

Auto 275/11

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

Peticionarios: Nohra Padilla Herrera.

Magistrado Ponente:

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 7º 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 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

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.

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.

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

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

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

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.

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.

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.

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 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

⁵Como 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.

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

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.

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 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

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.

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

¹⁴Auto 147 de 2011 y Auto 167 de 2011.

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.

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

¹⁵Autos 214 de 2003 y 010 de 2004.

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”.

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?

6.1 La jurisprudencia de la Corte ha sosteniendo 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*

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

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 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 2° 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

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*".

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

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

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 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 “(...)

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*”.

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 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).

²²Corte Constitucional. Sentencia C-350/94.

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

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.

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**

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

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 “descrème” 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.

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

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.

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*”.

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.

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 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*

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.

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 sentencia T-724 de 2003³³ se estableció que “(...) *las diferentes autoridades*

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.

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.

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 subsistencia*³⁴(...)”.

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 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*

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

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 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

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.

*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 XX*³⁸. 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.

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.

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 indistintamente los términos medio ambiente y ambiente.

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, 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

⁴¹Artículo 67

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.

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:*

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

*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.*

“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);

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

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.

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 redunda 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 “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

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.

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 “(...) *fundamenta 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 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,

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.

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 modalidad*⁴⁷. 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 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

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.

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] (...)”.

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

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”.

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

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.

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 afectar 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 asocie 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 enfatiza 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” (AZI, 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 acápite 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 agrupen 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 distribuir las 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.

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

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.

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 ASEO Bogotá (AZ 2, folio 236 a 237)</i>	<i>“(...) las asociaciones de recicladores no harán aporte alguno como socios o accionistas industriales, hasta el punto que ni siquiera cancelarán los costos de la emisión de sus acciones de industria que, en nuestro caso, serán el cien por</i>

	<i>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 CONAMBIENTALES 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</i>	<i>El aporte industrial de los recicladores consiste en</i>

<i>Sociedad Futura “Promoambiental Distrito S.A.S. ESP (AZ 4, folio 39 a 43)</i>	<i>“(…) 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 Temporal (AZ 4, folio 147 – 155)</i>	<i>Con respecto al aporte de industria, trajo a colación una 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, traduciéndose 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)	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).
ATESA Siglo XXI S.A.S. E.S.P. (AZ 2, folio 232 a 235)	Aclaró que “[e]l 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 ” (AZ 5, folio 298). De todas maneras, advirtió que el comportamiento del negocio es dinámico y puede sufrir variaciones.
Promesa de Sociedad Futura ASEO Bogotá (AZ 2, folio 236 a 237).	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).
Unión Temporal Gestión	Sobre este punto, no hay elementos a destacar.

Ambiental (AZ 2, folio 238 a 253)	
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 CONAMBIENTALES 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 supera los setecientos veinticinco millones de pesos</i>” (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</p>

	<p>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).</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 “(...) <u>sí 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, 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 “(...) <u>contraviene el principio de la continuidad en la prestación del servicio público y por tanto, afecta los derechos ofrecidos a los recicladores</u>” (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</p>

	<p>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 estabilidad del sistema tarifario de las basuras en Bogotá</u>, 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>Consortio 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, “(...) <i>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</i></p>

	<i>organizaciones de recicladores de segundo nivel, y, posteriormente, el remanente susceptible de distribución se repartirá a los accionistas capitalistas” (AZ 5, folio 272).</i>
Promesa de Sociedad Futura “Promoambiental Distrito S.A.S. ESP (AZ 4, folio 39 a 43).	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. 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).
Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá DC (AZ 4, folio 106 a 146)	Al momento de analizar las acciones afirmativas, debe constatarse “(...) <i>si con las mismas se garantiza la forma de subsistencia de la población vulnerable dedicada a esta actividad (...)</i> ” (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 “(...) <i>bajo los requerimientos de la concesión, 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</i> ” (AZ 5, folio 284).
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,	No hay elementos a destacar.

folio 223 a 235).	
------------------------------	--

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 prorratar. 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.

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*”.

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 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 disponerlo 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 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).
FEMSO de Colombia (AZ 2, folio 316 a 328).	No manifestó elementos relevantes.
Consorcio Lime (AZ 4, folio 5 a 18).	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

	<p>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</p>

	separación en la fuente. 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	

<p>Asociación de Organizaciones de Reciclaje y Recuperación Ambiental (ARAMBIENTAL) (AZ 2, folio 329 a 336).</p>	<p>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 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</p>

	<p>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 (separación en la fuente e inclusión de la población recicladora)”</i> (AZ 5, folio 431). Añadió que <i>“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”</i> (AZ 5, folio 431). Por lo demás, el diseño y operación de la ruta corre a cargo de los concesionarios, quienes establecen las</p>

	<p>frecuencias y horarios. En directa relación con lo anterior, esta organización señaló que <i>“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”</i> (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 <i>“Los residuos recolectados en la ruta de reciclaje son llevados al centro de reciclaje “La Alquería” en donde se almacenan y se clasificando acuerdo a su tipo (plástico, cartón, metal y vidrio principalmente) para posteriormente ser comercializados”</i> (AZ 5, folio 432).</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 <i>“(…) 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”</i> (AZ 5, folio 568). En cuanto a la relación que tienen los recicladores con la ruta de reciclaje, señaló que <i>“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),</i></p>

	<i>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 568). (p. 79)</i>
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</i>

	<p><i>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” (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 “(...) han sido la ARB, la ARUB y ARAMBIENTAL las organizaciones que han obtenido los beneficios” (AZ 5, folio 518-519).</i></p>
<p>Federación Sindical Cultura de los Recicladores (FESINCURE)</p>	<p>No hay elementos adicionales a destacar.</p>
<p>Federación Sindical de Recicladores y Carreteros de Colombia (FESINRECOL)</p>	<p>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 “(...) donde la unión temporal conformada por ARB, 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).</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</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</p>

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 Usaquéen (AZ 3, folio 386 a 387).	grave. Por lo demás, enfatizaron que no están interesadas en participar como socias industriales de los operadores de servicio de aseo.
--	---

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 cubrirían 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 si 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 si 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.

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

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 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

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'*.

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, calificadas, 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 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

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).

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).

SEXTO.- 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 PEREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ANEXO 1

1. Intervención de la peticionaria: Nohra Padilla Herrera

1.1 Por medio del Auto 189 de 2011, el Magistrado Ponente formuló los siguientes interrogantes a la peticionaria, la señora Nohra Padilla Herrera:

- ¿Cómo funciona la ruta de reciclaje?
- ¿Qué relación tienen los recicladores con ella?
- ¿Cómo funciona el Servicio Público de Aseo?
- ¿Cuándo intervienen los recicladores en él?
- ¿Qué parámetros fueron negociados con cada uno de los proponentes para la respectiva ASE que les fue asignada tras el sorteo efectuado por la UAESP? En este sentido
- ¿Qué derechos tendrán como organización de recicladores en razón a tales negociaciones? Y ¿Cómo se relacionan estas prerrogativas con el pliego de condiciones?
- ¿Qué entienden por acceso cierto y seguro a los residuos sólidos?
- Consideran que con los parámetros de la actual licitación ¿se está garantizando tal acceso?

Dichas cuestiones fueron absueltas por la peticionaria de la siguiente manera:

1.2 Frente al primer interrogante relativo a cómo han experimentado las organizaciones de recicladores - desde la economía informal - la recolección y el transporte de residuos potencialmente aprovechables en la urbe capitalina, manifestó que los recicladores, por su mismo oficio, efectúan rutas que pueden ser catalogadas como selectivas. Aunado a esto y para explicar la complejidad del asunto, apuntó que las bodegas existentes en Bogotá – antes de la regulación efectuada por el Distrito mediante el Decreto 456 de 2010 – se constituían en un eslabón fundamental de estas rutas que han existido por “(...) *más de 80 años (...)*” (AZ 5, folio 329), pues en ellas se acopia el material recolectado por los recicladores en las 19 localidades urbanas de Bogotá.

A continuación, expuso que un elemento determinante de la viabilidad de la labor de este grupo poblacional, así sea en la informalidad, son los vehículos que se utilizan para transportar los residuos. Pero en todo caso, ya sea mediante carros de tracción humana o animal (zorras), la actuación de los recicladores siempre sigue las rutas y frecuencias de los operadores del servicio de aseo. Sin embargo, existen disímiles circuitos de recolección que, a su vez, cuentan con distintas formas de operación – afectada en todo caso por la reducción de las bodegas-.

Se trata entonces de una cadena donde intervienen diferentes actores. Afirmó que, “(...) *el material reciclado tiene tan bajo costo que garantiza gran rentabilidad y acumulación de capital para la industria, [pero] no para el recuperador o el comercializador [de las bodegas]*” (AZ 5, folio 331). Por otra parte, expuso que el mercado define la dinámica del valor de estos

materiales, pero “(...) *de ninguna manera cubre el valor real del trabajo de los recicladores de oficio, y del comercializador o bodeguero*” (AZ 5, folio 331).

En esta actuación, según el censo de la Universidad Javeriana, se 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%. [Hay que aclarar que] la ruta de los recicladores de oficio en pobreza junto a la ruta de los operadores contratados, aunque en distinta proporción y con distintos esfuerzos, son el sistema de reciclaje que sustenta a la ciudad*” (AZ 5, folio 330). Por lo mismo y a pesar de no ser reconocidos formalmente, las rutas informales que operan desde hace años son esenciales para el manejo de residuos en Bogotá, beneficiando al colectivo, generando mercancías y prolongando la vida útil del relleno sanitario, a más de otros beneficios ambientales.

1.3 En relación con la segunda pregunta, hizo referencia a la ruta de reciclaje formal existente en la urbe capitalina, coordinada por la UAESP, entregada a los operadores del servicio de aseo desde la licitación de dos mil tres (2003) y que incluye el centro de acopio La Alquería; operado por una Unión Temporal conformada por tres (3) organizaciones de segundo nivel desde agosto de dos mil ocho (2008), gracias a las órdenes de la sentencia T-724 de 2003.

En esta ruta formal, se acordó que los cuatro operadores –Ciudad Limpia, Aseo Capital, Lime y Atesa– tendrían siete (7) frecuencias semanales, en setenta y tres (73) micro rutas, para las seis (6) ASEs existentes. El material que recogen equivale – aproximadamente - a doce (12) toneladas y, para su funcionamiento, utilizan seis (6) carros, dieciocho (18) operarios y un promotor social. En el centro de acopio, que “(...) *contó con la financiación que inició con el 100% de la UAESP, hasta llegar al 10% del cubrimiento de los costos del Centro, [dado que] progresivamente la operación cubría los costos (...)*” (AZ 5, folio 332), trabajan cincuenta (50) recicladores de manera permanente y cien (100) de manera temporal. Por ello, cree que el manejo del mismo demuestra la capacidad de estas organizaciones para constituirse en empresarios de las basuras.

En este sentido, manifestó que estas medidas también se debieron al desarrollo de las disposiciones contempladas en el Plan de Manejo de Residuos Sólidos para Bogotá – PMIRS – y permitieron que los recicladores se capacitaran, certificaran sus actividades y devengaran –al menos dos mil (2000) de ellos– ingresos en condiciones de dignidad. Con todo, el centro “La Alquería” es piloto, pues la idea original era crear parques de reciclaje. Lastimosamente, éstos no se consolidaron. Cabe señalar que la interviniente enfatizó que esas rutas actuales compiten con la recolección efectuada por los recicladores de base de manera informal.

1.4 En la tercera parte, se pronunció sobre las rutas de reciclaje que se proponen para el lapso comprendido entre dos mil once (2011) y dos mil diecinueve (2019), según “(...) [ha] logrado entender de los pliegos y conversaciones con la UAESP (...)” (AZ 5, folio 333). En este orden de ideas, apuntó que en su sentir no pueden constituirse o funcionar, por cuanto la libre competencia lo impedirá, ya que “(...) en vez de formalizar[los, conlleva] el desorden del reciclaje, [la] rapiña [y los] mete (...) con uniformes y obligaciones, pero sin remuneración y como socios (...)” (AZ 5, folio 333). Por ello, tendrán que competir con sus compañeros más vulnerables, afectando la paz social y los ingresos de aquellos recicladores de base no organizados.

1.5 Se refirió a la manera como intervienen los recicladores en el servicio de aseo. Para ello, mencionó las Leyes 142 de 1994, 632 de 2000, así como los Decretos 1713 de 2002 y 1505 de 2003, y expuso que dentro de este marco normativo figura el aprovechamiento, la recolección, el transporte, el tratamiento y la disposición final, entre otras actividades como parte del mentado servicio. Con todo, enfatizó que el componente de recolección incluye todos los residuos sólidos que se llevan al sitio de disposición final o al de aprovechamiento.

En este sentido, los recicladores intervienen en la separación de los residuos desde el punto de origen, en la recolección y transporte hasta puntos de acopio (bodegas), en la selección y acondicionamiento de los materiales recuperados, y en la pretransformación de los mismos. Así las cosas, esta población actúa de manera similar a los operadores, pero -al desplegar su oficio- adicionan actividades como la recuperación y el aprovechamiento. Igualmente, el destino de su labor no es el relleno sanitario, sino los centros de acopio. Si ellos no operaran, así sea informalmente, “(...) el servicio de aseo enterraría en el País más de 8 mil toneladas al día en los rellenos sanitarios y por ende tendría que introducir más carros, más personal (...), más actividades y sus utilidades disminuirían sustancialmente” (AZ 5, folio 335).

1.6 Expuso también que no ha negociado con ninguno de los proponentes, dado que las condiciones del pliego han acarreado que no haya lugar a ello. De hecho, enfatizó, el modelo planteado por la UAESP “(...) está entregando la exclusividad sobre el reciclaje a los empresarios del aseo de manera disimulada (...)” (AZ 5, folio 336). Con todo, no ahondó en razones que justificaran tal aseveración.

Por otra parte, apuntó que los altos porcentajes de acciones otorgadas, hacen dudar que los operadores reporten realmente las utilidades generadas. En este sentido, alegó que les han recomendado contratar auditorías; lo que resulta contradictorio, dado que las acciones afirmativas se sustentan en las condiciones de marginación en las que sobreviven, por lo cual evidentemente no cuentan con los medios para sufragarlas. A más de lo anterior, recordó la existencia de organizaciones de cuestionable procedencia que sin importar el número de afiliados -gracias a Adendas de última hora, como la número 8- recibirán por partes iguales los posibles beneficios económicos. Por lo mismo, esta medida no se consolida como un incentivo de organización y

formalización, sino todo lo contrario: un impulso para desarticular las asociaciones existentes.

Adicionalmente, mencionó que si bien podría ser favorable para la población en comento la contratación por parte de los operadores, lo cierto es que no existe garantía de duración o estabilidad de estos vínculos laborales. De hecho, si estos dejan la ruta informal que realizan tradicionalmente ante la posibilidad de un nuevo trabajo, la misma sería ocupada por otro reciclador y, al volver, tendrían que buscar una nueva.

1.7 Indicó que por acceso cierto y seguro a los residuos sólidos entiende la posibilidad de ejercer su oficio sobre “(...) *la basura que producen los hogares, las oficinas y la industria [,] para poderla recuperar y transportar[,]* y luego *separarla en plástico[,]* metal, cartón y vidrio (...)” (AZ 5, folio 338). Ahora bien, enfatizó que el acceso que han tenido hasta este momento se debe a la ausencia de rutas formales de reciclaje y al olvido del Estado sobre esta materia. Empero, cuando empezaron a implementarse medidas al respecto, se decidió entregar el funcionamiento de las mismas a los operadores privados, excluyendo así a los recicladores. Fue por esto la implementación de un modelo de recolección y transporte de la totalidad de residuos sólidos en cabeza de grandes empresarios – que se vieron en la necesidad de instaurar la acción de tutela que dio origen a la T-724 de 2003.

En este orden de ideas, alegó que “(...) *con la nueva licitación no [tienen] acceso cierto y seguro porque si antes [estaban] reciclando informalmente al lado de los operadores, ahora [entran] a competir formalmente en pleno libre mercado por el acceso a la basura. Tener uniformes y posibles utilidades por acciones no equivale a tener acceso cierto constante y permanente a las canecas de basuras. [Así las cosas, resulta incomprensible] que ahora que le quitaron la ruta selectiva del contrato a los operadores deciden no darla a quienes informal pero tradicionalmente la han operado (...)*” (AZ 5, folio 339). De hecho, al contemplar la licitación que los operadores deben formular planes de acción para optimizar el reciclaje, en realidad les está entregando la exclusividad sobre esta actividad. “*Decir que el reciclaje lo harán los Recicladores a los que antes les han cortado el circuito de acopio, los han dejado sin vehículos y los pone (sic) a despensa de organizaciones de papel y empresarios con autorización para formular los planes de acción de reciclaje [,] es una manera formal de trasladar el oficio de manos (...)*” (AZ 5, folio 339).

Sobre el punto hizo énfasis en que debe analizarse la licitación en concordancia con medidas como el cierre de bodegas – asunto que dificulta el trabajo informal de los recicladores que deberán caminar por horas para poder comercializar los materiales -, y la carencia de vehículos de transporte para poder movilizarse en recorridos de larga distancia. Sólo así es posible comprender cómo las medidas adoptadas no ayudan a este grupo poblacional. A su parecer, en desarrollo de las obligaciones de incluir acciones afirmativas, se “(...) *debió [dar] al gremio no solo trato igual que a los operadores, sino preferencial para contratar en exclusividad las rutas de reciclaje, luego con*

esto acentúa las condiciones de vulnerabilidad del gremio y (...) lo despoja sutil pero progresivamente de su oficio y por lo tanto[,] reitera y profundiza la violación al trabajo de los recicladores y la legítima confianza que le otorgó al gremio (...)” (AZ 5, folio 341). De esta manera, podrían consolidarse como empresarios de las basuras, calidad que no se les reconoce en la licitación en comento.

1.8 Por otra parte, alegó que escogió el ASE 2 por cuanto, a pesar de contar con organizaciones de base en toda Bogotá, en ella operan importantes aliados de la cadena del reciclaje. Adicionalmente, mencionó que la adenda 2 les imponía la selección de una ASE, bajo la amenaza de quedarse por fuera del proceso.

2. Intervenciones institucionales.

2.1 Veeduría Distrital (AZ 2, folio 160 a 165)

La Veedora Distrital -María Consuelo del Río Mantilla- radicó escrito ante esta Corporación el diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011), en el cual explica que desde marzo de ese año la Veeduría Distrital ha realizado una labor de acompañamiento al proceso licitatorio No. 001 de 2011. Tal labor la ha efectuado con el fin de detectar “(...) *los posibles riesgos que puedan afectar el proceso contractual y [promover] actuaciones éticas entre los interesados en el concurso del mismo*” (AZ 2, folio 160).

2.1.1 Afirmó que desde que inició su acompañamiento se han efectuado diez (10) modificaciones al Pliego de Condiciones, “(...) *de las cuales las adendas Nos. 2 de junio 14 de 2011, 6 de junio 24 de 2011, 7 de 13 de julio de 2011, 8 de 22 de julio, 9 y 10 de julio 25 de 2011 (...)*” (AZ 2, folio 161) atendieron asuntos relacionadas con la población recicladora. Es importante resaltar entonces, que al menos cinco de las 10 variaciones que se efectuaron en el pliego fueron llevadas a cabo a partir de junio de este año.

2.1.2 Entre los puntos resaltados por la Veedora, se encuentran los siguientes: (1) La realización de 10 modificaciones al pliego de condiciones definitivo, varias de ellas en respuesta a inquietudes planteadas por la población recicladora. (2) La inclusión del componente de gestión social en el Anexo 5 del pliego de condiciones. (3) La obligación impuesta a los concesionarios de proporcionar a los recicladores de su ASE una dotación correspondiente a uniformes, equipos y vehículos necesarios para la realización de su actividad. En este sentido, expuso que “(...) *la recolección selectiva estará a cargo de los recicladores de oficio en cada ASE, quienes continuarán ejerciendo su actividad en las zonas de la ciudad que actualmente lo hacen (...)* independientemente de la asociación de recicladores de segundo nivel a la que pertenezcan (...)” (AZ 2, folio 161); (4) La destinación del 50% del monto anual del aprovechamiento en el marco de la gestión integral de los residuos sólidos a un “Fondo Reciclaje” en beneficio de la población recicladora o de su actividad. Sin embargo, no especificó qué es dicho fondo; (5) El establecimiento de condiciones mínimas para habilitar la participación

de las organizaciones de segundo nivel y el sorteo para la escogencia de cada Área de Servicio Exclusivo – ASE de acuerdo con su antigüedad. A su vez, resaltó la existencia de un “(...) *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 ubicados en el ASE respectiva (...)*” (AZ 2, folio 162); (6) La realización de una convocatoria pública de amplia difusión con el ánimo de que todas las organizaciones de recicladores de segundo nivel que operan en la ciudad pudieran inscribirse, quedando doce (12) elegidas y asignadas de a dos (2) por cada ASE; y (7) La cesión de la participación accionaria como acciones de industria en un porcentaje no menor al 5% a favor de las organizaciones de segundo nivel que le hayan sido asignadas en el ASE correspondiente. Sobre este punto, expuso – además – que “(...) *el día del cierre de la licitación, julio 29 de 2011, verifiqué que en ningún caso dicho porcentaje fue inferior al 5%*” (AZ 2, folio 163).

2.1.3 Igualmente, las organizaciones de segundo nivel tendrán derecho a: (1) recibir utilidades al menos una vez al año; (2) participar porcentualmente del mayor valor de la empresa al momento de su liquidación; (3) la no modificación del porcentaje de participación en ningún momento de la concesión. Como garantía, señaló que las organizaciones de segundo nivel no podrán vender ni ceder a ningún título su participación accionaria.

2.1.4 Por lo demás y en relación con el cumplimiento de las órdenes contenidas en la Sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010, la Veeduría Distrital alegó que: (i) el pliego de condiciones incluyó como requisito habilitante de participación que los proponentes debían presentarse conformados con mínimo dos (2) organizaciones de recicladores de segundo nivel de Bogotá; (ii) se establecieron como criterios de calificación los denominados “*cesión de la participación accionaria a la organización de recicladores de segundo nivel del Distrito Capital*”, “*Porcentaje de aprovechamiento*” y “*Porcentaje de mano de obra de población recicladora contratada para adelantar las labores de corte de césped y poda de árboles. Reciclaje*” (AZ 2, folio 165). A estos criterios se asignaron 100, 50 y 50 puntos respectivamente.

2.1.5 En suma, para la Veeduría Distrital, la UAESP “(...) *dio cumplimiento a las dos providencias antes anotadas [Sentencia T-724 de 2003 y Auto 268 de 2010] en relación con la implementación de acciones afirmativas en desarrollo de la Licitación Pública No. 001 de 2011*” (AZ 2, folio 165). Sin embargo, cabe precisar que esta entidad no indicó por qué estas medidas se constituyen en acciones afirmativas materiales, que estén destinadas - temporalmente- a favorecer a un grupo desventajado para superar la situación de exclusión en la que se encuentran. De hecho, en su escrito básicamente se relatan elementos contenidos en el Pliego de Condiciones.

2.2. Red de Veedurías de Colombia – Veedores sin Fronteras (AZ 2, folio 166 a 175).

2.2.1 El coordinador internacional de VEEDORES SIN FRONTERAS y cofundador y actual presidente de la RED VER, RED DE VEEDURÍAS CIUDADANAS DE COLOMBIA -Pablo Bustos Sánchez- en su escrito de intervención, radicado ante esta Corporación el día diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011), elevó ante esta Corporación la petición consistente en solicitar que el proceso licitatorio originado por la Licitación Pública 001 de 2011 “(...) *continúe sin interrupción alguna dado que el mismo cuenta con el riguroso y juicioso acompañamiento de los órganos de control, y de veeduría ciudadana*” (AZ 2, folio 167).

A su juicio la suspensión de la Licitación 001 de 2011, solo beneficia a los actuales operadores del servicio de aseo quienes habrían tratado de entorpecer el proceso licitatorio en curso para seguir asegurándose los gigantescos dividendos derivados de la continuidad de sus operaciones-. En este sentido, señaló que prorrogar la concesión actual solo perjudica a las personas que habitan la urbe capitalina, dado que deberán pagar aproximadamente cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) por cada mes adicional, dinero que va directamente a las arcas de los actuales operadores del servicio de aseo sin retribución alguna en términos de mejoramiento de la calidad del servicio. En este sentido, expuso que existe “(...) *un sobreprecio del 20% en la tarifa actual con relación a la que se cobraría con los nuevos contratos (...)*” (AZ 2, folio 169).

2.2.2 Indicó que resultó una garantía al proceso la suspensión de la directora de la UAESP. Myriam Martínez, asunto que -por lo demás- “(...) *fue nuestro persistente requerimiento (...) a efecto de asegurar su transparencia y selección objetiva (...)*” (AZ 2, folio 167).

2.2.3 Recordó que la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico expidió la Resolución CRA 512, por la cual amplió por un año el marco vigente de Área de Servicio Exclusivo en Bogotá. Empero, dado que esta condición de exclusividad solo se mantendrá hasta el diez (10) de septiembre del presente año, la suspensión del proceso licitatorio podría acarrear la pérdida del servicio de aseo en el Distrito “(...) *trayendo como consecuencia una libre competencia que afectaría notoriamente a los estratos bajos y pondría en desventaja a la ciudad en cumplimiento del decreto 1713 de 2002, donde se establece que el servicio de aseo debe ejecutarse con continuidad, frecuencia y eficiencia a toda la población*” (AZ 2, folio 171), además podría abrir la puerta a todo tipo de abusos generados por la posición dominante de los actuales operadores “*quienes fácilmente podrían quedarse con el mercado de un día para otro*” (AZ 2, folio 173).

2.2.4 Finalmente, Veedores sin Fronteras enfatizó que el proceso licitatorio 001 de 2011, contempla que a todas y cada una de las asociaciones de recicladores de segundo nivel existentes en el Distrito se les vincule. Así mismo, dado que fueron asignadas a las ASE por sorteo, se garantizó su participación en condiciones de igualdad. Por ello, como quiera que “(...) *durante el desarrollo de la futura concesión, será obligación de dichas asociaciones de recicladores de segundo nivel promover y facilitar*

activamente la afiliación de todos los recicladores de oficio (...), se asegura el desarrollo de mecanismos que permitan garantizar que 11.109 personas tengan acceso a la recolección de materiales potencialmente aprovechables. [Adicionalmente, figura] la inclusión [de los recicladores de oficio] como mano de obra para la ejecución de los contratos de concesión en los próximos 8 años” (AZ, folio 174).

