrollo de sus competencias constitucionales y legales revisar y definir parámetros generales para la prestación de los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos, aspecto que deberá estar listo y reglamentado en el primer trimestre del año 2012. Para el efecto, la Comisión trabajará aspectos tales como la separación en la fuente por parte de los usuarios, formalización de rutas y modelos para la recolección, transporte y disposición de material aprovechable por parte de la población recicladora; posibilidades de estímulos para la creación y funcionamiento de organizaciones autorizadas (recicladores) prestadoras de los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos; reglas de creación y funcionamiento de centros de acopio como intermediarios dentro de los procesos de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento, así como para parques de aprovechamiento. **(ii)** Asegurarse que dichos parámetros se vean reflejados en la metodología tarifaria actualmente en construcción por la Comisión de Regulación. **(iii)** Acompañar desde el punto de vista técnico y, en desarrollo de la función de colaboración armónica de las instituciones públicas, al Distrito en la definición de parámetros normativos del orden distrital que favorezcan las actividades de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de los residuos.

116. Ordenar al Distrito que con el acompañamiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, genere la regulación normativa necesaria para: **(i)** establecer, en lo posible, la separación en la fuente de todos los usuarios en la Capital de la República; **(ii)** el establecimiento de rutas y modelos para el transporte y la recolección de residuos aprovechables que funcionen de manera coordinada con los componentes de recolección y transporte de residuos sólidos en áreas de servicio exclusivo de forma que no se genera una competencia por los mismos desechos en condiciones de desigualdad; **(iii)** la definición de estímulos para procesos de creación de prestadores organizados para el reciclaje, la comercialización de residuos, transformación y aprovechamiento de los mismos; **(iv)** el diseño de políticas y sistemas de financiación blandos que favorezcan la creación de microempresas para el aprovechamiento y transformación de las basuras; la posibilidad de incentivos para la creación de centros de acopio en las diferentes áreas de servicio exclusivo y su regularización, de forma que se definan sus parámetros de funcionamiento dentro de esquemas que estimulen el libre mercado, fijación de precios y costos de intermediación; **(v)** la creación y funcionamiento de los parques de reciclaje que no hayan sido creados en abierto incumplimiento del Plan de

Gestión de Residuos Sólidos desde el año 2001. Ofrecer garantías de acceso a la creación de estas organizaciones por parte de recicladores informales, así como de aquellos afiliados a las asociaciones de recicladores de primer y segundo nivel, entre otras. Toda esta regulación deberá estar comprendida en el esquema de metas a corto plazo y deberá ser concreta, cualificable, cuantificable, medible y verificable.

117. Adicionalmente se ordena al Distrito actualizar el censo de recicladores adelantado por la Universidad Javeriana, con propósito de identificar y carnetizar a los recicladores formales e informales de la ciudad; establecer horarios y rutas de reciclaje -con participación de las organizaciones de recicladores- que funcionen de manera coordinada con los horarios y rutas de recolección de basuras por parte de los operadores concesionados y su difusión, de forma que los recicladores puedan optimizar la actividad de recolección de material aprovechable, en orden a evitar que compitan con el operador regular. La definición y operación de centros de acopio debidamente distribuidos por toda la ciudad a los cuales pueden dirigirse los recicladores y las medidas de precios que regirán la compra e intermediación de los residuos aprovechables; así como cualquier otra obligación que sea definida por el Distrito como acción positiva en favor de esta población.

118. Para la Sala es necesario precisar que las medidas de acción afirmativa llamadas a ser dispuestas, pueden representar deberes, cargas u obligaciones para los recicladores en razón a que prestan un servicio público con ingentes beneficios ambientales para el colectivo, tal y como ha sido señalado a lo largo de esta providencia. En ese sentido, el esquema de medidas a cumplir en el corto plazo, de conformidad con la normatividad existente y con las órdenes contenidas en esta providencia, deberá establecer compromisos, cargas y obligaciones en cabeza de los recicladores para su adecuada normalización. Lo anterior, por cuanto la protección especial que merecen como sujetos en condiciones de vulnerabilidad no es obstáculo para disponer acciones de doble vía, dada la naturaleza del servicio público domiciliario y esencial del cual participan.

DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO-. DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO por parte de la UAESP de las órdenes conferidas en la sentencia T-724 de 2003 y de los criterios generales fijados en el Auto 268 de 2010.

SEGUNDO-. DEJAR SIN EFECTO la Licitación Pública No. 001 de 2011, así como todos los actos administrativos dictados con ocasión de dicho proceso.

TERCERO.- ORDENAR a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) -o la entidad que haga sus veces-, que **defina** un esquema de metas a cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, calificadas, medibles y verificables, el cual debe ser entregado a la Corte Constitucional, así como a la Procuraduría General de la Nación a más tardar el 31 de marzo del año 2012. Dicho Plan deberá definirse a partir de las órdenes previstas en los numerales 109 a 118 de esta providencia.

CUARTO. ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que efectúe la labor de seguimiento al esquema de metas de corto plazo elaborado en favor de la población de recicladores por parte del Distrito e informe de su evolución y cumplimiento a la Corte Constitucional de manera trimestral.

QUINTO.- EXHORTARa la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) para que revise y defina parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos en los términos establecidos en el numeral 115 de esta providencia. La CRA remitirá un informe de los parámetros que hayan sido o vayan a ser fijados a la Corte Constitucional a más tardar dentro del primer trimestre del año dos mil doce (2012). La CRA deberá asegurarse de que tales parámetros se reflejen en la estructura tarifaria que por virtud de la ley debe ser fijada en el año dos mil doce (2012).

SÉXTO.- EXHORTARa la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), para que acompañe y preste su colaboración al Distrito -a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces-, en la definición de la regulación especial a nivel distrital dirigida a la regularización de la población de recicladores en los componentes de separación, reciclaje, transformación y aprovechamiento de residuos, en los términos del numeral 116 de esta providencia.

SÉPTIMO.- ORDENAR, a la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces, que normalice en el menor tiempo posible la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, transporte al sitio de disposición final, barrido, limpieza de vías, corte de césped y poda de árboles, a través del esquema que estime pertinente, atendiendo para el efecto las metas que sean fijadas por el Distrito para entrar a operar en el corto plazo en favor de la población de recicladores de la ciudad.

OCTAVO.- ORDENARa la Secretaría General de esta Corporación que dé traslado, en los términos del numeral 113 de las órdenes concretas de esta providencia, a la Contraloría General de la República, Contraloría Distrital, Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación.

NOVENO.- ORDENARa la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces, por el mecanismo que estime pertinente, que actualice el censo de recicladores elaborado por la Universidad Javeriana.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General