2.3 Procuraduría General de la Nación (AZ 2, folio 176 a 182).

2.3.1 Mediante escrito radicado en esta Corporación el dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), la Procuraduría General de la Nación intervino dentro del presente incidente, esclareciendo que su actuación la adelantaba con base en “(...) *la información obtenida de la actuación preventiva desarrollada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la función Pública (...)*” (AZ 2, folio 176).

En este orden de ideas, relató someramente qué órdenes fueron impartidas en la sentencia T-724 de 2003, así como las obligaciones que fueron contempladas en el Auto 268 de 2010, en relación con la licitación pública concerniente al Relleno Sanitario Doña Juana. A continuación, expuso que estos parámetros deberían servir para analizar la conducta de la UAESP.

2.3.2 Señaló que según el pliego de condiciones un requisito de habilitación es la presentación conjunta del proponente con una organización de recicladores de segundo nivel. En este sentido, trajo a colación los criterios de calificación, que conllevan el otorgamiento de 100 puntos por la participación de organizaciones de recicladores y de otros 50 puntos por el empleo de mano de obra de población recicladora en cualquier actividad, es decir 150 puntos de los 1000 posibles. Respecto a este porcentaje, acotó que iguala la sumatoria de aquél otorgado al incentivo a la industria nacional (100 puntos) y de aprovechamiento (50 puntos) y solo es superado por los 700 puntos que le corresponden al componente económico.

Así las cosas, “(...) *en el plano de los hechos no se puede negar que la UAESP ha realizado varias conductas tendientes a cumplir con lo dispuesto en las providencias atrás citadas. Si se aprecia el tenor literal de los textos citados, los cambios introducidos en las condiciones apuntan a favorecer a los recicladores (...)*” (AZ 2, folio 181). Sumado a ello, “(...) *en el plano del derecho, en vista de los datos que arroja el plano de los hechos, no puede calificarse prima facie que la UAESP haya incumplido con sus obligaciones*” (AZ 2, folio 181).

Sin embargo, el acompañamiento que ha realizado no significa aval alguno, co-administración o intromisión en las gestiones de la entidad referida. Es más, expuso que “(...) *comparte con la Corte la preocupación que se pone de presente en el punto 21 del Auto 180 de 2011, pues también reconoce la carencia de material probatorio para constatar el cumplimiento de las órdenes impartidas en las mencionadas providencias*” (AZ 2, folios 181 a 182). Por ello, a pesar de que podría considerarse que existen medidas que

cumplen con el espíritu de las acciones afirmativas y que *prima facie* permiten descartar que son meros paliativos, el Ministerio Público compartió la necesidad de adelantar a fondo mayores pesquisas probatorias.

2.3.3 La Procuraduría General de la Nación envió un segundo escrito a esta Corporación, con fecha dos (2) de septiembre de dos mil once (2011)⁵⁷, en el cual repitió los elementos desarrollados anteriormente e indicó que mediante oficio No. 8813 del catorce (14) de junio de dos mil once (2011), advirtió a la UAESP “(...) *que no estaba claro que, si los proponentes debían asociarse con una organización de segundo nivel, por qué razón se establecía que las personas que van a recoger el material son los recicladores de oficio que están actualmente en cada zona, con independencia de si pertenecen o no a la organización de segundo nivel anotada*” (AZ 5, folio 60). Igualmente, expresó que se debían fijar condiciones y exigencias que garantizaran la prestación de las actividades por parte de los recicladores en beneficio de los usuarios.

2.4 Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP)

2.4.1 Incluso antes de que esta Corporación avocara el conocimiento del presente incidente, la entonces directora de la UAESP –Miriam Margoth Martínez –, envió un primer escrito destinado a justificar las razones por las cuales consideraba que la Licitación Pública 001 de 2011, daba cumplimiento a las órdenes contempladas en la sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010 (AZ 2, folio 183 y ss), en los siguientes términos.

2.4.1.1 En él planteó que los contratos adjudicados en el dos mil tres (2003) para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá vencían el quince (15) de septiembre de dos mil once (2011). Con los nuevos contratos, para los que se inició la licitación pública No. 001 de 2011, se espera una reducción de las tarifas de – aproximadamente – el 19%.

2.4.1.2 De otro lado, indicó que a su juicio, en la citada licitación, se “(...) *ha cumplido a cabalidad con las decisiones proferidas por la Honorable Corte Constitucional en el sentido de adelantar acciones afirmativas a favor de los recicladores de oficio (...)*” (AZ 2, folio 183). Así, entre ellas enumeró las siguientes: las organizaciones de segundo nivel fueron asignadas mediante sorteo a las ASEs existentes en el Distrito; serán socias con un porcentaje no menor al 5%; se establecieron criterios de calificación, así, “(...) *se le dará 100 puntos (el mayor puntaje), a la propuesta cuya organización de segundo nivel posea el mayor porcentaje de participación en la forma asociativa propuesta por el oferente y 50 puntos al (sic) la propuesta que ofrezca el mayor número de puestos de trabajo para ser ocupados (...) en cualquier actividad de la prestación del servicio*” (AZ 2, folio 183, respaldo); los recicladores de base continuarán “(...) *ejerciendo su actividad en los territorios que actualmente lo hacen (...)*” (AZ 2, folio 183, respaldo); el material potencialmente aprovechable les pertenecerá, podrán comercializarlo

⁵⁷ AZ 5, folio 59 a 60.

y recibirán dotaciones para ello; y, concluyó señalando que se conformó el Fondo de reciclaje, que se constituye por “(...) el valor de la toneladas de Material Potencialmente reciclable que recojan las Rutas de Reciclaje y que dejaron de llegar al Relleno Sanitario Doña Juana (...). El 50 por ciento de esos recursos será destinado para beneficiar a la población de recicladores y el 50 por ciento restante será devuelto a los usuarios del Distrito, vía factura (...)” (AZ 2, folio 184), lo cual conlleva, además, un incentivo para la separación en la fuente.

2.4.1.3 Finalmente, afirmó que “(...) en la metodología actual los operadores del servicio que desarrollen actividades de aprovechamiento en forma directa, o a través de terceros, reciben un incentivo que les representa la obtención de ingresos adicionales a aquellos que se generan como consecuencia de esta actividad (...)” (AZ 2, folio 184, respaldo).

2.4.2 El dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), Bertha Cruz Forero – actuando como Directora General encargada de la UAESP –, envió un nuevo escrito a esta Corporación (AZ 2, folio 213 y ss), mediante la cual se da respuesta a algunos interrogantes que le fueron planteados en el Auto 180 de 2011:

2.4.2.1 Sobre el cuestionario manifestó que se está beneficiando a doce (12) organizaciones de segundo nivel dos por cada ASE- dado que se constituyen, en calidad de socios obligatorios, en beneficiarios directos. En este sentido, expuso que podrán “(...) participar en el mayor valor de la empresa en el momento de la liquidación y [tendrán derecho] a participar en un porcentaje de las utilidades antes de capitalización y reservas (...)” (AZ 2, folio 213, respaldo). Esto tiene relevancia, dado que a mayor participación accionaria que ofrezcan los proponentes, mayor puntaje les será otorgado.

En este orden de ideas, enfatizó que al reconocerles a los recicladores la calidad de socios, “(...) pueden participar en las juntas directivas, asistir a las asambleas, revisar los libros y papeles de la sociedad, participar en las utilidades, participar en la mayor valorización de la empresa. [Igualmente] tienen como obligación societaria coordinar las actividades de los recicladores de su ASE buscando el mayor aprovechamiento de los materiales en su propio beneficio” (AZ 2, folio 214, respaldo).

2.4.2.2 Por lo demás, afirmó que se escogieron 12 organizaciones por cuanto “(...) acreditaron tener la condición predicha (...). No se excluyó [a] ninguna (...) porque se trataba de incluir el mayor número de recicladores (...). Sin embargo[,] a la hora de hacer la selección de las ASES a las seis (6) organizaciones más antiguas se les dio la oportunidad de escoger la ASE a la que querían estar vinculadas y a las seis (6) restantes se les sorteó (...)” (AZ 2, folio 214). A pesar de ello, esta Corporación había solicitado se le informara las razones por las cuales no se habían utilizado criterios de antigüedad para precaver que agrupaciones ficticias se beneficiaran de las acciones afirmativas a favor de un grupo poblacional específico. Este interrogante no fue satisfecho en ese momento.

2.4.2.3 Expuso que las rutas de reciclaje en cabeza de los actuales operadores desaparecieron y que a los recicladores se les entregó la posibilidad de “(...) *reciclar la totalidad del materia aprovechable a su discreción, utilizando las microrutas que operan actualmente de manera artesanal, y dándoles la posibilidad que las optimicen canalizando esta actividad a través de la organización de recicladores de segundo nivel socia del concesionario de la ASE correspondiente (...)*” (AZ 2, folio 213, respaldo). Conviene precisar que la Corte solicitó definir qué era la ruta de reciclaje y cómo funcionaba, pero este interrogante no fue absuelto.

2.4.2.4 De otro lado, sin especificar en qué normatividad sustentaba su respuesta, indicó que no era posible fijar una “(...) *tarifa a pagar a los recicladores por la recolección y aprovechamiento de los residuos porque tal posibilidad no está contemplada en la actual estructura tarifaria vigente, siendo de la incumbencia de la Ley y la CRA, y no de la Unidad variarlo*” (AZ 2, folio 214).

2.4.2.5 Finalmente, concluyó que “(...) *el proceso de licitación separa la recolección, barrido y limpieza general de la ciudad del aprovechamiento de residuos en cabeza de los recicladores. No entrega eta (sic) última actividad en exclusividad porque la ley no lo permite y porque para hacerlo se requiere obtener por parte del gremio una organización seria y responsable que la unidad está procurando construir (...)*” (AZ 2, folio 215). Sin embargo, no señaló a qué disposiciones se refería al indicar que tal actuación estaba proscrita ni ahondó en las razones por las cuales consideraba que no existía un nivel organizacional suficiente para permitir que los recicladores gestionaran el aprovechamiento de manera exclusiva.

2.4.3 De manera posterior y obrando a través de apoderado especial, la UAESP, remitió un nuevo escrito a esta Corporación, destinado a adicionar las explicaciones requeridas mediante el Auto 180 de 2011⁵⁸:

2.4.3.1 De los elementos a destacar, es importante mencionar la referencia a un plan de trabajo que deberán presentar los concesionarios conforme al anexo 21– para fortalecer y formalizar la recolección del material potencialmente aprovechable. Actividad que deberá realizarse en el ASE que gane la licitación y que busca “(...) *generar estrategias para el incremento de material potencialmente aprovechable, mostrándole al reciclador de manera real las diferentes oportunidades y estrategias que pueden adoptar para beneficiar y mejorar las condiciones técnicas y operativas de la actividad*” (AZ 5, folio 29).

Adicionalmente, se expresa que las medidas adoptadas en el pliego de condiciones constituyen incentivos empresariales, dado que le otorga a esta población participación accionaria en las sociedades que se conformarán. Lo que a su vez fomenta la asociación de los recicladores de base con las

⁵⁸ Tal escrito se encuentra en el AZ 5, folios 27 a 55.

estructuras de economía solidaria existentes, ya que quien haga parte de las organizaciones y se vincule al proceso resultará beneficiado.

2.4.3.2 Por otra parte, en relación con la ruta de reciclaje, establece que ésta se define –en términos de los pliegos– como un “(...) recorrido que realizarán los recicladores, recogiendo el material potencialmente aprovechable, apoyados con los equipos, dotaciones y demás elementos que los proponentes ofrecerán en el plan de trabajo con el cual sustentarán la propuesta de aprovechamiento o reciclaje, que se incentivará en cada ASE” (AZ 5, folio 30). Así las cosas, la ruta deberá operar bajo parámetros de cobertura –que redunde en el número de usuarios–, actuación –que se circunscribe a la manera como se desarrollará–, y estrategias de ampliación de la misma, que deberán ser acordadas entre el concesionario y las organizaciones de recicladores.

Cabe destacar que el grupo poblacional en comento, que tradicionalmente ha ejercido su oficio en cada ASE, seguirá participando en la ruta y realizando la actividad, sin importar si están o no coaligados a una organización de segundo nivel. El material que recojan podrá ser comercializado por ellos en las bodegas que escojan y el resultado de la transacción será de su propiedad, “(...) sin otorgar parte alguna a la organización de segundo nivel o al concesionario” (AZ 5, folio 31). Sumado a lo cual, el plan diseñado para dar ampliación a la cobertura deberá incluir la utilización de bodegas del sector.

Con todo, la entidad pretende que la ruta de reciclaje también se optimice, por lo cual en una segunda fase – consecutiva a aquella piloto que comprende el centro La Alquería - se buscará la utilización de lugares de acopio de mayor rendimiento. Aunado a lo cual, en una tercera fase, se implementarán parques de reciclaje. Por lo mismo, se espera que en el mediano plazo –cinco (5) años–, se implemente un esquema de aprovechamiento como servicio complementario al de aseo; que esté a cargo de los recicladores de oficio.

2.4.3.3 Por otra parte, “(...) se implementará el fondo de Reciclaje, con los recursos de la participación accionaria del gremio por las utilidades del concesionario, más una parte de la tarifa de aseo que es equivalente al valor establecido en la Resolución CRA 351 de 2991 para la tarifa de disposición final que (sic), de alguna manera, compense los costos de recolección y transporte por aprovechamiento y que solo sería factible bajo las consideraciones de una actuación conjunta (...)” (subrayas por fuera del original) (AZ 5, folio 32). Por lo demás, se establecerán centros de acopio distritales “(...) definidos como puntos verdes[,] manejados por los recicladores y en donde los pequeños comercializadores puedan actuar como socios de los mismos (...) desplazados de su oficio por la regulación de bodegas” (AZ 5, folio 32 y 33).

2.4.3.4 En el largo plazo –más de cinco (5) años– se espera que el esquema de recolección esté a cargo de los recicladores de oficio, previendo una corresponsabilidad entre operadores de aseo y organizaciones de recicladores. También se construirán parques de reciclaje siendo la Alquería uno de ellos. Por ello, se pretende un “(...) esquema de administración (...) público –

privado con participación del Distrito con normas claras y obligaciones en relación con la articulación requerida con el sistema de aseo de la ciudad” (AZ 5, folio 33).

2.4.3.5 En cuanto a la ausencia de una tarifa para la actividad que desarrollan los recicladores, esto obedeció a normativas vigentes que deben seguirse para el cálculo tarifario del servicio público de aseo. En efecto, la Resolución CRA 351 del veinte (20) de diciembre de dos mil cinco (2005) establece, en el artículo 17, que “(...) *como incentivo a las actividades de aprovechamiento, estas se considerarán para efectos de tarifa como una actividad de disposición final, cuyo costo máximo 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 (...). En virtud de lo anterior, la UAESP propuso como estímulo al aprovechamiento en la actividad de reciclaje un pago equivalente al valor establecido en la Resolución CRA 351 de 2001 para la tarifa de disposición final, el cual será consignado anualmente a un **Fondo del Reciclaje** destinado a beneficiar a la población recicladora o a la actividad de reciclaje. Para ello, se encargará de impulsar el mejoramiento y optimización de los procesos de reciclaje, especialmente en educación ciudadana para separación en la fuente de residuos sólidos, y la inclusión social de recicladores para mejorar las condiciones de vida a través del desarrollo de procesos de asociatividad, fortalecimiento organizativo y empresarial, erradicación de trabajo infantil, entre otros” (énfasis del original) (AZ 5, folio 34).*

2.4.3.6 Como incentivo a la separación en la fuente, la UAESP devolverá anualmente el valor de las toneladas de material potencialmente aprovechable que se recojan en las rutas de reciclaje y “(...) *destinará el 50% al fondo de reciclaje y el 50% restante será devuelto a los usuarios del distrito, vía factura, como incentivo del reciclaje total de los Bogotanos” (AZ 5, folio 35). En el primer año, ese valor corresponde a 1.200 toneladas; suma que se desprende del censo de recicladores efectuado por la Universidad Javeriana durante el año dos mil diez (2010). “(...) Para el segundo año se tomarán como referencia la toneladas del primer año, actualizadas por la tasa de disminución de las toneladas que se dejaron de disponer en el Relleno Sanitario Doña Juana (...)*” (AZ 5, folio 35).

2.4.3.7 Frente a los criterios que se utilizaron para escoger doce (12) asociaciones, la entidad expuso que solicitó cierta documentación para que pudieran participar; atinente a la constitución y objeto social, identificación del representante legal y certificados de sus antecedentes disciplinarios, así como inventarios de las asociaciones de primer nivel conformantes. A partir de allí, elaboró una lista de aquellas organizaciones que podían entrar al proceso, que tenía por objeto vincular el conjunto total de personas dedicadas a esta actividad. Para esto, se usó como “(...) *estrategia la realización de un censo el cual tenía como propósito identificar la población recicladora de oficio en la ciudad de Bogotá y su núcleo familiar, con el fin de formular las políticas de inclusión social y acciones afirmativas a favor de la misma, y garantizar su participación en los procesos de gestión integral de residuos*

sólidos del Distrito Capital, especialmente el de la licitación de Recolección, barrido y limpieza” (AZ 5, folio 36). Como resultado del mismo, se obtuvo un total de 11.109 recicladores, donde el 31% son mujeres y el 69% hombres. De ellos, señaló, sólo el 18% está afiliado a una organización de recicladores.

2.4.3.8 A más de lo anterior, y tras analizar la información que remitieron las organizaciones se segundo nivel, se determinó que “(...) 8180 recicladores de oficio no estaban censados, [por lo que] es evidente que una de las tareas más importantes de inclusión social es la de buscar el fortalecimiento de las organizaciones (...) para que los 19.289 recicladores de oficio hagan parte de una de las organizaciones legalmente constituidas (...)” (AZ 5, folio 38).

3. Intervención de los oferentes y demás interesados.

Las intervenciones de los oferentes e interesados se dividen en dos apartes. Una primera sección en la que cada oferente intervino en el presente incidente, ofreciendo sus diversas perspectivas sobre el proceso licitatorio adelantado. La segunda parte se compone de las repuestas que cada oferente e interesado dio a los cuestionamientos formulados en el Auto 189 del 30 de agosto de 2011. Dichos cuestionamiento son los siguientes:

- ¿Qué actividades componen el Aprovechamiento en el marco del Servicio Público de Aseo?
- ¿Cuál de estas actividades es realizada por los recicladores?
- ¿En qué etapas está dividido y cómo funciona el proceso de Aprovechamiento en el marco de la Gestión Integral de Residuos Sólidos?
- ¿En cuál de estas etapas intervienen los recicladores y los operadores?
- Dentro del proceso de Aprovechamiento en el marco de la Gestión Integral de Residuos Sólidos ¿Cómo se pesan los residuos y en qué etapa? ¿Los residuos son separados según su fuente (residuos de producción domiciliaria, residuos de grandes generadores, barrido, material aprovechable y residuos de operativos especiales) para ser pesados? ¿Qué incidencia tiene el peso de los residuos en la metodología de cálculo de la tarifa?
- ¿Qué es y cómo funciona la ruta de reciclaje? ¿Qué relación tiene con los usuarios? ¿Qué relación tiene con los recicladores?
- Durante los ocho años de la concesión ¿Cómo se dividen y dividirán las utilidades derivadas de la Licitación Pública No. 001 de 2011 entre los miembros de las empresas prestadoras del servicio público de aseo?
- ¿En qué consiste el aporte como socios de industria de los recicladores contemplado en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011?
- ¿Qué es el Fondo de Reciclaje y de dónde obtendrá sus recursos?
- ¿Cómo explica que se hayan incrementado a 12 grupos las Organizaciones de Segundo Nivel - existiendo incluso algunas que se conformaron a partir de marzo del presente año -?
- ¿Qué parámetros fueron negociados con cada una de las organizaciones de segundo nivel para la respectiva ASE que les fue asignada tras el

sorteo efectuado por la UAESP? En este sentido ¿Qué derechos tendrán como organización de recicladores en razón a tales negociaciones? ¿Cómo se relacionan estas prerrogativas con el pliego de condiciones? Y ¿Serán modificables tales condiciones a lo largo de la ejecución del contrato de concesión?

- ¿Cuáles son las utilidades que tienen proyectadas para cada una de las ASE en Bogotá? Y en relación con lo anterior ¿Existe alguna utilidad proyectada por el aprovechamiento de residuos sólidos?
- ¿Qué entienden por acceso cierto y seguro a los residuos sólidos? Consideran que con los parámetros de la actual licitación ¿se está garantizando tal acceso?

3.1 Unión Temporal Cavo Vigía (AZ 2, folio 227 a 231)

3.1.1 El ciudadano brasilero Marcio Natel, obrando como representante legal de la Unión Temporal Cavo Vigía, intervino dentro del presente incidente para indicar que en la Licitación Pública 001 de 2011, se incluyeron medidas a favor de la población de recicladores de Bogotá. Lo anterior, en razón a que el numeral 2.7 del pliego de condiciones establece que las organizaciones de segundo nivel serán parte de la sociedad que opere la ASE correspondiente y que recibirán, por lo mismo, acciones de industria.

Adicionalmente, mencionó los criterios de calificación existentes – entre ellos los 100 puntos que corresponden al porcentaje accionario otorgado a las referidas organizaciones y el hecho de que en la recolección el material potencialmente aprovechable estará a cargo de los recicladores de oficio, que continuarán ejerciendo su labor de manera independiente.

La Unión temporal a la cual representa ofertó dependiendo de la ASE, entre el 5% y el 45% de acciones, que implica “(...) *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*” (AZ 2, folio 230). En este sentido, enfatizó que con tal porcentaje se convertirán automáticamente en empresarios.

Sin embargo, expuso que “(...) *estas acciones no representan compromiso alguno por parte de los recicladores, por el contrario[,] solamente les otorga beneficios y participación en las utilidades de la compañía*” (AZ 2, folio 230). Concatenado a esto, mencionó que no han “(...) *adelantado ninguna negociación con los recicladores ni llegado a acuerdo alguno con relación a la licitación en comento*” (AZ 2, folio 231).

3.1.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, la Unión Temporal CAVO VIGIA, remitió un nuevo escrito a esta Corporación⁵⁹, en el cual manifestó lo siguiente:

⁵⁹ AZ 5, folios 308 a 319.

3.1.2.1 Respecto al aprovechamiento que *“El Plan maestro para el Manejo Integral de Residuos Sólidos tiene como objetivo general articular todas las acciones públicas, privadas, de los usuarios del servicio público de aseo y de las comunidades organizadas vinculadas al manejo de residuos sólidos con el fin de aumentar su impacto en la minimización de generación de residuos, en el reciclaje y aprovechamiento y también en la reducción de los costos de prestación del servicio público de aseo y en la protección del patrimonio ambiental”* (AZ 5, folio 309). A continuación, citó el artículo 1º del Decreto 1505 de 2003 para concluir que también hacen parte del aprovechamiento actividades como el fortalecimiento de una cultura ciudadana orientada a una menor generación de residuos y a la separación de los mismos en la fuente, el apoyo a las cadenas de reciclaje, el fortalecimiento de las organizaciones de recicladores y su vinculación a procesos productivos, comerciales y de servicios, el reconocimiento y reducción de las condiciones de vulnerabilidad de la población recicladora y *“(…) la creación de centros de reciclaje y aprovechamiento gestionados por las organizaciones de recicladores de oficio”* (AZ 5, folio 310).

3.1.2.2 Frente a la participación que tienen los recicladores en las actividades que componen el aprovechamiento en el marco del Servicio Público de Aseo, señaló que en su propuesta las organizaciones de recicladores de segundo nivel *“(…) participarán como empleados de la Unión Temporal CAVO VIGIA en el proceso de recolección de basuras y a través de la ruta especial de reciclaje y la instalación de la bodega de acopio y comercialización, participarán en la etapa de aprovechamiento, cuyos ingresos recibirán de manera íntegra”* (AZ 5, folios 311 a 312).

3.1.2.3 En cuanto a las etapas en que está dividido el proceso de aprovechamiento en el marco de la Gestión Integral de Residuos Sólidos, informó que *“El aprovechamiento de los residuos sólidos se divide en las siguientes etapas: 1. Separación en la fuente 2. Recolección 3. Transporte 4. Almacenamiento [y] 5. Comercialización”* (AZ 5, folio 312). A continuación, expuso que *“Este proceso se inicia con la separación de los residuos en la fuente como consecuencia de la concientización de la comunidad sobre la importancia de esta labor o mediante la separación manual que realizan los recicladores. Los residuos separados podrán ser recolectados por la ruta especial de reciclaje o por los recicladores, en ambos casos serán transportados a las bodegas de acopio y comercialización zonales, en donde serán preparadas para su final comercialización”* (AZ 5, folio 312). Frente a las operaciones adelantadas por los recicladores en dicho proceso, anotó que *“(…) los recicladores intervienen en la separación de los residuos cuando ésta no se hace en la fuente, en el transporte de los residuos que ellos mismos clasifiquen, en la gestión del almacenamiento y su posterior comercialización”* (AZ 5, folio 312).

3.1.2.4 Con relación al peso de los residuos, indicó que éstos son separados según su fuente para ser pesados, labor que se realiza en la báscula *“(…) en el momento de su ingreso al centro de acopio de cada zona”* (AZ 5, folio 313). Además, frente a la pregunta tendiente a establecer qué incidencia tiene el

peso de los residuos en el cálculo de la tarifa, respondió que la mencionada tarifa se calcula “(...) *con base en el tonelaje que llega al relleno sanitario para cada ASE de acuerdo al peso arrojado por la báscula*” (AZ 5, folio 313). Y agregó que “*El peso de los residuos tiene relación directa con el costo variable medio de referencia (CVMR), con el costo del transporte por tramo excedente y con el costo de la disposición final (Resolución 351 y 352 de 2005). Si existe una diferencia de peso, entre el proceso de recolección y la disposición final, caso de reciclaje, esta diferencia se convierte automáticamente en un beneficio para el usuario*” (AZ 5, folio 314).

3.1.2.5 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 “(...) *definida como la forma en la cual el operador recoge el material reciclable separado previamente en los hogares*” (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. Sobre la relación de dicha ruta con los usuarios, manifestó que “(...) *La Ley 1466 de 2011 autorizó la creación del Fondo Social de los Recicladores para que los recursos generados por los comparendos ambientales alimenten el fondo que será destinado al bienestar de los recicladores colombianos*” (AZ 5, folio 315).

3.1.2.6 En torno al incremento de las organizaciones de recicladores de segundo nivel, que pasaron de ser cuatro (4) a doce (12) desde la licitación del Relleno Sanitario Doña Juana, apuntó que desconoce el proceso de formación de este tipo de organizaciones. Así mismo, aseguró no haber adelantado negociación alguna con ellas, pues solamente hasta la adjudicación de las ASEs podrá saberse con certeza con cuál de ellas se desarrollará el contrato. Agregó que los derechos que tendrán estas organizaciones, son aquellos establecidos en la oferta como participación de utilidades de la empresa, además “(...) *todo el material que no sea seleccionado en la fuente por los ciudadanos se clasificará por los recicladores, como hasta ahora se ha hecho, confluyendo éste y el de la ruta selectiva en el mismo centro de acopio*” (AZ 5, folio 316).

3.1.2.7 Sobre la división presente y futura de las utilidades derivadas de la Licitación Pública 001 de 2011, CAVO VIGIA comunicó que “*Las utilidades se dividirán entre los accionistas de la UNION TEMPORAL CALVO VIGIA en nuestro caso y los socios industriales que son la organización de segundo nivel que haya ganado el sorteo de la ASE que nos sea asignada (...)*” (AZ 5, folio 316). De manera puntual, señaló que en su oferta se entregará a la organización de segundo nivel que corresponda “*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*” (AZ 5, folio 316). Explicó además que el aporte de industria de los recicladores contemplado en el pliego de condiciones de la licitación en comento 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).

3.1.2.8 En cuanto a las prerrogativas ofrecidas a los recicladores, CAVO VIGIA informó que “(...) *están perfectamente definidas en el Pliego de Condiciones y en la oferta presentada*” (AZ 5, folio 317); y se trata de “(...) *a. contratación por parte de la empresa de algunos de sus afiliados gozando de todas las garantías laborales establecidas por la ley colombiana c. comercialización de los residuos de la ruta de reciclaje d. Capacitación y participación en el programa de educación formal contemplado dentro del Plan de Gestión Social de la empresa*” (AZ 5, folio 317). Adicionalmente, señaló que tales condiciones no son susceptibles de modificación alguna a lo largo de la ejecución del contrato por hacer parte de los pliegos de condiciones, de las adendas y de la propuesta.

3.1.2.9 Cuestionada sobre las utilidades proyectadas para cada una de las ASE, esta unión temporal respondió que dicha información no puede ser suministrada por ser confidencial y depender del análisis financiero que fue incluido en la oferta económica que todavía no se ha dado a conocer. Aún así, reiteró que “(...) *los recicladores recibirán el porcentaje de los dividendos establecidos en nuestra oferta en su calidad de socios de industria para cada una de las ASE que nos sea adjudicada, de acuerdo a la oferta ya presentada (...)*” (AZ 5, folio 318). En directa relación con lo anterior, alegó que no se ha proyectado ninguna utilidad por el aprovechamiento de residuos sólidos “(...) *toda vez que los Pliegos de la Licitación determinan que el producto de la venta de los materiales recuperados es exclusivamente de los recicladores (...)*” (AZ 5, folio 318). Añadió que está plenamente de acuerdo con esta estipulación, pues es parte de su compromiso ambiental.

3.1.2.10 Finalmente, en lo relativo al acceso cierto y seguro a los residuos sólidos, anotó que lo comprende cómo “(...) *la real cobertura del servicio de recolección selectiva de material reciclable en la ciudad [,] que le otorgue a los recicladores autonomía en esta actividad*” (AZ 5, folio 318). En cuanto al acceso seguro, señaló que lo entiende como la garantía de “(...) *las condiciones de seguridad industrial que aseguren la protección de los recicladores, mediante el uso de la dotación adecuada definida por las normas de seguridad y calidad vigentes*” (AZ 5, folio 318). Y añadió que “*En desarrollo de la licitación los proponentes nos obligamos no solo a permitir el ejercicio de los recicladores en su ASE, sino que debemos presentar a la UAESP, en los seis primeros meses un Plan de Trabajo que garantice el mejor aprovechamiento de la Ruta de Reciclaje y entregar la dotación y las herramientas requeridas para adelantar esta labor*” (AZ 5, folios 318 - 319).

3.1.2.11 En directa relación y frente a si la licitación en comento garantiza a los recicladores el acceso cierto y seguro a los residuos sólidos, esta Unión Temporal consideró que “(...) *nunca habían tenido los recicladores tantos beneficios como los que recibirán como consecuencia del cumplimiento por parte del concesionario de las cláusulas del contrato referentes a la inclusión de la población de recicladores en condiciones de vulnerabilidad*” (AZ 5,

folio 310). Además, el incumplimiento de tales cláusulas acarrearía para el proponente numerosas sanciones que incluyen la cancelación del contrato.

3.2 ATESA Siglo XXI S.A.S. E.S.P. (AZ 2, folio 232 a 235)

El representante legal de este proponente, Carlos Germán Arroyave, tras la solicitud efectuada por esta Corporación en el Auto 180 de 2011, intervino dentro del incidente para señalar que “(...) *los puntos de vista que el Consejo de Estado ha previsto en esta materia (...)*”⁶⁰ (AZ 2, folio 233), resultaban relevantes para esclarecer el cumplimiento o no de acciones afirmativas a favor de la población de recicladores de Bogotá.

3.2.1 Comenzó por señalar que en la sentencia T-724 de 2003, no se definió con claridad qué debía entenderse por tales acciones. Sin embargo y sin especificar a qué providencia se refería, expuso que “(...) *en el auto del Consejo de Estado (...)*” (AZ 2, folio 234) sí se determinaron algunos parámetros.

En este sentido, apuntó que la participación accionaria se constituye en una acción afirmativa, “(...) *por cuanto es un incentivo real para ser empresarios del servicio en la medida en que serán parte efectiva de la sociedad prestadora, de sus utilidades y de los demás derechos que les concede la condición de accionistas*” (AZ 2, folio 234). Aunado a ello y sin exponer razones, manifestó que la ruta de reciclaje es en sí misma una acción afirmativa, dado que contempla un plan operativo con un itinerario preciso y definido. Igualmente, apuntó a que la obligación de vincular laboralmente a los recicladores ayuda a la formalización de ese grupo poblacional.

Por lo demás, el precio del reciclaje “(...) *quedará a la dinámica propia del mercado, del valor de los productos, de su calidad, etc., en la medida en que es una actividad vinculada a procesos netamente de comercialización de productos con el sector real de la economía, que no pueden fijarse de antemano por contrato o por resolución*” (AZ 2, folio 234).

Finalmente, adujo que en razón a las condiciones previstas en la Licitación, “(...) *no [han]adelantado acercamiento, tratativa, negociación y menos aún acuerdo alguno con ninguna de las Asociaciones de recicladores de Segundo Nivel asignadas a cada área de servicio exclusivo – ASE – (...)*” (AZ 2, folio 235).

3.2.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, este proponente remitió un nuevo escrito dirigido a dar respuesta al cuestionario formulado⁶¹.

3.2.2.1 Inicialmente, citó los Decretos 1713 de 2002 y 1505 de 2003, en los cuales se le da alcance al término aprovechamiento. Seguidamente, ATESA aseguró que “(...) *tanto las actividades dirigidas a efectuar la recolección, el*

⁶⁰ A pesar de que este interviniente mencionó al Consejo de Estado, lo cierto es que las providencias a las que aludió fueron todas proferidas por la Corte Constitucional.

⁶¹ AZ 5, folios 290 a 299.

transporte, como la separación de los residuos aprovechables, son realizadas por los recicladores de oficio” (AZ 5, folio 291). En cuanto al aprovechamiento, hizo referencia textual a los mismos decretos para definir reutilización como “(...) la prolongación y adecuación de la vida útil de los residuos sólidos recuperados y que mediante procesos, operaciones o técnicas devuelven a los materiales su posibilidad de utilización en su función original o en alguna relacionada, sin que para ellos requieran procesos adicionales de transformación” (AZ 5, folio, 292). Además, definió reciclaje como “(...) el proceso mediante el cual se aprovechan y transforman los residuos sólidos recuperados y se devuelve a los materiales su potencialidad de reincorporación como materia prima para la fabricación de nuevos productos” (AZ 5, folio 292).

3.2.2.2 A la par, ATESA trajo a consideración el Anexo 21 del pliego de condiciones de la Licitación 001 de 2011, que prevé que los recicladores estarán a cargo de la ruta de reciclaje, de la actividad de aprovechamiento y que “[e]l material que recojan (...) 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” (AZ 5, folio 292). Así las cosas, “[l]os operadores del servicio público de aseo, conforme al pliego de condiciones, no intervienen en ninguna de estas etapas, en tanto están llamadas únicamente a prestar apoyo a los recicladores de su ASE, en los términos del anexo 21 (...) y a compartir las utilidades generadas por la prestación del servicio de aseo con los mismos” (AZ 5, folio 293).

3.2.2.3 En lo que tiene que ver con el pesaje, ATESA sostuvo que éste lo realizan los recicladores al momento de comercializar los residuos. “Eventualmente, el pesaje se produce al momento de la recolección de los residuos por parte de los recicladores de oficio cuando dicha recolección implica una venta del material por parte del generador al reciclador” (AZ 5, folio 293). De todos modos, “(...) la CRA precisa que el pesaje de los residuos para los suscriptores que no sean aforados –es decir, a quienes no se les realiza el pesaje al momento de la recolección de los residuos- se realiza en los sitios de disposición final (rellenos sanitarios o sitios de aprovechamiento). Por estas razones regulatorias, es obligatorio que estos sitios tengan báscula de pesaje” (AZ 5, folio 293). Con todo, anotó que los residuos aprovechables se separan en función de sus características y composición, es decir, en orgánicos, inorgánicos, papel, cartón, vidrio, etc., y no en función del tipo de generador. También recalcó que esta separación nunca se hace en el relleno sanitario. Ligado a lo precedente, manifestó que el peso incide en la tarifa a cobrar, puesto que está incluido en la metodología tarifaria.

3.2.2.4 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 “(...) con los apoyos, dotaciones y equipos que los operadores hemos ofrecido dentro de las ofertas presentadas” (AZ 5, folio 294). Adicionalmente, respondió a la Corte que en el reparto de utilidades se atenderá

a lo ordenado en el pliego de condiciones, esto es, que los socios industriales tendrán derecho a recibir utilidades por lo menos una vez al año.

Atado a lo anterior, ATESA planteó que “(...) *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).

3.2.2.5 En cuanto al Fondo de Reciclaje, aseveró que “(...) *corresponde a un fondo-cuenta destinado a beneficiar a la población de recicladores o a la actividad del reciclaje, y se alimenta del 50% del valor anual de las toneladas de material potencialmente reciclable que recojan los recicladores de oficio en las rutas de reciclaje que la entidad devolverá a los mismos*” (AZ 5, folio 296). Sumado a lo cual, frente al incremento en las organizaciones de reciclaje de segundo nivel a 12 grupos, no expresó opinión por tratarse de un tema que fue del resorte exclusivo de la UAESP.

3.2.2.6 Con ocasión de las negociaciones adelantadas con las organizaciones de recicladores, ATESA respondió que “(...) *no hemos adelantado acercamiento, tratativa, negociación y mucho menos acuerdo alguno o negociación de parámetro alguno con ninguna de las asociaciones de recicladores (...) que de manera autónoma e independiente fueron definidas y seleccionadas por la UAESP*” (AZ 5, folio 297). Más aun, hizo énfasis en que todos los derechos de los recicladores provienen del pliego de condiciones y que “[n]o existe ningún derecho a favor de los recicladores que provenga de negociación alguna con nosotros” (AZ 5, folio 298). Asimismo, insistió en que la UAESP precisó que las asociaciones de recicladores no serían accionistas de capital.

Al final de su escrito, aclaró que “[e]l *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*” (AZ 5, folio 298). De todas maneras, advirtió que el comportamiento del negocio es dinámico y puede sufrir variaciones. Luego, precisó 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).

Para terminar, ATESA expuso que el acceso cierto y seguro a los residuos sólidos debe comprenderse como “(...) *la efectividad del acceso que dicha población (la recicladora) tiene respecto de los residuos aprovechables*” (AZ 5, folio 299). En tal orden de ideas, entiende que “(...) *conforme a las condiciones de la actual licitación la población recicladora tiene total acceso a los residuos aprovechables desde la fuente de generación, en la medida en que se prohíbe a los operadores del servicio de aseo desarrollar la actividad*

de aprovechamiento, dejando dicha actividad en cabeza únicamente de la población recicladora. Por ello, consideramos que la actual licitación garantiza tal acceso a los residuos a favor de la población recicladora exclusivamente” (AZ 5, folio 299).

3.3 Promesa de Sociedad Futura ASEO Bogotá (AZ 2, folio 236 a 237).

El señor Eduardo Gómez Vásquez, obrando como representante legal del proponente mencionado, manifestó que se cumplen a cabalidad las obligaciones de incluir acciones afirmativas para la contratación del servicio público de aseo, contempladas en la sentencia T-724 de 2003 y el Auto 268 de 2010. Esto, en razón a que “(...) *se incluyeron factores de evaluación y por lo mismo de asignación de puntaje que propenden por el mejoramiento de la calidad de vida y el desarrollo de la actividad de la población de Bogotá dedicada a la actividad del reciclaje de desechos (...)*” (AZ 2, folio 236).

3.3.1 En efecto, se exigió la participación de las organizaciones de segundo nivel como accionistas, calificando el monto accionario otorgado a cada una de ellas. Esto, “(...) *no sólo les otorgará el estatus de empresarios, sino que permitirá la obtención de importantes utilidades en desarrollo de la concesión (...)*” (AZ 2, folio 236). Así mismo, se impuso la obligación de entregarles dotaciones y elementos que permitan el desarrollo de la actividad “(...) *con mayor decoro, condiciones de higiene y en general de facilitación para su labor*” (AZ 2, folio 237).

Finalmente, al igual que los proponentes anteriormente mencionados, señaló que “(...) *a la fecha, no ha adelantado negociación alguna con las Asociaciones de Recicladores de Segundo Nivel, toda vez que cualquier negociación eventual está necesariamente ligada a la adjudicación de una o dos ASEs (...)*” (AZ 2, folio 237).

3.3.2 Promesa de Sociedad Futura Aseo Bogotá S.A. E.S.P., allegó escrito a la Corte Constitucional en cumplimiento del Auto 189 de 2011.

3.3.2.1 En primer término, acudió al artículo 1º del Decreto 1713 de 2002 para determinar el concepto de aprovechamiento como “(...) *el conjunto de actividades dirigidas a efectuar la recolección, transporte, y separación (...) de residuos sólidos que serán sometidos a procesos de reutilización, reciclaje o incineración con fines de generación de energía, compostaje, lombricultura o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos en el marco de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos*” (AZ 5, folio 300). Sumado a lo cual, expuso las cuatro etapas principales de aprovechamiento, a saber: producción, recolección, recuperación y disposición.

La producción es, según el escrito de Aseo Bogotá, la generación de residuos sólidos. La recolección, por su lado, consiste en recoger los residuos. La recuperación “[c]onsta de la separación de los residuos que por su composición y naturaleza, pueden ser sometidas (sic) a distintos tratamientos

para su transformación, reuso y comercialización” (AZ 5, folio 301). La etapa final del proceso “(...) consiste en depositar los residuos, que no han sido recuperados y no es posible reinsertarlos a un nuevo ciclo productivo mediante ningún mecanismo, por lo que deben ser dispuestos en lugares con éste (sic) fin como son los rellenos sanitarios al término de su vida útil” (AZ 5, folio 301).

En opinión de Aseo Bogotá, en el proceso de aprovechamiento los operadores y los recicladores participan de manera paralela. De modo que “[l]os operadores del Servicio de Aseo realizan la actividad de aprovechamiento por medio de la adopción de ruta de reciclaje que realizan los recicladores. De esta manera se garantiza que los prestadores paguen el costo de oportunidad por la actividad de recolección que hacen los recicladores” (AZ 5, folio 301).

3.3.2.2 Sobre el procedimiento de pesaje de los residuos, Aseo Bogotá precisó que “[l]a metodología actual indica que los residuos potencialmente aprovechables se pesan en el momento en que los camiones ingresan a los centros de Reciclaje o aprovechamiento” (AZ 5, folio 302). Por consiguiente, apuntó que el costo de disposición final para los usuarios corresponde al “(...) costo promedio ponderado de la suma de las toneladas aprovechables y no aprovechables. En este escenario los ingresos agregados de la empresa por realizar cada actividad por separado deben ser iguales a los que obtendría sin hacer el aprovechamiento” (AZ 5, folio 302).

3.3.2.3 Ahora bien, en lo que a la ruta de reciclaje se refiere, Aseo Bogotá relató la manera cómo funciona hoy en día para después establecer que el usuario realiza la separación en la fuente y presenta los residuos reciclables en los días y horas previstos por la empresa de aseo. “Una vez que el concesionario realiza la recolección del material recuperable, debe disponerlo en el centro de reciclaje o centro de acopio asignado, cumpliendo la ruta de recolección selectiva” (AZ 5, folio 303).

3.3.2.4 Aseo Bogotá sintetizó que “(...) 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” (AZ 5, folio 303). Añadió que en la aprobación de los estados financieros interviene el revisor fiscal y todos los accionistas, incluidos los de industria, en los términos previstos en los estatutos sociales y en el Código de Comercio.

3.3.2.5 De igual modo, entregó una explicación con respecto a los aportes de industria con base en las normas pertinentes del Código de Comercio y enunció los derechos que tendrán las organizaciones recicladoras como accionistas de industria: derecho a recibir utilidades por lo menos una vez al año, derecho a participar porcentualmente del mayor valor de la empresa al momento de su liquidación y derecho a que la participación ofrecida a la organización no sea modificada durante el período de duración de la concesión. Paralelamente, las organizaciones de recicladores no podrán vender

o ceder, a ningún título, su participación durante la ejecución del contrato. Concluyó este apartado indicando que “(...) *las asociaciones de recicladores no harán aporte alguno como socios o accionistas industriales, hasta el punto que ni 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).

3.3.2.6 Aseo Bogotá explicó que el Fondo de Reciclaje “(...) *es un instrumento para la avanzada en la implementación de los programas en beneficio de los recicladores*” (AZ 5, folio 305), cuyas fuentes de financiación son “(...) *los recursos de promoción al reciclaje y aprovechamiento que se asignen en la prestación del servicio público de aseo*” (AZ 5, folio 305), “(...) *el aporte que los administradores de los centros o parques de reciclaje definan destinar a este fondo*” (AZ 5, folio 305), “(...) *los recursos gestionados para tal fin de la cooperación nacional e internacional*” (AZ 5, folio 305) y “(...) *donaciones de diversa fuente*” (AZ 5, folio 305).

3.3.2.7 Por otra parte, constató que desconoce las causas por las cuales se incrementó el número de organizaciones de segundo nivel. Aunado a ello, alegó no tener “(...) *la obligación de entrar en contacto con las asociaciones de recicladores, efectuando negociación alguna toda vez que su asignación fue producto de los procedimientos elaborados por la UAESP*” (AZ 5, folio 306).

A más de lo anterior, declaró que “(...) *la utilidad estaría dada de manera independiente para cada una de las ASE entre un 15 y un 20%*” (AZ 5, folio 306). “*No obstante, la utilidad para el aprovechamiento si bien no está referenciada en el marco regulatorio actual de servicio, si (sic) será un valor real para quienes recojan los materiales potencialmente aprovechables, en este caso los recicladores y en los valores que hemos establecido en nuestra oferta*” (AZ 5, folio 306).

3.3.2.8 En su entender, el acceso cierto y seguro a los residuos sólidos alude a una garantía que tienen los recicladores de acceder a los residuos potencialmente aprovechables presentes en el ASE donde desarrollen su labor. De suerte tal que Aseo Bogotá estimó que dicho acceso cierto y seguro se garantiza en la actual licitación “(...) *a través de la exclusividad que brinda a los recicladores de oficio de ejercer su actividad en un área de servicio exclusivo, minimizando la competitividad actual que se presenta en este componente*” (AZ 5, folio 306).

3.3.2.9 Por último, agregó que “[e]l aprovechamiento en la futura concesión (...) *debe medirse como el resultado de aumentar la recolección de materiales potencialmente aprovechables, donde los Concesionarios aportarán el valor o la utilidad que a la fecha es sacrificada por los recicladores debido a los costos no reconocidos por la recolección de estos materiales. Por lo tanto[,] se mejorará su actividad económica sin ninguna inversión adicional. También se les otorgarán utilidades por la recolección, transporte y barrido de los*

residuos sólidos, es decir por actividades del servicio Aseo que no ejecutan” (AZ 5, folio 307).

3.4 Unión Temporal Gestión Ambiental (AZ 2, folio 238 a 253)

Menzel Amín Avendaño, representante legal de la Unión Temporal Gestión Ambiental, intervino dentro del incidente para manifestar que “(...) *en ningún momento se ha hecho partícipe dentro de la Licitación Pública No. 001 de 2011 abierta por la UAESP*” (AZ 2, folio 238). Sin embargo, recordó que sí lo hizo para la licitación correspondiente al Relleno Sanitario Doña Juana.

Como quiera que las consideraciones efectuadas por la unión temporal para efectos de la disposición final de residuos no se encuentran relevantes para este asunto y, fueron resumidas en el Auto 268 de 2010, la Sala se abstiene de efectuar un recuento de las mismas.

3.5 Promesa de Sociedad Futura IPSUM (AZ 2, folio 254 a 265).

3.5.1 El ciudadano previamente mencionado, Menzel Rafael Amín Avendaño, intervino como representante legal de este proponente⁶² y sobre el punto materia de estudio indicó que los recicladores han sido escuchados en varias instancias disímiles durante todo el proceso licitatorio. Para esto, se celebraron diferentes audiencias, lo cual garantizó que sus intereses fueron escuchados por la UAESP y por los proponentes.

Se refirió –al igual que los anteriores proponentes – a la participación accionaria otorgada a la organización de segundo nivel, a la vinculación “(...) *de mano de obra para adelantar las labores de corte de césped y poda de árboles (...)*” (AZ 2, folio 256) y al porcentaje de aprovechamiento dentro de las rutas de reciclaje. Estos elementos constituyen tres (3) de los cinco (5) componentes de evaluación previstos, sumando en total 200 puntos de los 1000 posibles.

En este sentido, 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.

⁶² Lo anterior es explicado por el referido ciudadano de la siguiente manera: “(...) *En relación con el oficio a través del cual fuimos notificados el pasado 12 de Agosto (...) es de mencionar que el mismo iba dirigido a la Unión Temporal Gestión Ambiental, y no al proponente plural conformado por mis representadas (...). Al parecer la Corporación tuvo en cuenta que la Unión Temporal Gestión Ambiental participó en la Licitación Pública 001 de 2010 para contratar la operación del Relleno Sanitario Doña Juana. No obstante, dado que mis representadas conforman un proponente plural (...) procederé a indicar las razones por las cuales considero que en [esta] licitación se cumplen las obligaciones de incluir acciones afirmativas (...)*” (AZ 2, folio 255).

El hecho de que la participación accionaria sea un criterio de calificación, ha tenido como consecuencia “(...) *que algunos de los proponentes [hayan ofrecido] que entregarían una participación accionaria a las organizaciones de recicladores de segundo nivel [de] 49% al 71%*” (AZ 2, folio 258). En este sentido, adujo que existen criterios de desempate concernientes a tal participación.

Igualmente, la puntuación atinente a los puestos de trabajo, se ha constituido en un incentivo para vincular y formalizar a los recicladores de Bogotá. Lo que ha implicado que algunos oferentes hayan propuesto crear 1100 puestos de trabajo. “(...) *De este modo[,] habría una discriminación positiva a través de una acción afirmativa de la UAESP, que permite dar preferencia a la contratación de mano de obra de población recicladora (...)*” (AZ 2, folio 259). Igualmente, tal vinculación se constituye en un criterio de desempate.

En cuanto a las rutas de reciclaje, manifestó que en razón a que se darán 50 puntos por tal concepto, se generó un incentivo “(...) *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 (...)*” (AZ 2, folio 260). Por ello, 10 de los 13 proponentes ofertaron aumentar tal cobertura a un 100% de usuarios.

Finalmente, al igual que todos los proponentes anteriores, expuso que “(...) *no han entrado en procesos de negociación con las organizaciones de recicladores de segundo nivel (...). [De hecho] teniendo en cuenta los incentivos establecidos en el Pliego de Condiciones (...) las organizaciones de recicladores de segundo nivel no requieren de aumentar su poder de negociación para conseguir condiciones más favorables (...)*” (AZ 2, folios 260 y 261).

3.5.2 Posteriormente, para dar respuesta al Auto 189 de 2011, envió un nuevo escrito en el cual señaló lo siguiente:⁶³.

3.5.2.1 El aprovechamiento debe ser entendido en el marco fijado por el Decreto 1713 de 2002, la Ley 632 de 2000, la Ley 689 de 2001, el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993. Por ello, tal actividad comprende la recolección, transporte y separación de residuos sólidos que serán sometidos a procesos de reutilización, reciclaje o incineración con fines de generación de energía, compostaje o cualquier actividad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y económicos.

3.5.2.2 A continuación, repitió parámetros contenidos en el anexo 21, atinentes a que los recicladores tradicionales serán los encargados de recoger los residuos a partir de la acera. Igualmente, expuso que el concesionario

⁶³ AZ 5, folio 165 a 183.

entregará implementos y acompañará a las organizaciones de segundo nivel para incrementar la recolección de material potencialmente aprovechable.

3.9.2.3 Para referirse a la etapa concreta en que intervienen los recicladores, reiteró que tanto el Decreto 1713 de 2002 como el Decreto 1503 de 2003 contemplan el proceso de la siguiente manera: generación, separación en la fuente, presentación, recolección, transporte, acopio y clasificación, tratamiento, transformación y embalaje, comercialización, y reincorporación al ciclo económico y productivo. La participación de los recicladores se dará principalmente en la recolección selectiva y las subsiguientes etapas, dado que –conforme al pliego–, serán propietarios de lo que recojan y podrán comercializarlo.

3.5.2.4 En cuanto al pesaje, mencionó que aquel material informalmente recolectado es pesado al momento de la venta final al cliente. En cambio, aquel que no sea seleccionado, llega al Relleno y ahí es pesado. “(...) *En todo caso, en el futuro y de acuerdo con la normatividad vigente, teniendo en cuenta que el Aprovechamiento en el marco de la GIRS [Gestión Integral de Residuos Sólidos] se considera como una actividad de disposición final, el MPR [Material Potencialmente Reciclable] sería pesado en los sitios de acopio u transformación (...)*” (AZ 5, folio 170). A su vez, indicó que el peso de los residuos es vital para determinar la tarifa, dado que uno de los componentes es el costo de tratamiento y disposición final, que dependen exclusivamente del número de toneladas dispuestas en el sitio de disposición final.

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%.

3.5.2.5 Con respecto a las utilidades para las organizaciones de recicladores del ASE respectivo, apuntó que recibirán una vez al año un porcentaje que se pagará antes de las reservas y capitalizaciones. Por otra parte, adujo que aquellas devienen del aporte de industria de los recicladores, que es fruto de las obligaciones contempladas en el Auto 268 de 2010 y que correspondería “(...) *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). Esto, a pesar de que el objeto de la licitación expresamente excluye el aprovechamiento.

3.5.2.6 En cuanto al Fondo de Reciclaje, alegó que el anexo 6 lo menciona, pero se abstuvo de efectuar mayores comentarios al respecto. Por lo demás, también enfatizó que carece de conocimiento para explicar el por qué del aumento de organizaciones de segundo nivel. Sin embargo, señaló que debido a la ausencia de requisitos atinentes a la antigüedad, es posible que personas

que hubiesen ejercido la actividad decidieran coaligarse para participar de la licitación. Aunado a esto, expuso que no ha efectuado negociación alguna con esas asociaciones, dado que el pliego de condiciones no lo exigía ni permitía.

3.5.2.7 Por lo demás, relató que para cada ASE existe una proyección diferente de utilidades. Sin embargo, dado que se trata de información confidencial y a pesar de haberla consignado, solicitó a esta Corporación no revelarla. Ahora bien, con respecto al material potencialmente aprovechable, expuso que entiende que su comercialización estará a cargo de las organizaciones de segundo nivel. Por ello, dentro de las utilidades, no se incluyó ningún rubro correspondiente al aprovechamiento de los residuos sólidos.

3.5.2.8 Finalmente, en cuanto al acceso cierto y seguro a estos materiales, apuntó que lo comprende como “(...) *la posibilidad que tendrán tanto los concesionarios como los recicladores de llevar a cabo todas las actividades propias del servicio de recolección, transporte, barrido y limpieza de residuos sólidos en el caso de los concesionarios, y de aprovechamiento de residuos en el caso de los recicladores (...). Frente al acceso seguro, (...) se entregará a los recicladores de oficio la dotación, equipo y herramientas que [les] permitan (...) llevar a cabo su oficio protegiendo su integridad física*” (AZ 5, folio 183).

3.6 Consorcio CONAMBIENTALES y Unión Temporal ASEO Triple A (AZ 2, folio 266 a 268)

3.6.1 CONAMBIENTALES señaló que a su parecer todo lo concerniente a las acciones afirmativas ya fue tratado y agotado en la audiencias públicas adelantadas durante el proceso de la referida licitación. Igualmente, adujo que la asignación de cada una de las organizaciones de segundo nivel se debió a un sorteo elaborado por la UAESP y que no “(...) *ha adelantado conversación alguna y mucho menos (...) contacto con alguna de estas asociaciones*” (AZ 2, folio 267).

3.6.2 Posteriormente, en respuesta al Auto 189 de 2011, expuso lo siguiente⁶⁴:

3.6.2.1 Se asocian al aprovechamiento múltiples actividades; entre ellas la generación, la recuperación, el transporte, el almacenamiento, la pretransformación y la reutilización. Los recicladores, participan principalmente en la recuperación, el transporte y la pretransformación.

Concatenado esto, señaló que el Decreto 312 de 2006 adoptó el Plan Maestro para el Manejo Integral de Residuos Sólidos. Empero, no presenta una descripción del proceso de aprovechamiento, ni las etapas en las que intervienen los recicladores. A pesar de ello, apuntó que en el referido Decreto se contemplan estrategias para aumentar la competitividad de la cadena del

⁶⁴ AZ 5, folio 184 a 192.

reciclaje, que deberán ser apoyadas por el Distrito, vinculando a la población recicladora.

3.6.2.2 En cuanto al pesaje de material potencialmente aprovechable, alegó que en el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos de la Ciudad (PGIRS) – Decreto 620 de 2007 – se menciona, en el artículo 24, la importancia de que las bodegas de reciclaje cuenten con un área donde se pueda determinar el tonelaje recuperado. Sin embargo, a continuación expuso que el “(...) *PIGIRS (...) no presenta ningún señalamiento ni procedimiento al respecto, se hace referencia únicamente al sistema de pesaje en el sitio de disposición final*” (AZ 5, folio 186). Sumado a esto, alegó que el pesaje resulta fundamental para determinar la tarifa, dado que la medición resulta relevante para fijar el cobro del servicio. Para el caso de la recolección y disposición final, se utiliza “(...) *el número total de toneladas que ingresan al relleno sanitario de cada área de prestación entre el número de suscriptores de dicha área (...)*” (AZ 5, folio 186). Con respecto a la ruta de reciclaje, se limitó a mencionar aspectos contemplados en el anexo 5 del pliego de condiciones.

3.6.2.3 A más de lo anterior, frente a la división de las utilidades derivadas de la concesión, recordó que existirán dos tipos de socios: de capital y de industria. Los primeros recibirán utilidades luego de que la Asamblea General de accionistas apruebe los estados financieros. En cambio, los segundos se beneficiarán de las utilidades conforme a lo establecido en el pliego de condiciones. Con todo, aclaró que estas 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).

Vale la pena señalar que este proponente no respondió concretamente en qué consiste el aporte de industria de la población recicladora. Igualmente, omitió ahondar en el funcionamiento o existencia del Fondo de Reciclaje. Por lo demás, también enfatizó que no le corresponde explicar el por qué, del incremento a doce (12) organizaciones de segundo nivel. Empero, alegó que en razón al sorteo para adjudicar las ASEs, donde como proponente no tuvo ninguna ingerencia, no ha adelantado conversación alguna o negociación con tales asociaciones.

3.6.2.4 Con respecto a las posibles utilidades, expuso que no tiene control total sobre las variables que incidirían en las ganancias de la empresa. Por ello, se abstuvo de responder la pregunta de fondo. Sumado a lo cual, mencionó que su relación con el aprovechamiento sólo redundará en acompañamientos a los recicladores, por lo que no espera beneficios económicos de esta actividad.

3.6.2.5 Finalmente, alegó que por acceso cierto a los residuos sólidos comprende “(...) *la facilidad que tendrían los recicladores de obtener el material para desarrollar su labor (...)*” (AZ 5, folio 192). Así las cosas, no observa que exista tensión entre la labor de los recicladores y la recolección de

la empresa, pues tal actividad se desarrollará con antelación a la recolección de los residuos ordinarios dispuestos en la vía para disposición final.

3.6.3 Por su parte, la Unión Temporal Aseo Triple A, apuntó que tampoco ha adelantado procesos de negociación con las diferentes organizaciones de recicladores de segundo nivel.

3.6.4 Al igual que el anterior proponente, esta Unión Temporal envió un nuevo escrito tras el Auto 189 de 2011 para absolver los interrogantes allí planteados⁶⁵. En este sentido, también hizo referencia a las normas que regulan el aprovechamiento, entre ellas el Decreto 1505 de 2003, y expuso que las actividades que realizarán los recicladores serán la recolección, separación y comercialización de los materiales potencialmente aprovechables.

3.6.4.1 Frente al pesaje, alegó que no tiene conocimientos respecto a cómo se efectúa, pues esta actividad no le corresponde al operador. Por lo mismo, “(...) *tampoco [sabe] cómo opera la separación en la fuente dentro del proceso de aprovechamiento desarrollado en virtud de la licitación*” (AZ 5, folio 237). Sin embargo, mencionó que la medición de los residuos provenientes del aprovechamiento provocará una reducción en las tarifas a pagar por los usuarios.

3.6.4.2 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. Aunado a esto, relató que dependiendo de las ASEs se proyectan disímiles utilidades. Empero, enfatizó que “(...) *examinados los pliegos y sus anexos, (...) NO encontró aparte alguno en el que se indicara en qué consiste este aporte de industria [de las organizaciones de segundo nivel]; no obstante lo [incluyeron] en [su] propuesta por cuanto éste era una exigencia del pliego*” (AZ 5, folio 238). A pesar de ello, recordó que la UAESP, en respuestas dadas a observaciones elevadas frente a la licitación, indicó que las acciones de industria representan el trabajo de dichas asociaciones, que se encargarán de hacer seguimiento, control, vigilancia, coordinación, educación e interlocución con aquellos recicladores de base que trabajen en el ASE respectivo.

3.6.4.3 Omitió referirse al Fondo de Reciclaje y al aumento de las organizaciones de segundo nivel, dado que ambos son asuntos ajenos al proponente. A más de ello, reiteró que no ha efectuado negociaciones con dichas asociaciones. Asunto que, a su parecer, no incidirá en los beneficios que, según el pliego, les corresponden. En cuanto a las utilidades proyectadas, al igual que otros proponentes, se amparó en el artículo 15 de la Constitución para omitir la respuesta. Sin embargo, manifestó que no existen utilidades proyectadas por concepto de aprovechamiento.

⁶⁵ AZ 5, folio 236 a 240.

3.6.4.4 Finalmente, manifestó que entiende por acceso cierto y seguro a los residuos sólidos las actividades que se derivan de la asignación de ASEs, en razón a la exclusividad concedida al operador que prestará en ellas el servicio. Con todo, “(...) *la garantía de este acceso no está concedida al prestador del servicio, sino que entendemos se le concede a las organizaciones de reciclaje asignadas a cada ASE*” (AZ 5, folio 240).

3.7 Proponente Plural conformado por Ciudad Limpia Bogotá y otros (AZ 2, folio 269 a 299)

3.7.1 Felipe Holguín Peña, representante legal del proponente plural, intervino dentro de este incidente para señalar que a su parecer “(...) *la Acción Afirmativa que diseñó la UAESP en esta licitación y alrededor del componente de aprovechamiento en el servicio público y de formalización o inclusión de los recicladores no se cumple realmente (...). [De hecho, afirmó categóricamente que] no es una acción afirmativa real, capaz de incluir a los recicladores de oficio en el sistema de aseo (...)*” (AZ 2, folio 270).

3.7.1.1 Para desarrollar lo anterior, expuso que opera en Bogotá desde 1989 y que fue una de las empresas adjudicatarias en el dos mil tres (2003) de una de las ASEs licitadas en ese momento. Así mismo, manifestó que ha prestado el servicio público domiciliario de aseo en ciudades como Neiva, Yumbo, Cartagena, Tunja, Santiago de Chile, en Chennai y Ambattur (India), en Valencia (Venezuela) y en Colón (Panamá).

Tras relatar brevemente cómo opera para la prestación del servicio, enfatizó que paralelo a su actividad, desde la informalidad, “(...) *están – y desde antes que nosotros [han estado] – los recicladores de oficio con sus carretillas, balineras, costales y vehículos de tracción manual o animal*” (AZ 2, folio 272). Concientes de este hecho, adujo, han desarrollado una política para con este grupo poblacional que incluye su capacitación. Así mismo, una medida adoptada es dirigir y operar sus actividades sin competir con ellos. En este sentido, enfatizó que “(...) *Ciudad Limpia se encuentra diseñando un plan para apoyar a los recicladores en la nueva condición de ‘empresarios de la basura’ que les reconoció la Corte desde el caso de Cali (...)*” (AZ 2, folio 274). Sin embargo, no especificó en qué consiste el mismo, mas señaló que el negocio del proponente que representa no es el reciclaje; que –por lo demás– contempla como una actividad que no rivaliza, necesariamente, con la recolección para la disposición final en el relleno sanitario.

Del mismo modo, relató que en el 2003, se les había exigido a los proponentes montar un parque de reciclaje en el cual se daría trabajo a los recicladores. No obstante, tal asunto no se materializó y se terminó incluyendo en los contratos una ruta selectiva que debía llevar ciertos residuos a un centro piloto de aprovechamiento: La Alquería. Para ello, circula “(...) *un carro compactador (...) [cuya labor] consiste en recoger el material dentro de un 29% del ASE 6 y entregárselo al distrito en el centro de acopio ubicado en el barrio La Alquería en Bogotá, dicho material no representa más del 01% del total de material reciclable disponible dentro del [ASE]*” (subrayas del original) (AZ

2, folio 275). Una de las razones para ello, radicó en “(...) *que los recicladores de oficio recogían con antelación*” (AZ 2, folio 275). Por ello, considera –como se dijo anteriormente– que el aprovechamiento y la recolección para disposición final no compiten.

3.7.1.2 A continuación y tras mencionar el caso de los recicladores en Cali que dio origen a la sentencia T-291 de 2009, recordó cinco puntos –desarrollados en ese asunto–, que no fueron tenidos en cuenta dentro de la licitación pública 001 de 2011. Así, expuso que para esta última se impuso la asociación con las organizaciones de segundo nivel como criterio habilitante y de puntuación, mientras que en aquél caso solo se le tomó como criterio de desempate. En otras palabras, se permitía a los prestadores asociarse libremente. Por ello, tal requisito – enfatizó – se “(...) *constituye [en] una violación a la libertad de asociación, tanto de los empresarios cooperativistas como [de] los empresarios de capital (...)*” (AZ 2, folio 277).

3.7.1.3 De igual modo, en Cali se consideró que la licitación era solo una herramienta de formalización dentro de una política pública mucho más compleja – que incluía elementos dentro del Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS). En cambio, para Bogotá, “(...) *la licitación (...) busca convertirse en la herramienta única de formalización de los recicladores de oficio, sin mayores consideraciones del PMIRS [Plan de Manejo Integral de Residuos Sólidos]*” (AZ 2, folio 277).

3.7.1.4 De otro lado, adujo que en el caso caleño se impuso la necesidad de incluir a los recicladores como empresarios autónomos de la basura, situación que se echa de menos en el presente asunto. Esto último, también sucede ante la ausencia de mecanismos que aseguren acompañamiento permanente en aspectos técnicos, financieros y organizativos.

3.7.1.5 A continuación, desarrolló las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que en la actual licitación no se cumplen las obligaciones relativas a la inclusión de acciones afirmativas, pues las medidas adoptadas no sirven para la efectiva inclusión de la población en comento o para eliminar o reducir las diversas desigualdades que padecen. En este sentido, adujo que tales razonamientos fueron puestos en conocimiento de la UAESP durante diferentes etapas del proceso licitatorio, pero que la entidad hizo caso omiso a tales elementos.

3.7.1.6 Así las cosas, relató qué razones técnico-operativas sustentan su parecer. En primer lugar, apuntó que “(...) *no es conducente que se mezclen (...) las actividades de recolección, barrido y limpieza [– bajo la modalidad de ASEs –] con (...) la actividad de reciclaje y aprovechamiento, particularmente cuando esta actividad se deja sin exclusividad y en libre concurrencia del mercado (...)*” (AZ 2, folio 280). Lo anterior, por cuanto en la última actividad, sólo se es un actor más, que compite con recicladores que no conoce, pero con la obligación de desarrollar el aprovechamiento. En efecto, “(...) *los proponentes están obligados a ofertar un porcentaje de cubrimiento de reciclaje en cada una de las 6 ASE, el cual no puede ser*

inferior al 32%, aun cuando la actividad de reciclaje no le corresponde prestarla a los futuros concesionarios por virtud de los pliegos. En este sentido[,] se le asigna una responsabilidad a los futuros concesionarios que no depende de ellos, sino de quienes realicen en cada área la actividad de reciclaje” (AZ 2, folio 281). A su parecer, nada garantiza que efectivamente se cumpla con la obligación de aprovechamiento, a pesar de ser un criterio de calificación dentro de la licitación, dado que los proponentes no ostentarán ningún control sobre la actividad de los recicladores que – se reitera – se desarrollará bajo la égida de la libertad del mercado.

3.7.1.7 En cuanto a la obligación de vinculación laboral, apuntó que resulta una contradicción esperar que los proponentes efectúen las contrataciones, mientras se impone a las organizaciones de segundo nivel el deber de incentivar la afiliación de los recicladores para desarrollar la actividad de reciclaje. Esto conlleva, a su juicio, una competencia entre ambas partes por mano de obra que, además, tendrá como consecuencia que “(...) *los recicladores de oficio que sean contratados por los futuros concesionarios como mano de obra para actividades diferentes del reciclaje, no podrán afiliarse a una organización de recicladores, precisamente porque dejarán de dedicarse a esa actividad de reciclaje para pasar a realizar una actividad distinta, ya como asalariados” (AZ 2, folio 282). Esto conlleva, de hecho, un incentivo para la salida de los recicladores de la actividad, lo cual no puede entonces considerarse como una acción afirmativa.*

3.7.1.8 A más de lo anterior, expuso que para los proponentes que ya han prestado el servicio, tal condición se constituye en un conflicto frente a los actuales operarios – que a lo largo de los años se han capacitado – pues los obligará a competir con la mano de obra a contratar en razón a los puntajes que se otorgarán por esa causa. Asunto que, además, resulta una fuente de desigualdades entre los proponentes que concursan por primera vez, pues no tendrán que asumir el costo económico y moral de perder personal formado y con experiencia.

3.7.1.9 De otro lado, indicó que las condiciones fijadas por la UAESP permitieron que organizaciones formadas dos (2) o tres (3) meses antes del cierre de la licitación participaran, por lo que existen dudas sobre su calidad como asociaciones de recicladores. Al permitir que personas que no pertenecieran al gremio fueran beneficiadas de supuestas acciones afirmativas, se desnaturalizaron a las mismas.

3.7.1.10 Apuntó, además, que no existe certidumbre sobre la remuneración. Esto, por cuanto no tienen asegurado acceso exclusivo al material reciclable dadas las condiciones de libre mercado que se plantean. Adicionalmente “(...) *no se establece la forma como se calculará la tarifa o el valor que cada reciclador deberá cobrar por la actividad que realice (...)*” (AZ 2, folio 284). Por ello, no hay elementos que garanticen el derecho de desenvolverse como empresarios autónomos de las basuras, reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.7.1.11 En cuanto a las posibles utilidades que serían repartidas a los recicladores, señaló que “(...) *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 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).

3.7.1.12 Adicionalmente, señaló que las medidas adoptadas por la UAESP, amén de no constituirse en acciones afirmativas por no lograr su finalidad, “(...) *amenazan otros valores constitucionales (...)*” (AZ 2, folio 296).

En primer lugar, al no estar realmente dirigida a una población desventajada específica, viola el principio de igualdad. Esto, se debió a la no utilización de criterios de antigüedad para probar que se trataba de organizaciones tradicionales y representativas de esta población.

En segundo lugar, al ser la proyección de utilidades ínfima, no garantiza el mínimo vital. A esto se le suma que “(...) *no es claro cómo los recicladores afiliados a las organizaciones de segundo grado van a distribuir [las utilidades] (...) con los nuevos afiliados y (...) con aquellos recicladores de oficio no vinculados a ninguna organización que sigan trabajando y contribuyendo a realizar el aprovechamiento del Área respectiva, pero sin beneficio alguno a cambio en este esquema. Así puede haber recicladores que no trabajan y automáticamente tienen ingresos y otros – los que no están organizados – que si trabajan, contribuyen a la meta de aprovechamiento aun sin querer, pero no reciben nada a cambio*” (AZ 2, folio 297).

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, indicó que habrá tres tipos de relaciones posibles que dificultan los vínculos con los recicladores: socios

industriales con utilidades no vinculados laboralmente; recicladores trabajadores con salario cierto, pero no accionistas; y recicladores tradicionales de oficio no garantizado que contribuyen al aprovechamiento sin recibir nada a cambio. En este punto, señaló que existe un problema adicional, atinente a los menores de edad y personas de la tercera edad, pues no sabría – de ser adjudicatario – cómo vincularlos.

En cuarto lugar, manifestó que obligar a los recicladores a asociarse conlleva límites a su autonomía de empresarios y capacidad de crecimiento a sus empresas de economía solidaria. Con ello, de contera, se desconoce la Ley 1450 de 2011, que “(...) *en su artículo 251 establece la necesidad de considerar a los recicladores en socios estratégicos del negocio del aseo y no solo como un actor más de libre mercado o dependiente enteramente de las empresas de capital (...)*” (AZ 2, folio 297). En este mismo sentido, señaló que se desconocía la ley 1466 de 2011 que promueve la recolección de residuos sólidos inorgánicos para aprovechamiento en cabeza de las organizaciones autónomas de los recicladores.

En quinto lugar, reiteró que a su parecer – con las condiciones de la licitación – se vulnera el derecho de libertad de asociación. Esto, dado que – además de obligar a los proponentes y organizaciones a asociarse – no les permite ceder sus acciones de industria durante los ocho años de la concesión.

En sexto lugar, apuntó que se amenaza el saneamiento ambiental al permitir la libre competencia, ya que se deja “(...) *a los residuos inorgánicos sin prestador, ruta, exclusividad, (...) destino de aprovechamiento definido. [Esto pondrá] en peligro los intereses de otros grupos poblacionales (...)*” (AZ 2, folio 298 y 299).

3.7.1.13 Finalmente, señaló que “(...) *no hemos adelantado proceso de negociación alguna con los recicladores (...)* [porque] *toda libertad para negociar, conversar, elegir socio, escoger operador de aprovechamiento para la sociedad futura desapareció completamente y desde el inicio por voluntad de la UAESP (...)* [quien impuso la obligación de] *ceder un porcentaje de acciones o utilidades sin saber quiénes son ni que (sic) capacidad de trabajo tienen, qué experiencia han acumulado o cuánto trabajo de aprovechamiento pueden proponer. Las acciones que cedemos no representan, no pueden representar trabajo[.] Para nosotros[,] como seguramente para todos los licitantes[,] es sencillamente un requisito habilitante para licitar que si no se cumple equivale a cerrar la empresa y salir del mercado de la capital*” (AZ 2, folio 278 y 279).

3.7.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, este proponente remitió un nuevo escrito a esta Corporación, con el fin de absolver los interrogantes planteados en esa providencia⁶⁶.

⁶⁶ AZ 5, folio 193 a 216.

3.7.2.1 El aprovechamiento se considera como una de las actividades complementarias del servicio público de aseo. Aunado a ello, describió cómo operan los recicladores en las ciudades colombianas y cómo se ha transformado su quehacer desde la prohibición de laborar en los frentes de trabajo de los rellenos sanitarios. Igualmente, apuntó que la población recicladora acarrea los residuos recuperados hasta las bodegas de sus cooperativas para su transformación, embalaje y comercialización. Por otra parte, mencionó que actualmente opera una ruta de recolección selectiva que transporta los materiales hasta la Alquería.

3.7.2.2 Asimismo, alegó que “(...) *el programa Distrital de Reciclaje está en su segunda fase donde se ha abarcado el 33% de la ciudad aproximadamente, [por lo mismo] hay que reconocer que el trabajo del reciclador informal se ha mantenido en el resto de la ciudad (...)*” (AZ 5, folio 197). En contraste con la actualidad, según el pliego de condiciones, la ruta selectiva será realizada directamente por los recicladores, debiendo el operador sensibilizar a los usuarios para mejorar la separación en la fuente y su correcta presentación. En este sentido, expuso que el desarrollo del proceso de aprovechamiento cuenta con directrices normativas establecidas en el Decreto Distrital 312 de 2006. Empero, amén de copiar artículos de tal disposición, se abstuvo de efectuar mayores análisis al respecto.

3.7.2.3 Por otra parte, mencionó que para entender el pesaje de los residuos es necesario tener en cuenta cómo funciona hoy en día. Así, señaló que mensualmente y de manera aleatoria, se escoge un vehículo de la ruta de selección y se determinan las toneladas que carga, para efectuar posteriormente un promedio. Tratándose de recicladores de oficio, indicó que los bodegueros determinan el peso para saber cuánto deberán cancelarles. Igualmente, vuelven a efectuar el pesaje cuando van a comercializar el material como intermediarios. A su vez, expresó que dentro de la metodología tarifaria vigente, las toneladas presentadas al mes por cada suscriptor se constituyen en factores importantes. Asunto este desarrollado en el artículo 3 de la Resolución CRA 352 de 2005.

3.7.2.4 Con respecto a las rutas de reciclaje, también expuso cómo funcionan en la actualidad y qué se espera que suceda con ellas durante el desarrollo de la concesión. Así las cosas, señaló que se trata de una ruta adicional, que recoge ciertos materiales en horarios determinados, previamente dispuestos y separados por los usuarios, llevándolos al Centro Distrital de Reciclaje La Alquería; operado por la UT Recicladores, conformada por la ARB, ARAMBIETAL y ARUB. Por lo mismo, solo en ese momento existe relación con determinadas organizaciones de segundo nivel. En cambio, “*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 (...)*” (AZ 5, folio 204).

3.7.2.5 Frente a las utilidades que espera recibir y la relación de las organizaciones de segundo nivel con ellas, expresó que “(...) *la UAESP*

aclaró en la Licitación 001 de 2011 que las acciones de industria que se les deben ofrecer a las Organizaciones no se verán reflejadas dentro de la composición accionaria de los futuros concesionarios. Es así como se encuentra en las respuestas emitidas en la audiencia de aclaración que la UAESP precisó, entre otros aspectos, que “son acciones de industria que se reflejan en utilidades que se liquidan anualmente, tienen derecho al reconocimiento del mayor valor de la empresa, pero su valor intrínseco no se capitaliza” (AZ 5, folio 205). A continuación, 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).

De esta forma, se impone a los concesionarios elaborar un plan de trabajo para implementar actividades de aprovechamiento, que deberán desarrollar los recicladores que tradicionalmente actúan en el ASE. Por ende, quedan dudas sobre el aporte o contraprestación que deberán adelantar las organizaciones beneficiadas con la participación accionaria. Sumado a lo cual, enfatizó que existe otra inconsistencia, atinente a que “(...) el objeto del futuro contrato no contempla la recolección del material aprovechable por parte de los concesionarios, por lo tanto, los socios industriales no estarían habilitados para ejercer contraprestación alguna en materia de aprovechamiento por tratarse de una actividad ajena a la de la sociedad (...)” (AZ 5, folio 208).

3.7.2.6 Por otra parte, señaló que el Fondo de Reciclaje, conforme al Anexo 6 del pliego de condiciones, está destinado a incentivar económicamente la separación que realizan los usuarios en la fuente. Depende del valor de las toneladas de material potencialmente aprovechable que recojan en las rutas de reciclaje los recicladores de oficio. Así, el 50% de este valor será para el fondo y el 50% se destinará para beneficiar a la población en comento. Sin embargo, enfatizó que la UAESP no ha explicado la naturaleza jurídica del mismo. Por ello, a su parecer, es la entidad quien debe absolver este interrogante. Sin embargo, mencionó que ante una solicitud de aclaración, la UAESP respondió – el veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011) – que los recursos para el fondo provendrían de la venta del material reciclado (Z 5, folio 209).

3.7.2.7 Frente al aumento de organizaciones de segundo nivel, apuntó que a su parecer esto se debió a la ausencia de criterios de antigüedad que delimitaran los beneficiarios dentro de la licitación. Con todo, recordó que en un principio tal criterio sí había sido utilizado, dado que se encontraba en los prepliegos, que establecían como condición de participación para estas asociaciones la constitución con anterioridad a un (1) año a la publicación del proyecto de

pliegos. Empero, “(...) en los pliegos definitivos publicados el día 25 de mayo de 2011[,] la Unidad (...) elimina el requisito del año de antigüedad en la constitución de la organización de recicladores (...)” (AZ 5, folio 211). Posteriormente, mediante la Adenda 7 se impuso el requisito de participación mínima del 5% para la población recicladora.

3.7.2.8 Finalmente y tras apuntar que por la lógica de la licitación no ha adelantado ninguna negociación con las organizaciones de recicladores, expuso que entiende por acceso cierto y seguro a los residuos sólidos los elementos contemplados en la “(...) ley 632 de 2011 (sic)” (AZ 5, folio 215). Así las cosas, a su parecer, “(...) el acceso cierto, en el caso específico del material aprovechable, se garantiza cuando existe una exclusividad en la prestación del servicio, puesto que es la única forma de asegurar un acceso real, ya que de lo contrario el actor se encontraría vulnerable frente a las fuerzas del libre mercado y los intereses que genera la industria monopolística” (AZ 5, folio 216).

3.8 Promesa de Sociedad Futura Bogotá Ambiental S.A. E.S.P (AZ 2, folio 306 a 315).

3.8.1 Este proponente, al igual que los anteriores, mencionó que no ha adelantado negociación alguna con las organizaciones de recicladores de segundo nivel existentes en Bogotá. Igualmente, expuso que – a su parecer – la licitación pública en comento no cumple con la obligación de incluir acciones afirmativas a favor de la mencionada población.

3.8.1.1 En este sentido, manifestó que en razón al sorteo utilizado por la UAESP solo una minoría de la población recicladora vulnerable será beneficiada por las acciones planteadas. Por ello, “(...) carecen de contenido comprensivo y por lo tanto no se pueden tomar como efectivas por no garantizar los derechos y mitigar las condiciones de vulnerabilidad de toda la población en su conjunto” (AZ 2, folio 307). Así las cosas, la entidad permitió que a los recicladores se les usara para obtener puntajes, pretermitiendo la finalidad de la acción afirmativa, que es superar la situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

3.8.1.2 De otro lado, 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 “(...) sí 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, 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 (...)” (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 “(...) *contraviene el principio de la continuidad en la prestación del servicio público y por tanto, afecta los derechos ofrecidos a los recicladores*” (AZ 2, folio 310).

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. Aunado a esto, enfatizó que “(...) *la UAESP debería tener en consideración que los aportes en industria ofrecidos a los recicladores convenidos por un valor no determinado (Código de Comercio, Art. 138) tal y como se contempla en la Licitación, no se redimen en aportes de la sociedad, sino que para esta (sic) constituyen un gasto, de tal manera que en la sociedad sus utilidades se verán disminuidas en la participación obligatoria del socio industrial, lo que haría más grave el riesgo de que no pueda cumplir la continuidad del servicio*” (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.

3.8.1.3 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, “(...) *el ofrecimiento de tales porcentajes de las utilidades a las asociaciones de recicladores pone en “jaque” la estabilidad del sistema tarifario de las basuras en Bogotá, 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.

3.8.1.4 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.

3.8.1.5 Finalmente, apuntó que las ofertas de algunos proponentes plantean cantidades desmedidas de puestos de trabajo que no guardan estricta relación

con la información presentada en la propuesta técnica. De hecho, plantearon que se les contrataría como personas con ciertos niveles profesionales o técnicos, que por obvias razones no alcanzan los recicladores. Por ello, se trata de ofertas artificiales que no podrán cumplirse. Igualmente, enfatizó que la UAESP no estableció la obligación de mantener “(...) *el ofrecimiento de puestos de trabajo a los recicladores. Es decir que un proponente podría ofrecer muchos puestos de trabajo para obtener el puntaje, pero luego, retractarse una vez sea adjudicatario, sin sanción alguna por ello*” (AZ 2, folio 315).

3.8.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, este proponente radicó escrito en la Corte Constitucional dando respuesta a las preguntas formuladas en esa providencia⁶⁷.

3.8.2.1 En primer lugar, señaló que, en los términos de la Licitación Pública 001 de 2011, el aprovechamiento incluye las actividades de recolección, transporte, comercialización y reciclaje de los residuos.

Por su parte, las actividades realizadas por los recicladores son la recolección en carros de tracción humana, la recolección selectiva en determinado sector de la ciudad en vehículos asignados por el concesionario, junto con el conductor, y la comercialización del material aprovechable recolectado.

Sin embargo, Bogotá Ambiental consideró que “(...) *la UAESP confunde el reciclaje con el aprovechamiento en la medida en que el reciclaje es una cadena de varias actividades que comienzan desde la producción de los desechos, por parte del productor primario, hasta el aprovechamiento de aquella parte de los desechos que eran reciclables*” (AZ 5, folio 256). Desde esta perspectiva, indicó que la base principal para alcanzar un alto porcentaje de aprovechamiento radica en “(...) *la conciencia del productor primario*” (AZ 5, folio 256), razón por la cual propuso que se adelanten “(...) *campañas de educación, difusión y socialización por parte del concesionario*” (AZ 5, folio 256).

3.8.2.5 En cuanto a las etapas en las cuales está dividido el proceso de aprovechamiento, Bogotá Ambiental enumeró cinco, explicó en qué consisten y expuso qué tareas desempeñan en dichas etapas los recicladores y los operadores: (i) la separación de los residuos la realiza el productor primario, quien debe estar capacitado por el operador para que la separación sea correcta y eficaz; (ii) la clasificación de los residuos la realizan los recicladores; (iii) la recolección y transporte del material reciclable lo realizan los recicladores; (iv) la recolección y transporte del material restante hacia el relleno la efectúa el operador; y (v) la disposición final es “(...) *la comercialización y aprovechamiento del material reciclable por parte de las bodegas de reciclaje y por las industrias como incorporación a la cadena productiva (...)*” (AZ 5, folio 257). Se aclaró que los recicladores son los responsables de la venta y comercialización de los residuos.

⁶⁷ AZ 5, folios 255 a 266.

3.8.2.6 Con respecto a la manera como se pesan los residuos sólidos, Bogotá Ambiental anotó que los residuos reciclables son separados según su origen (cartón, vidrio, etc.) y luego pesados en la etapa de comercialización, esto es, “(...) *en el sitio de aprovechamiento o compra de los mismos (bodega)*” (AZ 5, folio 257), en tanto que los residuos no reciclables son pesados en la entrada del relleno. Agregó que “(...) *no existe una interventoría o vigilancia por parte del Estado para la comercialización y pesaje del material reciclable*” (AZ 5, folio 258).

3.8.2.7 En lo que hace a la relación entre el peso de los residuos y el cálculo de la tarifa, Bogotá Ambiental advirtió que, de acuerdo con las resoluciones 351 y 352 de la CRA, “(...) *la base de cálculo de las tarifas es el peso de los residuos*” (AZ 5, folio 258), es decir que “(...) *a mayor peso, mayor tarifa y mayor ingreso para el concesionario*” (AZ 5, folio 258).

3.8.2.8 Posteriormente, observó que la ruta de reciclaje es un recorrido que hace un vehículo lentamente “(...) *mientras los recicladores realizan la evacuación de los residuos puerta a puerta hasta completar la capacidad del vehículo o finalizar el recorrido*” (AZ 5, folio 258). Se agregó que “(...) *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*” (AZ 5, folio 258).

3.8.2.9 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. Con todo, 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.

3.8.2.10 Por lo demás, frente al Fondo de Reciclaje, manifestó que la UAESP “(...) *no nos ha informado sobre el funcionamiento del fondo de reciclaje*” (AZ 5, folio 260). A la par, aseguró desconocer el motivo del incremento a doce (12) grupos de las organizaciones de segundo nivel, por lo tanto sugirió “(...) *que se revise si los integrantes de las nuevas asociaciones de recicladores están vinculados por contrato de trabajo u otra modalidad a algunos de los proponentes de la Licitación*” (AZ 5, folio 261).

3.8.2.11 Adicionalmente, sostuvo que “[n]o hemos tenido contacto con las organizaciones de segundo nivel, por lo que no hemos negociado ningún tipo de parámetros que establezcan prerrogativas, derechos o condiciones durante el contrato de concesión ni ninguna de sus etapas” (AZ 5, folio 261).

3.8.2.12 En cuanto a las utilidades proyectadas para cada una de las ASE, respondió que la UAESP “(...) *informó que la rentabilidad mínima esperada*

para cada ASE es de 17.31%” (AZ 5, folio 261) y que “[n]o se tiene proyectada ninguna utilidad para los concesionarios por el aprovechamiento de residuos sólidos” (AZ 5, folio 262). Finalmente, en el escrito allegado a la Corte aseveró que *“el acceso cierto y seguro de los residuos sólidos es la posibilidad de acceder a la recolección de los residuos sólidos de las ASE asignadas, en las microrutas establecidas”* (AZ 5, folio 262) y que el hecho de mantener las Áreas de Servicio Exclusivo, como en efecto lo hace la Licitación N° 001 de 2011, garantiza dicho acceso cierto y seguro. *“Sin embargo, la pregunta que surge es si las organizaciones de recicladores de segundo nivel que fueron asignadas a las ASE vinculan a un porcentaje mayoritario de la población vulnerable que se quiere proteger, pues de no ser así, la ‘garantía de acceso cierto y seguro’ se convierte en un privilegio de algunos pocos”* (AZ 5, folio 262).

3.9 FEMSO de Colombia (AZ 2, folio 316 a 328).

En su escrito señaló 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. Adicionalmente, apuntó que no es claro qué pasará con aquellos recicladores que no estén coaligados a una organización de segundo nivel y que, por lo mismo, no resultaron beneficiados tras el sorteo. En este sentido, señaló que se afecta el principio de igualdad y el de buena fe.

De otro lado, indicó que las Adendas efectuadas por la entidad no han sido analizadas por la CRA, por lo que aún no cuentan con visto bueno alguno. Igualmente, tal omisión repercute en posibles cuestionamientos de ausencia de legalidad, pues tal revisión se constituye en un requisito preliminar.

Por lo anterior, solicitó a esta Corporación que valorara si *“(…) la puntuación otorgada y los ofrecimientos obedecen a una ponderación detallada, precisa y concreta que comporten una medida a favor de grupos marginados o discriminados, como lo son los recicladores (...)”* (AZ 2, folio 327).

3.10 Consorcio Lime (AZ 4, folio 5 a 18).

3.10.1 La representante legal de este consorcio intervino dentro del incidente para señalar que, a su parecer, en la licitación pública no se cumplen las obligaciones de incluir acciones afirmativas a favor de la población recicladora. Sobre lo anterior, especificó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se refiere a la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos y que los criterios que deberían incluirse fueron delimitados en el Auto 268 de 2010.

Sin embargo, *“no resulta clara la aplicación o interpretación que la UAESP dio a [estas medidas] si se tiene en cuenta que la licitación 001 de 2011 y el contrato de concesión que se adjudique debe tener por objeto la prestación del servicio público de aseo, en condiciones de exclusividad, pero esta*

concesión aunque incorpora las actividades de ‘aprovechamiento’ afirma que estas actividades no se encuentran a cargo del proponente y no se someten a exclusividad. No se entiende cómo se justifica la modalidad de concesión de áreas de servicio exclusivo, excluyendo la actividad de aprovechamiento de esa exclusividad y dejándola en la libre concurrencia del mercado (...)” (AZ 4, folio 7). A más de lo anterior, manifestó que las condiciones actuales de la licitación – sobre todo el sorteo efectuado – han acarreado conflictos entre algunos recicladores que buscan desplazar a otros que tradicionalmente han laborado en esas ASEs.

Por otra parte, cuestionó la asignación de puestos de trabajo en cualquier actividad de la prestación del servicio. Esto, dado que entendía que debían tener relación con el aprovechamiento según la jurisprudencia de la Corte, pues es un deber valorar la actividad que han venido desarrollando, y – en razón a la manera como fue contemplada en la licitación – conllevaba la desocupación y desempleo de quienes hasta este momento habían desempeñado tales funciones. Estas personas, sin lugar a dudas, serán removidos de sus labores para contratar en su lugar a población recicladora no necesariamente calificada para adelantar los trabajos. Lo que puede conllevar deficiencias en la prestación del servicio público de aseo, arriesgando la calidad del mismo.

Adicionalmente, como quiera que se impone la obligación a las organizaciones de segundo nivel de incentivar la asociación de recicladores no coaligados, pueden generarse tensiones graves dentro del gremio. En relación con lo anterior, también apuntó que se vulnera la libertad de empresa, dado que se les impone asociarse con organizaciones que no conocen como accionistas de industria. Aunado a esto, alegó que muchas de estas agrupaciones no pueden tener experiencia en el aprovechamiento, en razón a lo reciente de su creación.

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 “(...) *mantener el porcentaje de cobertura ofertado una vez se entregue el manejo de la RDR [Ruta de Recolección]*” (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 “(...) *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]*” (AZ 4, folio 10).

Con respecto al régimen tarifario, señaló que no se incluye el aprovechamiento, a pesar de que la CRA ha anunciado el inicio de la revisión y ajuste del marco existente. Ahora bien, a pesar de que se abrió la posibilidad de variar el mismo, surgen problemas en razón a que este contrato estará sujeto a la estabilidad regulatoria prevista en el artículo 10 del Decreto 891 de 2002.

Finalmente, manifestó que por las condiciones de la licitación pública 001 de 2011 no ha adelantado ningún proceso de negociación con las organizaciones de recicladores. En este orden de ideas, recordó que las mismas fueron asignadas a las ASEs, sin que exista libertad de escogencia y que deberán ser socios de industria, sin que ellos conozcan “(...) *sus competencias y nivel de compromiso (...)*” (AZ 4, folio 12).

3.10.2 Al igual que otros proponentes, el Consorcio LIME remitió - el seis (6) de septiembre de dos mil once (2011) - un escrito a esta Corporación mediante el cual dio respuesta a los interrogantes formulados en Auto 189 de 2011⁶⁸.

3.10.2.1 Con el fin de definir el aprovechamiento en el marco del servicio público domiciliario de aseo, se remitió a los decretos 1713 de 2002 y 1505 de 2003, cuyos textos lo definen, según la transcripción del Consorcio, como “(...) *el conjunto de actividades dirigidas a efectuar la recolección, transporte y separación (...) de residuos sólidos que serán sometidos a procesos de reutilización, reciclaje o incineración con fines de generación de energía, compostaje, lombricultura o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos en el marco de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos*” (AZ 5, folio 268). En el escrito radicado en la Corte se refirió a que los recicladores se encargarán de la recolección, transporte, separación y comercialización de los residuos sólidos.

3.10.2.2 Con respecto a las etapas en que está dividido el proceso de aprovechamiento, el Consorcio LIME estimó en su escrito que “(...) *es la (...) UAESP y el equipo estructurador de la Licitación No. 001 de 2011 a quienes corresponde explicar las etapas en que se divide este proceso, su funcionamiento y la intervención de los recicladores en el mismo*” (AZ 5, folio 269). Simultáneamente, enfatizó en que los operadores deben intervenir “(...) *en procura de garantizar la mayor cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje en el ámbito territorial de su respectiva Área de Servicio Exclusivo*” (AZ 5, folio 269). Igualmente, expuso que corresponde a la UAESP explicar todo el funcionamiento para pesar los residuos sólidos, pues “[l]os *Concesionarios no tendrán participación en esta actividad*” (AZ 5, folio 270).

3.10.2.3 El Consorcio expuso que “[e]l *peso de los residuos determina el valor por cobrar a cada usuario, debido a que la cantidad total de residuos generados en un área geográfica determinada se distribuye en cantidades iguales y se factura entre todos los usuarios que la conforman, según su correspondiente estrato socioeconómico*” (AZ 5, folio 270).

⁶⁸ AZ 5, folios 267 a 275

3.10.2.4 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 “(...) *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*” (AZ 5, folio 271).

3.10.2.5 Ahora bien, 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).

Así mismo, el Consorcio reveló que 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). De todos modos, dicho aporte se realizará sin estimación de su valor, “(...) *de manera que no redime acciones de capital sino de industria, que otorgan derecho a participar en las utilidades y en cualquier superávit, en la forma que se estipule*” (AZ 5, 272). La razón de esto es que la UAESP “(...) *eliminó mediante Adenda No. 9 un aparte del Anexo 4 del Pliego de Condiciones que disponía que las acciones de industria tendrían los mismos derechos que las ordinarias*” (AZ 5, folio 272).

3.10.2.6 En lo atinente al Fondo de Reciclaje, el Consorcio citó el numeral 10.1.14 del pliego de condiciones que dispone que “[c]omo incentivo económico para que los usuarios realicen separación en la fuente, la **UAESP** devolverá anualmente el valor de las toneladas de Material Potencialmente Reciclable que recojan las Rutas de Reciclaje. Del monto anual por este concepto se destinará 50% a un fondo reciclaje, que será destinado para beneficiar a la población de recicladores o a la actividad del reciclaje y el 50% restante será devuelto a los usuarios del Distrito, vía factura, como incentivo del reciclaje total de los Bogotanos” (subrayas y negrillas del original) (AZ 5, folio 273).

3.10.2.7 El Consorcio LIME no brindó razones para justificar el incremento a doce (12) organizaciones de segundo nivel, dado que desconoce el procedimiento que adelantó la UAESP para seleccionarlas. Aunado a esto,

afirmó que no ha realizado negociación alguna con las organizaciones de recicladores de segundo nivel y que “[l]os términos de vinculación de estas organizaciones y los derechos que les corresponderán fueron fijados por la UAESP en la condiciones de la Licitación” (AZ 5, folio 273).

3.10.2.8 Más adelante en el escrito presentado, el Consorcio LIME se abstuvo de revelar la proyección de utilidades, como sea que ello hace parte de la propuesta económica que se encuentra en el sobre que sólo se abrirá en la audiencia de adjudicación. No obstante, reconoció que “(...) *no proyectó utilidades por concepto del aprovechamiento de residuos sólidos, precisamente porque esta actividad ha sido reservada a los recicladores, de manera que los concesionarios no recibirán ingresos de la misma*” (AZ 5, folio 274).

3.10.2.9 Por último, encontró que “(...) *la recolección de residuos sólidos está limitada a aquellos que los usuarios depositen en la vía pública*” (AZ 5, folio 274), no obstante que “[e]n repetidas oportunidades se puso de presente a la UAESP que se trata de una excepción no contemplada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994” (AZ 5, folio 274).

3.11 Promesa de Sociedad Futura “Promoambiental Distrito S.A.S. ESP (AZ 4, folio 39 a 43).

3.11.1 El representante de este proponente intervino dentro del incidente para señalar que, a su parecer, en la licitación en comento se cumplen las obligaciones de incluir acciones afirmativas a favor de la población de recicladores del Distrito Capital. Esto se observa en “(...) *las condiciones, exigencias y requerimientos mínimos impuestos a los ofrecimientos de los proponente (...)*” (AZ a, folio 39).

En este orden de ideas, 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. “*Como contra partida, la(s) sociedad(es) que se constituyan (...) pretenden que los socios titulares de las acciones de industria se obliguen a compensar las mismas con su trabajo, asistencia, gestión social y servicios (...)*” (AZ 4, folio 40).

Por lo demás, mencionó que han ofrecido puestos de trabajo para la población recicladora y que será capacitada, calificada y vinculada para el desarrollo de las obligaciones contractuales. Adicionalmente, acompañará a las organizaciones de segundo nivel en la puesta en marcha de la labor de recolección selectiva del material potencialmente aprovechable. Dado que, “(...) *como es evidente, la inclusión social y económica de esta población (...)* *imprime un alto grado de complejidad al proyecto para lograr un esquema viable y auto sostenible en el tiempo*” (AZ 4, folio 42). En este sentido, expuso que apoyará esquemas empresariales constituidos por estas

organizaciones y proveerá los recursos técnicos y equipos que – según el pliego de condiciones – se requieran. Con todo, enfatizó que es necesario un proceso de sensibilización, que – por sus propias condiciones – es lento y complejo, dado que el aprovechamiento involucra a diferentes actores como “(...) *recicladores, generadores, bodegueros e intermediarios (...)*” (AZ 4, folio 42).

Por último, expuso que con anterioridad a la licitación pública tuvo acercamientos con algunas organizaciones de segundo nivel para presentar una propuesta conjunta, siguiendo la experiencia anterior que devino de la adjudicación del Relleno Sanitario Doña Juana. Con todo, no señaló a qué organizaciones se refería.

3.11.2 Con posterioridad, el referido proponente allegó un nuevo escrito a esta Corporación con el que buscó absolver los interrogantes expuestos en el Auto 189 de 2011⁶⁹, así.

3.11.2.1 En cuanto a las actividades que componen el aprovechamiento, apuntó que la separación deberá ser adelantada principalmente por los usuarios y subsidiariamente por los recicladores. Con respecto a la recolección y transporte, alegó que mediante su propuesta busca “(...) *acompañar a los recicladores y sus organizaciones de segundo nivel en la implementación y puesta en marcha de las rutas de recolección selectiva del material potencialmente reciclable, buscando el alcance de las metas propuestas (...)*” (AZ 5, folio 155). Por lo mismo, los recicladores realizan directamente, la recolección, el transporte, la separación y clasificación, y la comercialización.

3.11.2.2 A continuación, expuso que el aprovechamiento está dividido en varias etapas, que comprenden la reutilización, el reciclaje, la incineración con fines de generación de energía y el compostaje. “*Así las cosas, los recicladores son parte fundamental del proceso de aprovechamiento, pues son ellos quienes efectivamente realizan dicha labor*” (AZ 5, folio 157).

3.11.2.3 Con respecto al momento en el cual son pesados los residuos producidos por los usuarios, apuntó que existe un procedimiento denominado aforo, que se realiza mediante los equipos de pesaje incorporados en los vehículos. Esto es importante, por cuanto se utiliza para aplicar los descuentos tarifarios por aprovechamiento. A su vez, existen “(...) *básculas instaladas por el operador del relleno para tal efecto*” (AZ 5, folio 158). Igualmente, señaló que pueden pesarse los residuos recogidos en la ruta de reciclaje al momento de llegada a la bodega de clasificación, así como cuando vayan a ser comercializados o reutilizados.

Sumado a lo cual, enfatizó que el pesaje de los residuos es fundamental para el cálculo de la tarifa, dado que así lo dispone la Resolución CRA 351 de 2005, donde solamente el componente de barrido y limpieza es el único que no depende de las toneladas recogidas.

⁶⁹ AZ 5, folio 155 a 164.

3.11.2.4 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. Concluyó enfatizando que “(...) *la ruta de recolección selectiva es una actividad directa a cargo de la población recicladora de oficio*” (AZ 5, folio 159).

3.11.2.5 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. A más de lo anterior, expuso que 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). Esto implica hacer seguimiento a los recicladores de oficio que tradicionalmente trabajan en el respectivo ASE, promover la asociación de los mismos e incentivar el uso de los equipos otorgados.

3.11.2.6 Frente al Fondo de Reciclaje, alegó que está regulado en el anexo 16, que versa sobre el reglamento comercial y financiero que deberá regir la concesión. Así, el valor de las toneladas que se recojan en la Ruta de Reciclaje, en un 50%, estará destinado a este fondo y tendrá por objeto el beneficio de la población en comento o el incentivo a la actividad de reciclaje.

3.11.2.7 En referencia al aumento de las organizaciones de segundo nivel, manifestó que se trata de un desarrollo lógico de las libertades de asociación y de empresa, en razón al reconocimiento de los beneficios que acarreará esta licitación. Aunado a esto, enfatizó que según la UAESP, de los más de 11.000 recicladores, sólo el 10% se encontraba coaligado. Por ello, las altas expectativas y posibilidades de crear empresa resultaron un incentivo para que se formaran nuevas organizaciones. Sin embargo, enfatizó que siguiendo los parámetros de la licitación, no es procedente efectuar ninguna negociación con ellas. Con todo, expresó que los beneficios que recibirán, entre ellos los puestos de trabajo, deberán ser mantenidos durante toda la concesión, salvo que – en casos extraordinarios – la UAESP decida lo contrario. Ahora bien, cabe destacar que “(...) *el operador adquiere el compromiso contractual de apoyar a los recicladores y colaborar con ellos en la formulación del plan de negocios que permita la auto-sostenibilidad y éxito de la empresa de aprovechamiento*” (AZ 5, folio 162). Por lo mismo, el concesionario no recibirá remuneración alguna por esta actividad, que será desarrollada por los recicladores, incluida la comercialización.

3.11.2.8 Por lo demás, apuntó que no existirá restricciones de acceso a los residuos domiciliarios para los recicladores. Por lo tanto, se garantiza acceso cierto y seguro a los mismos. En este sentido, apuntó que la licitación no

contempla exclusividad alguna en las actividades de recolección y transporte que sean presentados de forma separada por los generadores.

3.12 Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá DC (AZ 4, folio 106 a 146)

3.12.1 El representante legal de este proponente intervino dentro del incidente para apuntar que, desde su perspectiva, en la licitación pública 001 de 2011 se cumple con la obligación de incluir acciones afirmativas a favor de la población recicladora.

Para sustentar lo anterior, recordó que “(...) *desde la etapa de pre pliegos (...)*” (AZ 4, folio 107) se sabía que deberían participar y constituir junto a recicladores la empresa de servicios públicos concesionaria. Para regular lo anterior, se determinó a qué ASEs correspondería cada una de las organizaciones de segundo nivel. Esto conlleva que su vinculación no sea una mera expectativa y que se materialice con la cesión de acciones o con la constitución de la sociedad futura. Ambas con el carácter de irrevocables.

Por lo demás, apuntó que 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. Lo mismo es predicable de la vinculación de mano de obra, que se asegura con los puntos dentro de la calificación otorgados por ella. Por ello, recordó que según las ASEs, ofertó entre 526 y 795 puestos de trabajo para la poda de árboles, corte de césped, barrido, entre otras. A más de lo anterior, los beneficios que se derivarán de su calidad de socios de industria están claramente delimitados en el Código de Comercio.

Concluyó este punto exponiendo que “(...) *son acciones afirmativas aquellas que incorporan directamente en la estructura societaria de la futura ESP, a las organizaciones de recicladores como aportantes de industria, así como lo es la apertura de posibilidades de empleo a partir de actividades conexas al servicio de aseo – componente de mano de obra -*” (AZ 4, folio 110). Sin embargo, enfatizó que una desproporcionada y desequilibrada participación, acarrearía probables afectaciones a la prestación del servicio público.

Por otra parte, recordó que el anexo 5 al reglamento técnico operativo desarrolla la recolección del material potencialmente aprovechable y establece que “(...) *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*” (AZ 4, folio 114). La separación se debe dar por los usuarios en el origen de la cadena de los residuos, que deben presentarlos. A continuación, enfatizó que el único destinatario en este momento de esas rutas de recolección es el centro La Alquería (AZ 4, folio 16), que es manejado por la ARB, ARUB y ARAMBIENTAL, tras su constitución en

Unión Temporal. Empero, para potencializar esta posibilidad de aprovechamiento, espera que en el futuro próximo entren en operación los Parques de Reciclaje en Bogotá. Por ello, enfatizó que “(...) *el desarrollo coordinado de las campañas de separación en la fuente, la ruta de recolección selectiva y el centro de reciclaje la Alquería, es fundamental para implementar un sistema de reciclaje organizado en la ciudad y asegurar la viabilidad financiera del reciclaje, a fin de contribuir a elevar el nivel, la calidad de vida y la productividad de la ciudad, beneficios entre los cuales está la ampliación de la vida útil del Relleno Sanitario Doña Juana (...)*” (AZ 4, folio 117).

A más de lo anterior, expuso que de las 73 micro-rutas de selección “(...) *24 corresponden al Concesionario LIME, 24 al Concesionario Aseo Capital, 14 al Concesionario Ciudad Limpia y 11 al Concesionario ATESA (...)*” (AZ 4, folio 117). En cuanto al comportamiento general de la producción de material potencialmente reciclable, afirmó que en marzo del dos mil once (2011) se presentó un incremento, siendo las ASEs con mejores resultados la 1 y la 4 (AZ 4, folio 124). Empero, expuso que existen localidades donde actualmente no existen rutas de selección, por lo que de ser adjudicataria del contrato se compromete a ampliar la cobertura.

3.12.2 Al igual que los demás proponentes, Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá D.C. presentó - el seis (6) de septiembre de dos mil once (2011) - en cumplimiento del Auto 189 de 2011, escrito a través del cual absolvió el cuestionario formulado:

3.12.2.1 Expresó que el aprovechamiento consiste en “(...) *la recuperación de residuos sólidos potencialmente reciclables [cartón, papel, plástico, vidrio, entre otros] mediante un proceso que inicia con los usuarios, quienes se encargan de hacer la separación en la fuente de dichos residuos y presentarlos adecuadamente para su recolección; luego se recolecta el material por medio de una ruta de recolección selectiva que realiza el operador del servicio de aseo en cada ASE conjuntamente con los recicladores; el material puede ser almacenado en bodegas o se lleva directamente al centro de acopio autorizado, en donde se realiza la separación y clasificación del material para la posterior comercialización*” (AZ 5, folios 276 a 277).

En este mismo sentido, RBL Bogotá exhibió las actividades que contempló en su propuesta en materia de aprovechamiento. De esta manera, (i) hará un diagnóstico, a través de encuestas a los recicladores, para establecer el *status* actual del ASE adjudicado, que apoye el diseño de estrategias que permitan identificar los potenciales generadores de material aprovechable. Igualmente, (ii) propuso capacitar a los recicladores en torno a procesos de separación en la fuente y a dotarlos de uniformes. (iii) La etapa de recolección selectiva estará a cargo de los recicladores del ASE, para lo cual RBL Bogotá dispondrá de unidades tipo furgón que harán la recolección selectiva con el sistema puerta a puerta. (iv) “*Una vez recolectados los residuos inorgánicos, estos pueden ser almacenados por los recicladores en las bodegas que dispondrá*

Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá D.C para tal fin o inmediatamente pueden ser transportados al centro de acopio y reciclaje autorizado, que será manejado por la población recicladora asignada para la ASE” (negritas tomadas del texto original) (AZ 5, folio 278). Por último, “[e]n el centro de acopio y reciclaje autorizado, los recicladores realizan la separación y clasificación del material potencialmente reciclable (...), para su posterior comercialización en el mercado” (AZ 5, folio 278).

3.12.2.2 A la pregunta sobre las etapas en las que se encuentra dividido el proceso de aprovechamiento, RBL Bogotá enunció cinco. En primer lugar, la separación en la fuente es realizada por los usuarios. En segundo lugar, la recolección del material potencialmente aprovechable se realiza en unidades tipo furgón y en carros de tracción manual que se les entregarán a los recicladores. Ahora, “[l]os materiales que sean recolectados tanto por **Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá D.C**, como por los recicladores, serán trasladados directamente a las bodegas de almacenamiento donde las organizaciones de recicladores tendrán el control y derecho sobre dichos residuos” (negritas tomadas del texto original) (AZ 5, folio 280). En tercera instancia, el almacenamiento se realiza en centros de acopio manejados y controlados por las organizaciones de recicladores. En cuarto lugar, las organizaciones de recicladores clasifican los residuos potencialmente aprovechables. La etapa final del proceso es la comercialización, la cual “(...) será llevada a cabo y estará bajo el total control de las organizaciones de recicladores, quienes serán los que negocien los precios en el mercado, concreten la venta y reciban los beneficios económicos directamente” (AZ 5, folio 281).

3.12.2.3 Así mismo, RBL Bogotá recordó que “(...) en su propuesta ha considerado la contratación directa de mano de obra proveniente de las asociaciones de recicladores para desarrollar actividades de barrido, limpieza, corte de maleza, poda, lavado, etc.” (AZ 5, folio 281). Aunado a ello, explicó que “[e]l pesaje de los residuos aprovechables será realizado al momento de su recolección a través de un sistema de pesaje en chasis y/o brazos CLASE III (precisión), que permitirá un registro asociado al computador abordo y al software del Sistema de Información Integral del Servicio de Aseo (SIISA)” (mayúsculas tomadas del texto original) (AZ 5, folio 282). De igual manera, hizo hincapié en que “(...) dentro de su propuesta tiene considerado realizar la recolección de residuos por separado según su fuente, es decir, separando, los residuos de producción domiciliaria, los residuos de grandes generadores, los residuos de barrido, el material aprovechable y los residuos de operativos especiales” (AZ 5, folio 282).

3.12.2.4 Frente a la incidencia del peso de los residuos en la metodología de cálculo de la tarifa, RBL Bogotá declaró que a medida que aumenta el peso de los residuos, también aumenta la tarifa que se cobra a los usuarios. “De igual forma, uno de los componentes de la fórmula para determinar las tarifas que se cobrarán a los usuarios es el costo de tratamiento y disposición final (CDT); dicho componente está en función al tonelaje de residuos que se disponen en el relleno sanitario, por lo que en la medida en que los usuarios

reciclen, el tonelaje de residuos que llegan al relleno sanitario es menor y por lo tanto se ven beneficiados en la disminución de las tarifas” (AZ 5, folio 283).

3.12.2.5 La ruta de reciclaje se refiere, según RBL Bogotá, a “(...) *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*” (AZ 5, 283). Agregó RBL Bogotá que las rutas de reciclaje serán reforzadas por los recicladores que “*serán dotados con carros de tracción manual para recorrer la zona*” (AZ 5, folio 283).

3.12.2.6 Paralelo a lo anterior, RBL Bogotá dispuso que “(...) *bajo los requerimientos de la concesión, 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). Siguiendo esta línea, 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).

3.12.2.7 En relación con el Fondo de Reciclaje, adujo que “(...) *la UAESP devolverá anualmente, como incentivo económico, el valor de las toneladas del ‘Material Potencialmente Reciclable’ recogido por los recicladores de oficio*” (AZ 5, folio 285) y el 50% de este valor devuelto se destinará al Fondo de Reciclaje que beneficiará a la población de recicladores o a la actividad del reciclaje.

3.12.2.8 No explicó el incremento en el número de organizaciones de segundo nivel, mas relató la manera cómo la UAESP convocó y seleccionó a estas organizaciones. Finalmente, concluyó que “(...) *es evidente que la convocatoria de la UAESP con el propósito de implementar acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, tuvo gran acogida por dicha población, con lo cual se fomentó la agrupación de recicladores en nuevas asociaciones de segundo nivel con el propósito de ser partícipes de la prestación del servicio público de aseo*” (AZ 5, folio, 286). Por otro lado, reconoció que no negoció con ninguna asociación de recicladores, ya que “[e]l porcentaje de participación de tales organizaciones como socios de industria es un factor de ponderación que cada proponente ofrece de acuerdo con su modelo financiero, y respecto del cual no es procedente efectuar negociación alguna con las organizaciones sorteadas para cada ASE” (AZ 5, folio 287).

3.12.2.9 Con respecto a las utilidades esperadas, RBL Bogotá sólo mostró los resultados principales que sirvieron de base para la presentación de la oferta, pues “[t]anto la modelación como [las] utilidades proyectadas son información reservada del proponente” (AZ 5, folio 288).

Finalmente, expuso que la noción de acceso cierto y seguro a los residuos sólidos es “la certeza que tendrán las organizaciones de recicladores de acceder a los residuos sólidos generados en el ASE para el proceso de aprovechamiento” (AZ5, folio 289). Sumado a lo anterior, RBL Bogotá sugiere que en la actual licitación sí se garantiza dicho acceso cierto y seguro, debido a que “las organizaciones tendrán acceso a la información sobre las cantidades generadas por los usuarios en cada zona, así como también tendrán participación directa en las diferentes etapas del proceso” (AZ 5, folio 289).

3.13 Aseo Capital, Unión Temporal (AZ 4, folio 147 – 155).

3.13.1 El representante de este proponente intervino dentro del incidente para manifestar que – a su parecer – la licitación pública en comento incluye a la población recicladora del Distrito. Para sustentar su punto, se limitó a copiar los elementos del pliego de condiciones que se relacionan con este asunto. Entre ellos, los criterios de habilitación y clasificación. Aunado a ello, expuso que el diseño del pliego de condiciones y de la manera como está contemplada la participación de los recicladores, no permite que se realice ningún acercamiento con las organizaciones de recicladores antes de la adjudicación.

3.13.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, este proponente remitió a la Corte Constitucional un nuevo documento para solventar las cuestiones formuladas en esa providencia⁷⁰, así:

3.13.2.1 Al igual que los demás, mencionó disposiciones que regulan la actividad de aprovechamiento y enfatizó que según la licitación, estas operaciones serán adelantadas por la población recicladora. A este respecto, los concesionarios solo deberán entregar dotaciones y equipos de trabajo, así como brindar “(...) la cobertura de usuarios beneficiarios de la Ruta de Recolección Selectiva ofertada como criterio ponderable dentro de la licitación (...)” (AZ 5, folio 242).

Sumado a esto, recordó que es el Distrito el que ha formulado el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS). De la misma manera, las actividades de aprovechamiento en el marco del mismo no hacen parte de la plurimencionada licitación. Por lo tanto, “(...) desconoce las actividades o etapas que tenga previstas la Administración para efectos de llevar a cabo el proceso de Aprovechamiento en el marco del PGIRS como también las condiciones de intervención de los recicladores (...)” (AZ 5, folio 243). Sin embargo, refirió que como concesionario deberá formular un proyecto piloto de aprovechamiento para ser puesto en consideración de la entidad.

⁷⁰ AZ 5, folio 241 a 254.

3.13.2.2 En lo referente al pesaje, mencionó que por lo general se efectúa mediante sistemas ubicados en la entrada del sitio de aprovechamiento o disposición final. Igualmente, expuso que por la metodología tarifaria la determinación de las toneladas resulta esencial para calcular el costo del servicio.

3.13.2.3 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. En este orden, consiste en la recolección separada desde el origen de residuos con el fin de reciclarlos. Estará a cargo de los recicladores de oficio en cada ASE, quienes continuarán ejerciendo su actividad en las zonas que han venido trabajando. Para esta actividad, los concesionarios deberán entregar dotaciones, equipos y vehículos. *“(...) 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]”* (AZ 5, folio 245).

3.13.2.4 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. Ahora bien, con respecto al aporte de industria, trajo a colación una 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. Adicionalmente, expuso que el valor intrínseco de las acciones no se capitalizará, no harán parte del capital social y *“(...) 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”* (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. Así las cosas, concluyó este punto señalando que *“(...) el aporte industrial (...) [radicará] en su conocimiento y experiencia para efectos de la coordinación, inspección, interlocución y educación en relación con las actividades de reciclaje dentro del ASE, pero no respecto de la realización en sí de dicha actividad, que las reglas de participación le permiten continuar realizando en toda la ciudad”* (AZ 5, folio 250).

3.13.2.5 Por otra parte, este proponente, a pesar de referirse al Fondo de Reciclaje – contemplado en el numeral 10.1.14 del Reglamento Comercial y Financiero - y al aumento a doce (12) organizaciones de segundo nivel, no aportó nuevos elementos de juicio que deban ser mencionados. Así, trajo a colación que el fondo tendrá por objeto beneficiar a la población en comento y

se financiará con el 50% del valor de las toneladas que por las rutas de reciclaje no sean dispuestas en el relleno sanitario. Igualmente, alegó que como proponente no tuvo ninguna incidencia en el sorteo o los parámetros de habilitación de las organizaciones; frente a las cuales no ha adelantado negociación alguna por el modelo impuesto en el pliego de condiciones.

3.13.2.6 Finalmente, tras alegar que las proyecciones de utilidades son secretas –dado que hacen parte de la oferta económica– terminó su intervención señalando que la expresión acceso cierto y seguro a los residuos sólidos no es normativa ni se encuentra en el pliego de condiciones. Por ello, le resulta imposible dar una definición de las mismas.

3.14 Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Limpio S.A. ESP (AZ 5, folio 223 a 235).

Su apoderado intervino dentro del incidente para dar respuesta a los interrogantes planteados en el Auto 189 de 2011, así:

3.14.1 Al igual que las anteriores proponentes, recordó que el aprovechamiento se encuentra definido en el Decreto 1713 de 2002. Aunado a ello, especificó que básicamente se distingue en dos grandes áreas: recuperación y reincorporación al sistema productivo. Los recicladores participan principalmente en la primera. Sin embargo, en las condiciones previas a la licitación pública 001 de 2011, los operadores de las rutas selectivas son los recicladores, por lo que actuarían en ambas áreas.

En este orden de ideas, afirmó que existe un amplio margen normativo que regula la gestión integral de residuos sólidos, que incluye - entre otras - las Leyes 99 de 1993 y 142 de 1994, así como los Decretos 1713 de 2002, 1140 de 2003, 1505 de 2003, y 838 de 2005. Adicionalmente, existe una política del Ministerio de ambiente que data de 1997 y que busca la reducción en el origen, el aprovechamiento, el tratamiento, la transformación y la disposición final controlada. Tras describir cada uno de estos elementos, concluyó señalando que *“(...) en toda la línea del aprovechamiento actúan los recicladores, en la línea de disposición final (que va desde la recolección y el transporte de los residuos) actúan los operadores de aseo, de modo que se puede decir que los operadores del servicio de aseo no intervienen en el proceso de aprovechamiento, pues es esta una actividad económica diferente, aunque relacionada, a la que desarrollan”* (AZ 5, folio 227).

3.14.2 Por otra parte, expuso que de acuerdo con la normatividad vigente – Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005 – los residuos sólidos se pesan en el sitio de disposición final o de aprovechamiento -sean las bodegas o los centros de acopio-. Para el caso de grandes generadores, apuntó que existen aforos permanentes u ordinarios, que tienen validez de un año, y que implican un pesaje independiente. Ahora bien, la separación puede darse por actuación directa de los usuarios o por el quehacer de los recicladores, pero los materiales que no sean seleccionados serán dispuestos en el relleno sanitario.

El peso resulta relevante para la tarifa, que está compuesta de dos componentes: uno fijo y uno variable. “(...) *El primero refleja los costos de barrido y comercialización, el segundo los de recolección, transporte y disposición final de los residuos sólidos. El segundo componente está fijado en pesos por tonelada (\$/ton) y esto se multiplica por la producción promedio de cada usuario, de modo que cada usuario paga lo que en promedio produce su área de prestación del servicio. Como no es posible técnica y económicamente efectuar una medición individual de los residuos sólidos[,] lo que se hace es pesar todos los residuos del área, descontar los de barrido (...), los de grandes productores (...)* y todos aquellos que se cobren directamente a los usuarios, y luego efectuar una distribución entre los usuarios del área de servicio” (AZ 5, folio 228). En suma, para la remuneración del operador del servicio de aseo “*Los residuos de aprovechamiento no entran en este cálculo porque los recicladores los llevan directamente a los centros de acopio y distribución, en ese caso los operadores del servicio no se benefician de aquella actividad*” (AZ 5, folio 229).

3.14.3 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.

3.14.4 Por lo demás, 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). Sumado a esto, señaló que desconoce las regulaciones del Fondo de Reciclaje, por lo que debería ser la entidad la que absuelva los interrogantes relacionados con este tema. Lo mismo debe operar para responder el por qué, del aumento a doce (12) de las organizaciones de segundo nivel. Con respecto a las negociaciones frente a estas asociaciones, enfatizó que la UAESP fue quien las adelantó directamente, por lo que no concertaron prerrogativas con ellas. A pesar de ello, los recicladores participarán como socios de industria, solo con derecho a voz en desarrollo de la Asamblea de Accionistas, salvo que se trate de decisiones que afecten su calidad de socios. Adicionalmente, recibirán implementos que reducirán los riesgos en desarrollo de su trabajo, así como vehículos de transporte.

3.14.5 A continuación, hizo referencia a las utilidades que espera recibir, pero la Corte omitirá mencionarlas dada la reserva a la que está sometida esta información y a la solicitud elevada por el proponente en este sentido. A pesar de ello, vale la pena destacar que no espera utilidad alguna de la actividad de aprovechamiento.

3.14.6 Finalmente, mencionó que entiende por acceso cierto y seguro “(...) *la posibilidad que tienen los recicladores de acceder a los residuos objeto de aprovechamiento*” (AZ 5, folio 234), que se garantiza con los parámetros de la licitación, gracias al apoyo logístico, a la entrega de dotación y vehículos, a la libertad del mercado y a la dignificación de la actividad a través de la información.

4. Intervenciones de organizaciones relacionadas con el reciclaje.

4.1 Asociación de Organizaciones de Reciclaje y Recuperación Ambiental (ARAMBIENTAL) (AZ 2, folio 329 a 336).

4.1.1 Esta organización de segundo nivel de recicladores, comenzó cuestionando la inclusión de la totalidad de la población a través del censo realizado. A su parecer, se dejaron por fuera varios recicladores. Así mismo, criticó el hecho de que se redujera el margen de negociación entre el proponente y las asociaciones, pues se estableció –en el Anexo 21– que de no presentarse un acuerdo, los empresarios podrían constituir la sociedad por acciones con cualquier otra organización recicladora.

Por lo demás, censuró que las dotaciones y equipos se entregaran sin tener en cuenta la vinculación de los beneficiarios a las organizaciones de segundo nivel. Igualmente, mencionó que resulta problemático que la CRA “(...) *no [haya] determinado la cantidad de Residuos y el cálculo del valor para subsanar la diferencia de lo entregado en el relleno, lo recogido por los recicladores y beneficiado (sic), lo cual hace parte de la masa total de Residuos, por la cual se debe pagar*” (AZ 2, folio 332). Entonces, y a pesar de que en el escrito no lo dijo expresamente, la Sala infiere que a juicio de este interviniente, en la licitación pública no se dio efectivo cumplimiento a las órdenes conferidas por esta Corporación en las mencionadas providencias.

Lo anterior, dado que en la conclusión del escrito figura que le solicita a “(...) *la honorable Corte Constitucional (...) darle trámite al proceso licitatorio, pero que se fijen las condiciones económicas o reconocimiento a los recicladores por la porción de residuos que se recogen (...)*” (AZ 2, folio 335).

A continuación, relató que se conformó - en el dos mil seis (2006) - por organizaciones disidentes de la Asociación de Recicladores de Bogotá (ARB). Por ello, su objeto social versa sobre el desarrollo de actividades encaminadas al progreso de las organizaciones de base. Así, en cinco años espera estar liderando la gestión integral de residuos sólidos a nivel nacional e internacional, para la conservación, mejoramiento y recuperación del ambiente.

Como las organizaciones de base que la conforman mencionó un total de 15, entre ellas las siguientes: ASOVIDA, ASOREMA, ANRT, ACB, COOARUPAF, COORSUBA, COPMILENIUM, CRECIFRONT, CREL 10

MUISCA, REMEC, CREAM, ASOREMEC, ASOMILENIUM300, y ARCRECIFRONT.

Adicionalmente, expuso que la estructura de Arambiental está soportada en órganos como una Asamblea General, un Consejo Directivo, y un Director Ejecutivo. Finalmente, manifestó que las relaciones con otras organizaciones de segundo nivel es buena, dado que está actualmente en “(...) *unión temporal con ARUB y ARB (...)*” (AZ 2, folio 335).

4.1.2 De otra parte, en atención al Auto 189 de 2011, esta organización de recicladores de segundo nivel señaló que:

4.1.2.1 La ruta de reciclaje “*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*” (AZ 5, folio 416). A dicho centro, donde “*se desarrollan principalmente actividades de selección, clasificación, beneficio, alistamiento y comercialización*” (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 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 “(...) *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*” (AZ 5, folio 417).

4.1.2.2 En cuanto al funcionamiento del Servicio Público de Aseo, ARAMBIENTAL citó la normatividad que en su opinión es pertinente -“*Ley 142 de 1994 y demás normas reglamentarias*” (AZ 5, folio 417)- y mencionó también los cuatro consorcios que operan actualmente en la ciudad de Bogotá -“*ASEO CAPITAL, ATESA, CIUDAD LIMPIA y LIME*” (AZ 5, folio 417)-. Frente a la intervención de los recicladores en el Servicio Público de Aseo, manifestó que “*Desafortunadamente[,] con la ejecución de los contratos actuales[,] no existe relación directa entre los recicladores y los consorcios que realizan el Servicio de Aseo*” (AZ 5, folio 417). Agregó que “*de manera informal los recicladores intervienen antes de que lleguen las rutas a los sitios donde la ciudadanía dispone de sus residuos, pero desafortunadamente con la norma del comparendo ambiental las personas que reciclan en la calle se han visto afectadas, también las organizaciones han realizado convenios con entidades del Distrito y con conjuntos, realizando la recolección del material reciclable antes de que lleguen los operadores de la recolección de basura*” (AZ 5, folio 418).

4.1.2.3 Cuestionada sobre los parámetros negociados con cada uno de los proponentes para la ASE que le fue asignada, esta organización manifestó que el veinte (20) de junio de dos mil once (2011) se sortearon las ASEs entre las organizaciones de recicladores de segundo nivel. Así las cosas, ARAMBIENTAL solo acató los resultados del sorteo de manera que no se ha reunido con ningún consorcio ni existen convenios o intenciones de negociación. Por esta razón, frente a la pregunta que versa sobre los derechos que tendrán como organización de recicladores de segundo nivel derivadas de tal negociación, señaló que, al no haber entablado ningún tipo de negociación, *“no hay prerrogativas en el caso particular”* (AZ 5, folio 418).

4.1.2.4 Frente a lo que esta organización entiende por acceso cierto y seguro a los residuos, apuntó que, aunque a la fecha los recicladores tienen acceso a los residuos sólidos, existe un sentimiento de frustración entre ellos al ver que otros empresarios han buscado a través de sus contactos que los residuos les sean entregados excluyéndolos. A eso se sumaría la expedición de varias normas que, según ARAMBIENTAL, *“(...) apuntan, coincidental o deliberadamente, a sacarlos del negocio de reciclaje precisamente cuando el mundo comienza a descubrir el potencial económico de las basuras y la misma Comisión Reguladora de Agua Potable (CRA) establece un incentivo económico al que haga aprovechamiento de las basuras”* (AZ 5, folio 419). Además, puso de presente que carece del poder político y económico para tecnificar el proceso de reciclaje: *“nuestras herramientas son nuestras manos que por décadas han contribuido al mejoramiento del medio ambiente”* (AZ 5, folio 419).

4.1.2.5 Finalmente, en relación con lo anterior y frente a la pregunta sobre si la actual licitación garantiza a los recicladores el acceso cierto a los residuos, señaló que *“Si bien es cierto [que] los pliegos de la actual licitación dan la oportunidad a los recicladores organizados de Bogotá, también lo es que al ver lo señalado en la Sentencia T-724 y el Auto 268 no se da la cobertura real a los recicladores en lo pertinente a las Acciones Afirmativas”* (AZ 5, folio 419). Por último, ARAMBIENTAL manifestó su deseo de contribuir a sensibilizar a la población en cuanto a la importancia de su contribución para hacer más digna la vida de los recicladores y al cuidado del ambiente mediante la reutilización de los materiales reciclables.

4.2 Federación sindical de Recicladores de Bogotá FEDARSIN (AZ 2, folio 370 a 383).

Alexander Fonseca Rusinique, obrando como presidente de esta organización, señaló que su personería jurídica fue *“(...) otorgada por el Ministerio de la Protección Social (...) [el] 8 de junio de 2011 (...)”* (AZ 2, folio 370) y que, al incluir población recicladora en condiciones de vulnerabilidad, fue aceptada dentro de la licitación en comento, expresó:

4.2.1 A su juicio *“(...) el Distrito[,] representado por la UAESP ha generado espacios, políticas y medidas incluyentes para que (...) como grupo social vulnerable[, tengan] acceso a espacios y procesos en los cuales*

tradicionalmente [han sido excluidos]” (AZ 2, folio 370). Adicionalmente, manifestó que no observó obstáculos que les imposibilitara participar en la licitación adelantada por la referida entidad. Por ello, existen doce (12) organizaciones de segundo nivel que fueron habilitadas.

Se constituyó hace “(...) *aproximadamente tres (3) décadas (...) como Corporación Nacional de Recicladores (CORPORECICLAJE) (...). [Sin embargo, su] proceso de constitución formal inicia con el acta de asamblea 01 del 04 de junio de 2011 en el cual participan diez (10) grupos sindicales con el ánimo de conformar la Federación Sindical de Recicladores (...)*” (AZ 2, folio 371). Por ello, su objeto social es la integración de los referidos sindicatos, que defienden el ambiente y los recursos naturales, “(...) *y trabajan en la cadena del reciclaje descontaminando los recursos sólidos para que no vayan a los rellenos sanitarios, recuperando técnicamente productos industriales*” (AZ 2, folio 371).

Por último, refirió que se encuentra conformada por diez (10) organizaciones de base, todas – salvo una que fue fundada el treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010) - con fecha de constitución entre marzo y mayo de dos mil once (2011) (AZ 2, folio 374) y que su relación con otras asociaciones de segundo nivel es buena, ya que pretende constituir una confederación.

4.2.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, FEDARSIN, apuntó:

4.2.2.1 En cuanto al funcionamiento de la ruta de reciclaje y a la participación de los recicladores en ella, “*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*” (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: “*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*” (AZ 5, folio 510).

4.2.2.2 Frente al funcionamiento del Servicio Público de Aseo y la intervención de los recicladores en él, FEDARSIN señaló que éste servicio está bajo el manejo de cuatro consorcios distribuidos en seis ASEs, que recogen la basura tres o cuatro veces por semana según la logística diseñada para cada una de ellas. Respecto a la intervención de los recicladores, anotó que ésta se da antes de que los camiones pasen recogiendo las basuras por las diferentes localidades de Bogotá. Adicionalmente, señaló que sabe de

recicladores que deben pagar una cuota mensual para poder reciclar en diferentes fuentes de basuras, práctica con la que está en total desacuerdo la Federación, ya que *“son los recicladores quienes aportan para la disminución de basuras y conservación del medio ambiente por esto son ellos quienes deberían recibir remuneración”* (AZ 5, folio 510).

4.2.2.3 En cuanto a los parámetros que fueron negociados con cada uno de los proponentes para el ASE asignado tras el sorteo organizado por la UAESP, comunicó que *“la única negociación que se ha tenido es la estipulada en la licitación”* (AZ 5, folio 511), negociación que desde su punto de vista no fue clara en cuanto al tipo de sociedad que pretende conformar y el porcentaje de participación accionaria. Adicionalmente, aseguró no haber recibido nunca, por parte de la UAESP y los proponentes, una explicación entendible o detallada acerca de la participación de las organizaciones de recicladores de segundo nivel.

4.2.2.4 Finalmente, por acceso cierto y seguro a los residuos, FEDARSIN dijo entender que se trata de la oportunidad de trabajar para aquellos que quieren hacerlo y conocen del funcionamiento del negocio del reciclaje. Adicionalmente, anotó que el crecimiento de la población recicladora pone en peligro el acceso seguro a los residuos, pues personas ajenas al reciclaje quieren acceder a ellos y en su opinión ni la UAESP ni el pliego de condiciones - tal y como está redactado - aseguran a los recicladores el acceso a los residuos.

4.3 Confederación Ambiental Hagamos de Colombia un País Grande “Confederación Ambiental FUNCOLGRAN” (AZ 2, folio 398 a 425)

4.3.1 Esta organización, en su intervención, representada por el señor William Bernardo Palacio Vélez, comenzó por enumerar medidas que considera se constituyen en acciones afirmativas. Así, mencionó la participación accionaria, el ofrecimiento de puestos de trabajo directos, *“(…) [el] porcentaje de utilidad en bonos redimibles dentro del proceso”* (AZ 2, folio 398) y el suministro de dotaciones, entre otros. De otro lado, señaló que para poder convertir a los recicladores en empresarios de las basuras, es necesaria la constitución de un centro de acopio. Para ello, propuso que se requiere un *“(…) área mínima de 5.000 mts², ubicado en un sitio apropiado que cumpla las condiciones del POT (…) [y será utilizado para almacenar el material potencialmente aprovechable, beneficio y pretransformación en materias primas”* (AZ 2, folio 424). Igualmente, requeriría *“(…) 4 camiones de 6 toneladas (…)[,] 4 camiones de 4.5 toneladas (…)[,] 3 camiones de estacas[,] [y] 1 (sic) camioneta doble cabina. [En este proceso, donde serían socios capitalistas junto a los concesionarios], compraremos a los recicladores de base su material potencialmente aprovechable, lo procesamos y comercializamos a nivel Nacional o Internacional”* (AZ 2, folio 424). Cabe destacar que condicionó los beneficios a favor de las organizaciones de base a que se posean *“(…) mínimo 250 asociados en cada organización de primer nivel”* (AZ 2, folio 421).

A continuación, indicó que se constituyó “(...) el 2 de octubre de 2007, siendo inscrita en Cámara de Comercio el 2 de Febrero de 2009[.] Este proceso se llevo (sic) a cabo por solicitud de organizaciones de primer nivel con el ánimo de que las representáramos y les apoyáramos en algunos proyectos productivos, acompañamiento administrativo, jurídico y financiero (...), a la fecha contamos con 19 organizaciones [coaligadas]” (AZ 2, folio 399). Cabe indicar que en el folio 420 del mismo AZ sólo figura una lista con 11 asociadas.

Sumado a lo anterior, y tras exponer que su objeto social está relacionado con temas ambientales, expuso varios elementos de sus estatutos, que incluyen órganos de la confederación, visión, objetivos, y actividades a desarrollar en el corto y largo plazo.

Por otra parte, expuso que las acciones afirmativas no sólo deben ser exigidas a la UAESP, sino a las organizaciones de segundo nivel. Por ello, ha formulado un “(...) Plan Piloto de Fortalecimiento Social Organizativo y Productivo para la población recicladora de la ASE NO. 1 (...)” (AZ 2, folio 417) a implementar en el área de servicio exclusivo que le correspondió por sorteo. Con tal fin, adelantará un censo de la población recicladora y buscará la coaligación de al menos 30 organizaciones de base. En este sentido, señaló que de las 19 organizaciones que la conforman actualmente, “(...) seis (6) de ellas hacían parte del grupo de organizaciones de la ARB, que nos eligieron para representarlos dentro de los procesos gubernamentales, motivadas por la falta de apoyo y beneficios por parte de esta [última]” (AZ 2, folio 417).

Aunado a esto, expuso su inconformidad frente al “(...) Pacto gremial de fecha 13 de Julio de 2011[,] que supuestamente fue suscrito por las organizaciones de segundo nivel (...) toda vez que es un documento amañado y diseccionado y solo fue firmado por cuatro (4) organizaciones, dos de las cuales fueron excluidas del proceso de selección de la UAESP, ellas son ANIR y ACOREIN (...)” (AZ 2, folio 416).

Expuso, adicionalmente, que desde un principio se había establecido en el “(...) numeral 2.7 que las organizaciones de segundo nivel deberían elaborar y presentar su propia propuesta de sostenibilidad financiera de la ruta de Reciclaje (sic) y la forma en que se invertirán los recursos, garantizando la sostenibilidad de la ruta por el plazo de la concesión (...)” (AZ 2, folio 417). Sin embargo, lo anterior fue excluido del proceso por solicitud de Nohra Padilla. A pesar de esto, apuntó que su relación con otras organizaciones de segundo nivel es cordial y se encuentra encaminado a la ayuda mutua.

4.3.2 Al igual que los proponentes que le precedieron, en escrito allegado a esta Corporación el seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), frente a los interrogantes planteados en el Auto 189 de 2011, indicó:

4.3.2.1 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.

4.3.2.2 En cuanto al funcionamiento del Servicio Público de Aseo y la intervención de los recicladores en él, **FUNCOLGRAN** manifestó que el servicio está integrado por cinco componentes (recolección, barrido, limpieza, corte de césped y poda de árboles) y que “(...) *la intervención de los recicladores es realizada previamente a la recolección de la basura*” (AZ 5, folio 401). Agregó que a los recicladores no se les reconoce ningún pago por su labor, que consiste en recolección, transporte y limpieza del material aprovechable, mientras que “(...) *a los consorcios si se les cancela por su labor de limpieza, recolección y barrido*” (AZ 5, folio 401). Por esta razón, **FUNCOLGRAN** solicitó en su escrito que esta Corte “*determine y obligue al pago de cada una de las toneladas que los recicladores recolectan diariamente, en la misma forma como se le reconoce a los consorcios*” (AZ 5, folio 401). De igual manera, que se determine y se obligue a quien corresponda el pago por el trabajo de recolección realizado por los recicladores de base “(...) *y que no se tenga el criterio propuesto por la UAESP, como es el que vaya al fondo del reciclaje*” (AZ 5, folio 401).

4.3.2.3 En cuanto a los parámetros tenidos en cuenta para negociar con cada proponente del ASE que le fue asignado por sorteo a la organización, **FUNCOLGRAN** manifestó que, pese a que no hubo ninguna negociación con los concesionarios, el día de las aclaraciones de los pliegos cada uno de los concesionarios recibió, por parte de **FUNCOLGRAN**, una solicitud tendiente a “(...) *incluir dentro de sus costos la parte administrativa de las organizaciones de Segundo Nivel*” (AZ 5, folio 402). Al no estar contemplada esta posibilidad en el pliego de condiciones de la licitación 001 de 2011, se permitió sugerirla a la UAESP que “*La vinculación de las organizaciones de segundo nivel se hace únicamente con el fin de ser accionistas del concesionario que resulte ganador en cada una de las seis zonas de la ciudad*” (AZ 5, folio 406). Esto hace coartar sus posibilidades de negociación y las condiciona a una participación de carácter exclusivamente accionario.

4.3.2.4 Por otra parte, entiende que contar con acceso cierto y seguro a los residuos sólidos es “(...) *tener la certeza que el reciclador tendrá el acceso directo a las posibles fuentes generadoras de desechos sólidos aprovechables*” (AZ 5, folio 402). En su opinión, dicho acceso no está garantizado puesto que no es objeto de consagración explícita en el pliego de condiciones de la licitación. Agregó que, pese a que los concesionarios se comprometen en sus respectivas propuestas a ampliar al 100% los usuarios de la ruta de reciclaje, no se especifica cómo cumplirán esta meta.

4.3.2.5 Frente a las razones que guiaron la escogencia del ASE, **FUNCOLGRAN** manifestó que escogió la número 1 porque ésta representa

una mejor rentabilidad en beneficio de la comunidad recicladora, “(...) *ya que cuenta con más de 4000 conjuntos residenciales, almacenes grandes superficies como lo son ÉXITO, CARREFOUR, POMONA, CARULLA ETC, centros comerciales y empresariales*” (AZ 5, folio 404). Además, aclaró que en ningún momento ha intentado desplazar a las organizaciones de primer nivel existentes en las localidades de Suba y Usaquén, sino que pretende agremiar a los recicladores de oficio que no se encuentran afiliados a ninguna organización para que ellos también se hagan beneficiarios de las Acciones Afirmativas ordenadas por esta Corte en la Sentencia T-724 de 2003 y en el Auto 268 de 2010.

4.3.2.6 Finalmente, solicitó a esta Corporación que revise y se pronuncie sobre ciertas debilidades que a su juicio presenta el proceso licitatorio, especialmente frente a la participación de organizaciones sin ánimo de lucro creadas a partir de marzo de 2011. Según FUNCOLGRAN, dicha participación no sería posible a la luz del artículo 355 de la Constitución y del Decreto reglamentario 777 de 1992 en su artículo 12, puesto que, siguiendo esta normatividad, las organizaciones sin ánimo de lucro deben haberse constituido con no menos de seis meses de antelación a la celebración del contrato.

4.4 Federación de Recicladores Independientes de Colombia (FEDERINCOL) (AZ 3, folio 146 a 154)

4.4.1 El presidente y representante legal de FEDERINCO, Carlos Eduardo Garay Caicedo, intervino para apuntar que varias de las reglas establecidas en el pliego de condiciones favorecen a la población recicladora; entre ellas, la participación accionaria de industria; la ausencia de restricción de la labor de los recicladores a Bogotá; la libertad de recolección de materiales sin importar la ASE en que se efectúe, dada la libertad de mercado; la obligación al proponente de “(...) *diseñar y ejecutar un Plan de Gestión de inclusión social para educar en buenas prácticas ambientales a nuestros afiliados (...)*” (AZ 3, folio 150); y la promoción de la agremiación.

En su caso, al corresponderle por sorteo la ASE número 3, podría recibir hasta el 45% de las utilidades de la concesión. Esto, “(...) *transformará nuestra federación y la vida de nuestros asociados (...)*” (AZ 3, folio 149), pues este capital permitirá la creación de empresas productivas.

De otra parte, relató que se constituyó el cinco (5) de octubre de dos mil cinco (2005) con seis organizaciones de primer nivel. Hoy en día, coaligan a dieciocho (18) de estas últimas. De hecho, apuntó que “(...) *es socio del Consorcio CGR Doña Juana S.A. E.S.P (...)*” (AZ 3, folio 151). Sin embargo, enfatizó que algunas organizaciones de segundo nivel que compitieron en el sorteo, fueron creadas a escasos días del cierre de la licitación, por lo cual su inclusión implica el ejercicio de una actividad en la que no tienen experiencia y trayectoria.

Finalmente, mencionó que su relación con las demás organizaciones no ha estado ajena a conflictos dado que diferentes asociaciones “(...) *no siempre (...) han resuelto de manera pacífica [las disputas] ya que algunas (...) han actuado con extrema beligerancia y hasta violencia y un excesivo celo. [Por ello] las relaciones entra (sic) asociaciones no son nada buenas ni nada fáciles (...)*” (AZ 3, folio 154).

4.4.2 En respuesta al Auto 189, esta asociación de recicladores de segundo nivel manifestó lo siguiente:

4.4.2.1 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 “(...) *dos componentes técnicos (ruta y parque de reciclaje) y dos sociales (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).

4.4.2.2 En cuanto a la planta de reciclaje “La Alquería”, FEDERINCOL señaló que desde que ésta entró en funcionamiento, hace ya cuatro años, solo se han visto beneficiadas las tres (3) organizaciones de recicladores de segundo nivel a las cuales se ha confiado su manejo – la Asociación Cooperativa de Recicladores de Bogotá (ARB), la Asociación de Cooperativas de Reciclaje y Recuperación Ambiental (ARAMBIENTAL) y Asociación de Recicladores Unidos por Bogotá (ARUB)- lo cual ha originado “(...) *gran cantidad de quejas de los agremiados sobre la no presentación de una rendición de cuentas del manejo y ganancias allí obtenidas*” (AZ 5, folio 433). Finalmente, aclaró que “(...) *en la actualidad los recicladores no intervienen directamente en la recolección y transporte de los residuos*

reciclables sino en el aprovechamiento de los mismos en el Centro de Reciclaje La Alquería” (AZ 5, folio 434).

4.4.2.3 Frente al funcionamiento del Servicio Público de Aseo y a la intervención de los recicladores en él, FEDERINCOL citó la Resolución 351 de 2005-. Según esta norma, las actividades que integran el aprovechamiento en el marco del Servicio Público de Aseo son “(...) *el conjunto de actividades (...) dirigidas a efectuar la recolección, transporte y separación, cuando a ello haya lugar, de residuos sólidos que serán sometidos a procesos de reutilización, reciclaje o incineración con fines de generación de energía, compostaje, lombricultura o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos (...)*”(AZ 5, folios 434 a 435).

Al respecto, señaló que los recicladores están involucrados en el Sistema de Servicio Público de Aseo por mandato legal de acuerdo con lo establecido en la Ley 99 de 1993, según la cual, una de las funciones del Ministerio de Medio Ambiente es la promoción de actividades de descontaminación, reciclaje y reutilización de residuos.

Adicionalmente, puso de presente que en el año dos mil siete (2007) el Distrito decidió poner en marcha el “Plan Distrital de Reciclaje (PDR)” en la ciudad de Bogotá, “*cuyo principal objetivo es formalizar la actividad del reciclaje en la ciudad, en aras de preservar el medio ambiente con la idea de que todos los ciudadanos tomen conciencia de la importancia del reciclaje*” (AZ 5, folio 436). Dijo además que dicho plan descansa sobre cuatro pilares – Campañas de Separación en la Fuente, Ruta de Recolección Selectiva, Parques de Reciclaje e Inclusión Social- que contempla la participación de los recicladores en el Servicio Público de Aseo.

Por lo demás, agregó que “(...) *por la fuerza de la costumbre, los recicladores se han autorregulado y organizado ellos mismos en sus rutas de recolección, reciclaje y venta de los materiales recogidos, presentándose aquí un desequilibrio que FEDERNICOL quiere que el Estado subsane, ya que en la cadena de reciclaje el eslabón menos favorecido es el recuperador, quien recicla en la fuente, toda vez que el producto obtenido lo compran los intermediarios definiendo ellos mismos y de forma arbitraria los precios*” (AZ 5, folios 437 a 438).

4.4.2.4 Respecto a los parámetros que fueron negociados con cada uno de los proponentes para la respectiva ASE asignada mediante sorteo, señaló que solo con la adjudicación de la licitación 001 de 2011 se conocerá qué operador estará a cargo de cada una de las ASEs en las cuales fue dividida la ciudad de manera que no se ha adelantado negociación previa alguna con ninguno de los trece proponentes. Así mismo, solicitó a la Corte reanudar el proceso licitatorio puesto que “(...) *los recicladores no son tenidos en cuenta por los actuales operadores del servicio de aseo de Bogotá (...) y con la licitación en curso las organizaciones de recicladores tendrán derecho a recibir las utilidades liquidadas anualmente por el concesionario de manera*

proporcional al número de afiliados de las organizaciones de segundo nivel correspondiente a cada ASE” (AZ 5, folio 439).

4.4.2.5 Por acceso cierto a los residuos sólidos, FEDERICOL adujo entender “(...) *una real cobertura del servicio de recolección selectiva de material reciclable en la ciudad, en donde los recicladores cuentan con autonomía en la localidad asignada para tal fin*” (AZ 5, folio 440). El acceso seguro es comprendido como “(...) *las condiciones de trabajo que cumplen a cabalidad con las normas sanitarias, requisitos ambientales, protocolo de manejo de residuos peligrosos y de seguridad industrial*” (AZ 5, folio 441); lo cual requiere entregar dotaciones a los trabajadores, aplicar protocolos de calidad a su favor, implementar controles técnicos y promover capacitaciones relativas al control de riesgos. Sobre el acceso cierto a los residuos continuó explicando: “*para poder tener un acceso cierto y seguro a los residuos sólidos, es indispensable que los recicladores cuenten con un espacio físico, un sistema de pesaje, control de material y un sistema de transporte de los residuos sólidos adecuado e idóneo para realizar tal actividad de recolección y aprovechamiento de los mismos*” (AZ 5, folio 441). Informó además que, en la actualidad, la separación de residuos en la fuente es realizada por los ciudadanos quienes se limitan a separar los residuos orgánicos de los inorgánicos de modo que el proceso de selección de los residuos reciclables aún debe ser realizado por los recicladores.

4.4.2.6 Las anteriores aclaraciones sirven de base a FEDERNICOL para sugerir dos opciones de trabajo: la clasificación en la fuente - consistente en la adecuación de un espacio al interior de los conjuntos residenciales, oficinas, centros de comercio, etc., para realizar la labor de clasificación en lugar de hacerla en la calle- y la clasificación en “Bodega de reciclaje” – consistente en la adecuación de un espacio físico para la labor de clasificación, selección, almacenamiento, pesaje y comercialización de los residuos reciclables que se recolectan en la ruta selectiva.

4.4.2.7 Adicionalmente, anotó que en los términos de la Licitación 001 de 2011 los recicladores son socios de industria en diferentes porcentajes según la oferta presentada por cada uno de los proponentes, participación que califica de “(...) *muy conveniente para nuestras organizaciones*” (AZ 5, folio 443). Además, señaló que su conocimiento del negocio del Servicio Público de Aseo le permite afirmar que “(...) *un contrato de esta magnitud no genera ganancias sino a partir del tercer o cuarto año de operación*” (AZ 5, folio 443). De esta manera, a su juicio, debería mantenerse la calificación otorgada a los posibles concesionarios en función de la participación ofertada tanto en términos de empleo como de acciones, componente que “(...) *define el compromiso social que tiene el futuro operador con los recicladores y recuperadores ambientales*” (AZ 5, folio 443) y además consideró que deberían establecerse unos ingresos mínimos anuales que garanticen la subsistencia, manutención y el mínimo vital de cada organización de recicladores. Por las razones mencionadas, FEDERINCOL insistió en que esta Corte reanude lo antes posible el proceso licitatorio 001 de 2011, puesto que la

prórroga de las actuales concesiones significa para los recicladores continuar excluidos de toda participación.

4.4.2.8 Finalmente, frente a las razones por las cuales FEDERINCOL escogió el ASE No. 3, esta organización informó que fue cobijada por el privilegio de escoger su propia ASE según el criterio de antigüedad establecido por la UAESP. Los parámetros que tuvo en cuenta fueron: el tamaño del ASE, dado que agrupa seis localidades –“*Chapinero, Santa fe, Barrios Unidos, Teusaquillo, Mártires y Candelaria*”; su ubicación geográfica, que permite a los recicladores un fácil acceso por estar en el sector central de Bogotá; y el hecho de que, gracias a la presencia de universidades, industrias y locales comerciales, a estas localidades se desplazan cerca de dos millones de personas diariamente, lo cual incrementa el consumo y por ende los residuos aprovechables.

4.5 FUNREDAMBIENTE (AZ 3, folio 255 a 261)

4.5.1 José Pabón Pabón, director ejecutivo de este interviniente, mencionó que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional - Auto 268 de 2010 y sentencia T-291 de 2009 –, se estableció que debía incentivarse la participación efectiva en la actividad del aprovechamiento, que no podía redundar en una simple contratación laboral, sino contemplar la posibilidad de convertirse en empresarios de las basuras. Para ello, debía garantizarse el favorecimiento de formas asociativas que aseguraran tales condiciones.

A continuación, expuso que en el pliego de condiciones se encuentra una participación accionaria y el requisito de habilitación consistente en presentarse asociado con dos (2) organizaciones de segundo nivel. Adicionalmente, mencionó los criterios de calificación contemplados en el Pliego de condiciones y que el día del cierre de la licitación resultó una sorpresa que proponentes ofertaran hasta el 71% de acciones.

Desde su punto de vista, lo anterior es “(...) *una excelente oportunidad para que las organizaciones de recicladores logren organizarse como empresarios de la basura, ya que inician el ejercicio como socios de una ESP (...). Además[,] de tener la posibilidad de afianzar sus procesos administrativos, los cuales[,] muy seguramente[,] le[s] permitirá[n] participar de otras oportunidades que se presenten (...)*” (AZ 3, folio 257).

Por otra parte, apuntó que se generó la oportunidad de incentivar el “(...) *empleo digno para aquellas personas que así lo deseen (...)*” (AZ 3, folio 257), dado que se califica la oferta de puestos de trabajo en cualquier actividad de la prestación del servicio. Concatenado a esto, resaltó como acción afirmativa la entrega de uniformes y dotaciones, dado que “(...) *significan un alivio a los males que le aquejan al reciclador, en el ejercicio diario del reciclaje (...)*” (AZ 3, folio 258).

Otro punto que resaltó fue el puntaje otorgado para el aprovechamiento, ya que varios consorcios ofertaron una cobertura del 100% en el primer año

gracias al modelo adoptado por la UAESP. En este sentido, también enfatizó en la existencia de una bolsa de reciclaje, que destinará recursos para proyectos en esta materia. Aunado a esto, los recicladores serán quienes operen las rutas de reciclaje y, en un futuro, podrían modificarse las tarifas para incluir esta actividad.

Por otro lado, afirmó que la asociación que representa se constituyó en el dos mil nueve (2009). Debido a esto, no pudo participar en la licitación del relleno sanitario de Doña Juana, ya que ahí se exigía una antigüedad mínima de dos (2) años. En la actualidad, cuenta con seis (6) organizaciones de primer nivel coaligadas a ella, las cuales “(...) *asocian [a] 384 recicladores de oficio (...)*” (AZ 3, folio 260). Finalmente, expuso que sus relaciones con otras organizaciones de segundo nivel son buenas, a pesar de algunas tensiones.

4.5.2 Al igual que las asociaciones que la precedieron, esta organización de recicladores de segundo nivel, señaló a propósito del Auto 189 de 2011, lo siguiente:

4.5.2.1 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).

4.5.2.2 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 568).

4.5.2.3 Sobre el funcionamiento del Servicio Público de Aseo, esta organización afirmó: “*El Servicio Público de Aseo obedece a una serie de normas que no son de nuestro alcance pues no tenemos el conocimiento suficiente para su discernimiento*” (AZ 5, folio 568). Continuó explicando que la intervención de los recicladores en dicho servicio consiste en buscar y seleccionar el material potencialmente aprovechable directamente en la fuente (canecas y chuts), labor de recolección que no es remunerada.

4.5.2.4 Acerca de los parámetros que fueron negociados con cada uno de los proponentes para el respectivo ASE, aclaró que “*En el marco de la presente licitación no fue posible realizar negociación alguna con los proponentes*” (AZ 5, folio 569). Además, adujo que en su opinión una negociación de tales

proporciones podría tornarse problemática: *“si se pretende que 13 proponentes negocien con 12 organizaciones, desde cualquier perspectiva esto hace improcedente cualquier proceso y nunca se lograría una conciliación real impidiendo la buena marcha de la licitación”* (AZ 5, folio 569).

4.5.2.5 Finalmente, esta organización definió el acceso cierto y seguro como: *“(...) la certeza de que el reciclador pueda acceder a los residuos sólidos desde la misma fuente”* (AZ 5, folio 569). Además, consideró que en la Licitación en comento tal acceso sí está garantizado, *“puesto que se establece en los pliegos de condiciones que la ruta de reciclaje será realizada puerta a puerta por los recicladores de oficio, el material es de su propiedad, lo podrán comercializar donde bien les parezca y el dinero adquirido será de su propiedad”* (AZ 5, folio 569).

4.6 Asociación Colombina de Recicladores Independientes (ACOREIN) (AZ 3, folio 269 a 271)

Su representante legal afirmó que es una de las organizaciones integrantes del Pacto Colectivo del Gremio Reciclador y que, a su parecer, es importante resaltar las problemáticas que surgen del cierre de las bodegas de reciclaje, ya que se cerraron cerca del 90% de las mismas. A su sentir, una medida que podría redundar en beneficios para esta población, sería la vinculación de estos establecimientos a la licitación. Esto, dado que implicarían un ahorro en cuanto a infraestructura se refiere y permitirían que muchos de los recicladores – que han arrendado esas bodegas – continuaran desarrollando su actividad.

Así las cosas, expuso que no pueden desconocerse las afectaciones que medidas normativas – como el Decreto 456 de 2010 – han traído para la cadena productiva del reciclaje.

4.7 Asociación de Recicladores Unidos por Bogotá (ARUB) (AZ 3, folio 309 a 311 y 388 a 391).

4.7.1 En un primer escrito, esta organización recordó que no existió un criterio de antigüedad que excluyera la posibilidad de que asociaciones ficticias participaran en el proceso licitatorio. Por ello, apuntó que lo que se está intentando es *“(...) sacar poco a poco a los recicladores de [esta] actividad (...)”* (AZ 3, folio 309), burlando – de contera – las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Posteriormente, en un segundo escrito, expuso que se encuentra conformada por catorce (14) organizaciones de primer nivel, que reúnen a seiscientos (600) personas. Por ello, uno de sus objetivos es fortalecer este tipo de asociaciones, protegiendo – mediante su accionar – el ambiente.

Adujo que a pesar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no ha habido una real inclusión de la población recicladora de Bogotá. Sumado a esto, cuestionó los resultados materiales de la adjudicación del Relleno Sanitario Doña Juana. Con todo, recordó que en la actual licitación pudo

escoger – dada su antigüedad – una de las 6 ASEs existentes, seleccionando la número 3, que corresponde a las zonas de Chapinero, Barrios Unidos, Teusaquillo, Mártires, Santa fe y Candelaria.

Sin embargo, “(...) la UAESP no [les] ha planteado el plan de trabajo a desarrollar para iniciar las labores correspondientes a la recolección y recuperación en cuanto a las zonas ganadas según las ASEs que [les] correspondieron, teniendo en cuenta que [sus] recursos son únicamente de mano de obra, pues no [tienen] hasta ahora apoyo (...) en cuanto a un medio que [les] pueda suplir y mejorar la recolección” (AZ 3, folio 389). Por ello, requieren medios de transporte adecuados para los residuos recuperados, así como un centro de acopio.

Posteriormente, indicó que se constituyó el primero (1º) de septiembre de dos mil siete (2007) y que con algunas asociaciones de segundo nivel, que son “(...) ASOCIACION COOPERATIVA DE RECICLADORES DE BOGOTÁ – ARB- Y ASOCIACIÓN DE ORGANIZACIONES DE RECICLAJE Y RECUPERACIÓN AMBIENTAL – ARAMBIENTAL (...) [creó] una Unión Temporal, la cual se denomina UT RECICLADORES” (AZ 3, folio 391). En este momento cuentan con el contrato para manejar el centro de reciclaje La Alquería. Así mismo, expuso que con otras dos organizaciones – ANIR y ACOREIN – formaron el *Pacto Gremial Reciclador*.

4.7.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, esta organización de recicladores de segundo nivel informó que:

4.7.2.1 Las razones que guiaron la escogencia de su ASE fueron (i) “*poder mantener la permanencia en el oficio como recicladores*”; (ii) “*tener un mejor reconocimiento como recicladores organizados de segundo nivel*”; (iii) “*mejorar nuestra calidad de vida obteniendo mejores ingresos y una labor más estable*” (AZ 5, folio 469). Otras razones citadas son el deseo de promover y hacer visible el nombre de la ARUB, la confianza en que el ASE obtenido permitirá el mejoramiento de sus condiciones de vida y la posibilidad de proyectarse en el manejo exclusivo de residuos aprovechables.

4.7.2.2 En cuanto al funcionamiento de la ruta de reciclaje, señaló que “*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*” (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 “(...) *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*” (AZ 5, folio 470) de manera que el 70% es aprovechable y el 30% restante es material de rechazo.

4.7.2.3 Frente al funcionamiento del Servicio Público de Aseo, la ARUB informó que existen horarios y días establecidos según el tipo de residuos a recolectar; “(...) *por lo tanto [,] los recicladores intervienen en el sistema de aseo principalmente cuando se sabe los días y el horario de ruta de basuras en general, pero el reciclador pasa una hora antes para que pueda reciclar en la calle*” (AZ 5, folio 470). Respecto a los parámetros negociados con los proponentes, la ARUB señaló: “*ninguno porque no los conocimos ni antes ni después de la participación de las ASES mencionadas*” (AZ 5, folio 470).

4.7.2.4 Por lo demás, anotó que, pese a que la UAESP no ha creado conciencia entre los ciudadanos respecto a la necesidad de separar los residuos en la fuente, los recicladores logran recuperar el 30% de los residuos “(...) *de afán y contra el reloj en la ruta que hacen los operadores de recolección de residuos para disposición final*” (AZ 5, folio 470). A esto se sumaría la indiferencia y el trato discriminatorio que, en opinión de la ARUB, ha caracterizado las actuaciones de algunas entidades del Distrito.

4.8 ANIR (AZ 3, folio 320 a 337).

4.8.1 El representante legal de esta organización manifestó que, a su parecer, la UAESP no ha dado cumplimiento a las obligaciones atinentes a la inclusión de acciones afirmativas a favor de la población de recicladores de Bogotá. En este sentido, recordó que el Auto 268 de 2010 estableció como una obligación la verificación de la naturaleza de las organizaciones que se presentaran en la licitación del Relleno Sanitario Doña Juana. Asunto que fue reiterado en el Auto 298 de 2010. Empero, esta actuación no se llevó a cabo en el presente proceso, pues se habilitó la participación de organizaciones creadas días antes de la resolución de apertura de la licitación; aunado a lo cual se observa la doble militancia de personas dentro de ellas.

Sumado a ello, mencionó que la Adenda 2, publicada el catorce (14) de junio de dos mil once (2011), modificó los requisitos que debían cumplir las organizaciones de segundo nivel para participar en el proceso. A su juicio, las nuevas condiciones tenían por objeto excluir a ANIR, pues se impuso – un día antes del cierre del periodo establecido para allegar la documentación solicitada –, que desde un principio las asociaciones debían haberse constituido como organizaciones de recicladores.

4.8.2 Recordó que la Alcaldía Mayor de Bogotá conformó una mesa de negociación con el “*Pacto Colectivo Gremial*”, conformado por ANIR, ARB, ARUB, ARAMBIENTAL y ACOREIN, para tratar temas como la inclusión de la población recicladora en la presente licitación, la regulación urbanística de las bodegas asociadas al acopio y alternativas para los recicladores que utilizaban vehículos de tracción animal. En el marco de estas negociaciones, presentaron un estudio que “(...) *demostraba la viabilidad de pagar por la recolección y transporte de residuos aprovechables [con] un valor igual o similar al que la ciudad de Bogotá paga hoy por la recolección de residuos que se llevan a disposición final (...)*” (AZ 3, folio 322). Sin embargo, en los estudios técnicos requeridos por la UAESP, en los que solicitó a la CRA

aprobar un esquema técnico y financiero para la prestación del servicio, no incorporó lo atinente al reciclaje.

4.8.3 Alegó que el modelo implementado por la referida entidad fracciona la cadena productiva del reciclaje y excluye a los recicladores de la labor que han adelantado, ya que el objeto de la recolección se circunscribe a “(...) *todos los residuos sólidos, potencialmente aprovechables[,] inorgánicos, secos, no peligrosos, separados por los usuarios u presentados de manera separada*” (AZ 3, folio 326). En otras palabras, los recicladores no podrán ejercer libremente su oficio, pues deberán actuar de común acuerdo con los concesionarios.

Así las cosas, la exclusión se materializa en el hecho de desconocer la complementariedad de la actividad de reciclaje, pretermitir “(...) *el valor de la actividad, (...) el trabajo de los recicladores y [empeorar] las condiciones de vulnerabilidad y pobreza [en que sobreviven, y] (...) permitir que interese no afectos a las Organizaciones de Recicladores aprovechen la oportunidad que ofrece la UAESP (...), [amén de articular] una regulación de las bodegas afectas a la actividad de acopio que excluye más del 95% del total de bodegas identificadas (...)*” (AZ 3, folio 328).

4.8.4 Por otra parte, expuso que en el sorteo efectuado por la UAESP, el veinte (20) de junio de esta anualidad, no se permitió “(...) *a los interesados, y representantes jurídicos de las organizaciones no habilitadas participar con sus observaciones sobre la evaluación de habilitación y sobre el procedimiento mismo (...)*” (AZ 3, folio 327).

4.8.5 En cuanto a la constitución de ANIR, mencionó que según el Decreto 1713 de 2003 las personas naturales o jurídicas que se dediquen a acopiar material potencialmente reciclable son considerados recicladores. A continuación, relató que en junio de dos mil dos (2002), ocho bodegueros comercializadores de estos materiales decidieron organizarse para mejorar su situación. Por ello, en un principio, se conformó por ocho (8) de estas empresas. Sin embargo, en agosto de dos mil siete (2007) modificó sus estatutos permitiendo la asociación de recicladores de base. Por lo mismo, en la actualidad su objeto social radica en “(...) *realizar acciones enmarcadas en la cadena de reciclaje y (...) contribuir a mejorar las condiciones para los diferentes actores de la misma como organización de segundo nivel (...)*” (AZ 3, folio 332).

4.9 Red de Organizaciones de Recicladores Ambientales – Dame tu Mano - (AZ 3, folio 338 a 341).

4.9.1 Esta organización, que hace parte del Pacto Gremial, alegó que la estructura de la licitación permite la instrumentalización de la población de recicladores, pero no brinda las herramientas para que puedan empoderarse y crecer en la cadena productiva de las basuras. Por ello, pidió que se les vinculara al servicio ordinario de aseo, “(...) *pero de acuerdo a [sus] fortalezas como recuperadores urbanos, sin hacer reguero, participar en la*

recolección selectiva, en los procesos de reutilización y en la total cadena de reciclaje” (AZ 3, folio 339).

A más de lo anterior, sostuvo que en el sorteo le correspondió escoger en sexto lugar, por ello, a pesar de que la mayoría de afiliados se encuentran en la ASE 1 (Suba-Usaquén), considera que se desintegrará. En este sentido, enfatizó que se vio obligada a elegir la ASE 4, dado que “(...) *no teníamos más opciones o se aceptada o no participábamos en esta licitación. [Por ello,] nos parece que esto viola la libre asociatividad (sic)*” (AZ 3, folio 339).

Adicionalmente, al igual que otras organizaciones, planteó críticas con las organizaciones recientemente conformadas que participaron en el sorteo, de cuyos dirigentes – sin especificar cuales – “(...) *tienen contratos con la UAESP desde hace tiempo (...)*” (AZ 3, folio 339). Por su parte, adujo que, además de coaligar a 10 organizaciones de base, cuenta con bodegas que le permiten un mejor desempeño dentro de la cadena de reciclaje.

4.9.2 Con posterioridad al Auto 189 de 2011, informó que “*En cuanto a las diez preguntas que debemos absolver, no tenemos claridad al respecto ya que nos cambiaron las adendas de la siete a la ocho y todo se complicó y quedamos en el limbo para entender todo el proceso licitatorio 001 de 2011, por tanto jamás conocimos un oferente que nos propusiera un negocio o por lo menos una ruta de reciclaje. Luego los parámetros para el acceso cierto y seguro a los residuos sólidos no es claro para las organizaciones de recicladores de Bogotá*” (AZ 5, folio 322).

4.10 Federación Sindical de Recicladores y Carreteros de Bogotá (FESIRBO)

Esta organización de recicladores de segundo nivel manifestó mediante su representante legal, el señor Misael Castro Castro, que desconoce el funcionamiento de la ruta de reciclaje puesto que nunca han sido incluidos en ese proyecto. Frente al Servicio Público de Aseo, señaló que “(...) *funciona por medio de rutas y por zonas con diferentes operadores*” (AZ 5, folio 503) y hasta el momento no han intervenido en él puesto que los recicladores que conforman esta organización trabajan en las calles de manera independiente.

Informó, además, que “(...) *hasta el momento no se ha entrado a negociar con los proponentes puesto que todavía no se sabe que operador le pertenece a la ASE 6*” (AZ 5, folio 504). En cuanto a los derechos como organización de recicladores de segundo nivel, indicó que “(...) *el derecho que se ganó en el sorteo es que los recicladores vulnerables entraran a participar como socios accionarios de las utilidades que genere el operador que entre a licitar con la ASE 6*” (AZ 5, folio 504).

Finalmente, FESIRBO consideró que los parámetros de la actual licitación sí garantizan el acceso cierto y seguro a los residuos “(...) *porque el reciclaje no tiene exclusividad y puede uno seguir reciclando como hasta la fecha se viene haciendo*” (AZ 5, folio 504). La única diferencia sería, en su opinión, que

“(...) va a ser más organizado porque se va a trabajar en conjunto con el operador como lo dice el pliego de condiciones de la Licitación Pública 001 de 2011” (AZ 5, folio 504).

4.11 Federación Sindical de Organizaciones Protectoras del Medio Ambiente (FESNOPMA)

Por medio de su representante legal, el Señor Luís Alberto Morales Moreno, esta organización de recicladores de segundo nivel 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 *“(...) deambulan por la vía pública abriendo las bolsas de basura que frente a las viviendas dejan los residentes, mas no se comerciantes ni empresas ya que este reciclaje lo selecciona, transporta y comercia un pequeño grupo de líderes que se auto titulan los únicos abanderados y representantes de los recicladores” (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 *“(...) han sido la ARB, la ARUB y ARAMBIENTAL las organizaciones que han obtenido los beneficios” (AZ 5, folio 518-519).*

Interrogada sobre el funcionamiento del Servicio Público de Aseo, la Federación declaró que su conocimiento al respecto es *“(...) similar al que tiene todo ciudadano común que ve los carros que aforan la basura” (AZ 5, folio 518).* Pese a esto, puso de presente la existencia de *“(...) incontables botaderos de basura al aire libre” (AZ 5, folio 518)* por los cuales la ciudadanía tiene en mal concepto la prestación del Servicio Público de Aseo. Además, frente a la pregunta que versa sobre la intervención de los recicladores en dicho servicio, anotó que *“Algunos de nuestros afiliados van delante de los vehículos que aforan la basura, revisan qué material les sirve, lo extraen, recogen, transportan y venden en las bodegas del sector” (AZ 5, folio 519).*

En cuanto a los parámetros negociados con cada uno de los proponentes para el ASE que les fue asignado en el sorteo efectuado por la UAESP, aclaró que hasta la fecha no conoce ninguno de ellos ni ha tenido contacto alguno con personas pertenecientes a los consorcios licitantes. De ahí que los únicos beneficios como organización de recicladores de segundo nivel de los cuales tuvo noticia sean los consagrados en el pliego de condiciones de la Licitación en comento. Por lo demás, anotó que por sorteo debe compartir el ASE 2, Fontinbón y Engativá, con la ARB donde posiblemente los afiliados de FESNOPMA van a tener derecho a seleccionar el material reciclable en una fuente y ya no en la calle como siempre lo han hecho.

Adicionalmente, FESNOPMA definió la basura como *“(...) todo aquello que el ser humano, en su vida cotidiana o industrial, ya no le sirve de acuerdo a su modalidad de vida o ejercicio laboral y por ello desecha” (AZ 5, folio 520)* Así, en su opinión, el acceso cierto y seguro a los residuos es el derecho que le

asiste a sus asociados de seleccionar de la basura los materiales que tienen un valor económico y contar con las herramientas de trabajo adecuadas para hacer frente a enfermedades derivadas de la labor del reciclaje. Adicionalmente, haría parte del acceso cierto y seguro a los residuos “(...) *un mercado con valores sostenibles y equivalentes a la labor desarrollada, precios que sirvan para llevar una vida digna y cumplir con los deberes de la familia en la formación de los hijos*” (AZ 5, folio 520).

Frente a la pregunta de si el acceso cierto y seguro a los residuos está garantizado en la actual licitación, FESNOPMA señaló enfáticamente: “**NUNCA** se nos ha dado espacio para opinar: nuestras ideas, propuestas y reclamos no pasaban de ser lamentos en el desierto” (AZ 5, folio 521). La organización expresó que, pese a haber sido incluidos en el sorteo y haberseles adjudicado un ASE para tener acceso cierto a los residuos, no existe ningún tipo de garantía que asegure que los resultados del sorteo serán respetados. Además, puso de presente que “(...) *no conocemos cómo la UAESP nos va a garantizar la entrega de las fuentes [de residuos] cuando, ya lo dijimos, personas que se autotitulan únicos líderes del reciclaje en la ciudad, tienen las fuentes donde se general residuos en cantidades considerables y los tienen asignados a sus familiares y amigos*” (AZ 5, folio 521). Finalizó este apartado diciendo que “(...) *en la Licitación 01 del 2011 no se estipula como hace el gobierno para que los generadores de residuos sólidos entreguen al Reciclador el material aprovechable, o a cambio de qué?*” (AZ 5, folio 522).

Por último, FESNOPMA aprovechó para poner en conocimiento de esta Corporación la existencia de organizaciones de recicladores de segundo nivel que carecen de trayectoria y que nunca se hicieron presentes en procesos de concertación como la Mesa Distrital del Reciclaje. Además, enfatizó que a su parecer resulta injusto que organizaciones de segundo nivel que cuentan con un reducido grupo de afiliados, se vean beneficiadas con la misma participación de aquellas conformadas por un considerable número de recicladores.

4.12 Federación Sindical Cultura de los Recicladores (FESINCURE)

Las respuestas al cuestionario planteado por esta Corporación en el Auto 189 de 2011, allegadas **por la Federación Sindical Cultura de los Recicladores (FESINCURE)**, pertenecen al mismo formato de respuesta de la **Federación Sindical de Organizaciones Protectoras del Medio Ambiente (FESNOPMA)**.

4.13 Federación Sindical de Recicladores y Carreteros de Colombia (FESINRECOL)

Cuestionada sobre el funcionamiento de la ruta de reciclaje, **FESINRECOL** respondió, por medio de su representante legal la Señora Graciela Buitrago Parra, que actualmente 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 “(...) *donde la unión temporal*

conformada por ARB, 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).

Frente al funcionamiento del Servicio Público de Aseo, **FESINRECOL** aseguró no conocer mucho al respecto, salvo que existen normas precisas sobre el tema. Sin embargo, sobre las labores que desempeñan los recicladores de base, señaló *“Nosotros los recicladores intervenimos cuando empieza nuestra rutina diaria, trabajando las canecas, las bolsas, los chuts de los conjuntos residenciales, empresas, fábricas en general” (AZ 5, folio 559) y continuó diciendo: “el reciclador de oficio recicla y transporta hasta el centro de acopio, de esta manera obtiene su sustento, desafortunadamente el reciclador no tiene ninguna remuneración por su labor” (AZ 5, folio 559).*

Sobre los parámetros negociados con cada uno de los proponentes para el respectivo ASE que le fue asignado tras el sorteo organizado por la UAESP, advirtió que *“Nosotros, como organización de segundo nivel de recicladores de oficio, no hemos tenido en el marco de la Licitación la oportunidad de negociar con ningún proponente porque la Licitación 001 de 2011 aún no ha sido adjudicada” (AZ 5, folio 560), razón por la cual, solicitó a esta Corporación permitir la reanudación del proceso licitatorio.*

En cuanto a la pregunta ¿qué entiende por acceso cierto y seguro a los residuos sólidos? Esta organización respondió que *“Es cuando el reciclador tiene acceso a las fuentes donde se generan los residuos sólidos” (AZ 5, folio 560). Adicionalmente, anotó que su acceso estaría garantizado “(...) siempre y cuando la licitación sea a favor del reciclador de oficio” (AZ 5, folio 561) y recordó que, según el pliego de la licitación en comento, “(...) la ruta de reciclaje será ejecutada por los recicladores de oficio puerta a puerta, el material será de los recicladores por esto lo podrán comercializar en la bodega que quieran” (AZ 5, folio 561).*

4.14 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).

Estas organizaciones alegaron que los recicladores sobreviven con dos (2) dólares diarios aproximadamente, que están estructurados en esquemas organizativos, que solicitan el reconocimiento de la actividad que realizan y de

un porcentaje económico por la parte del servicio público que prestan. Así mismo, indicaron que no observan reales acciones afirmativas a favor de esta población, dado que se está permitiendo que personas ajenas al gremio se vean favorecidas.

Por lo demás, manifestaron que 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.

Finalmente, alegaron que esta es una oportunidad en la que se puede generar una política pública de inclusión del gremio de recicladores, que materialice los derechos que fueron amparados desde el 2003 por la Corte Constitucional.

5. Otras intervenciones.

Amicus Curiae Universidad Nacional de Colombia y Adriana Ruiz Restrepo (AZ 5, folios 137 a 146).

El Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales – GIDCA – de la Universidad Nacional de Colombia, intervino dentro del incidente para resaltar que si bien la licitación en cuestión permite la participación accionaria de organizaciones y brinda implementos de recolección para los miembros de las asociaciones de segundo nivel, “(...) *este apoyo no implicaría exclusividad de ninguna organización de recicladores en determinada área de servicio (...)*” (AZ 5, folio 138). Aunado a ello, la dinámica del mercado excluirá a los recicladores, pues las empresas prestadoras tendrán incentivos para el aprovechamiento, según la estructura tarifaria vigente. Igualmente, los intermediarios habituales de las basuras saldrán de la cadena productiva en razón a la regulación de las bodegas de reciclaje.

Con todo, enfatizó que la mayor limitación a las acciones afirmativas se encuentra en los criterios de vinculación de las organizaciones de segundo nivel. Esto, por cuanto no se emplearon elementos que permitieran determinar destinatarios específicos de manera inequívoca. Por ello, las medidas adoptadas en la licitación en comento perdieron su especificidad y razón de ser. Así las cosas, enfatizó que existen “(...) *muchas nuevas organizaciones y grupos de recicladores con unas pocas semanas de creación, de los cuales no se conoce su real trabajo en el reciclaje, ni mucho menos sobre su condición de vulneración y marginación de la sociedad en razón a la actividad de reciclaje que vengán desarrollando a través del tiempo, condición inequívoca para ser destinatario de la acción afirmativa*” (AZ 5, folio 140).

Por lo demás, recalcó que la estructura tarifaria actual es obsoleta, dado que “(...) *no incorporan los costos económicos derivados de la inclusión de la población recicladora (...)*” (AZ 5, folio 140). Por ello, no se reconoce

directamente a este grupo poblacional y su labor que reduce costos de recolección y disposición final. A más de lo anterior, apuntó que el cálculo de la tarifa se basa en el peso de la producción de residuos, pero el mismo está sobre estimado, ya que se sitúa en 74 Kilos por usuario al mes, a pesar de que existen “(...) *varios estudios que sitúan la producción de desechos en menos de 1.5 kilos diarios por usuario*” (AZ 5, folio 141). Sin embargo, no especificó a qué estudios se refiere o dónde pueden ser consultados.

Por su parte, Adriana Ruiz Restrepo anunció que varias personas habían instaurado acciones de tutela en contra de la Licitación Pública de la referencia, ya que en ella se desconocen las reglas establecidas en la sentencia T-291 de 2009. En efecto, no se está garantizando el acceso cierto y seguro a los residuos sólidos, dado que los mismos quedarán dispuestos en las aceras de Bogotá a libre disposición de las fuerzas del mercado. Corolario de esto, el modelo de Ruta de Reciclaje no suple esta deficiencia, comprometiendo de paso el saneamiento básico de la capital colombiana.

Sumado a lo anterior, alegó que los uniformes e indumentarias que entregarán los concesionarios no conllevan “(...) *una remuneración estable o cierta y exigible, ni exclusividad en el acceso al material del que depende su mínimo vital[,] pues (...) no hay ruta selectiva de reciclables con exclusividad ni para ellos, ni para el operador de quien son socios sino en libre mercado*” (AZ 5, folio 144).

Por lo demás, también hizo referencia a la desnaturalización de las acciones afirmativas al permitir la vinculación de organizaciones de dudosa procedencia. Aunado a ello, la participación accionaria y la repartición de dividendos es anual, por lo que no puede asegurar de manera alguna el mínimo vital de esta población. Sobre esto, echó de menos la existencia de estudios técnicos que demostraran que era la mejor opción.

ANEXO 2

1. Elementos probatorios.

Los siguientes documentos fueron allegados como pruebas al presente incidente:

- a. Acta de Cierre de la Licitación Pública No. 001 de 2011, en la que constan las siguientes propuestas, que fueron recibidas el veintinueve (29) de julio de dos mil once (2011): “1. *Promesa de Sociedad Futura ATESA Siglo XXI*; 2. *Promesa de Sociedad Futura Bogotá Ambiental*; 3. *Consortio Conambientales*; 4. *Unión Temporal Aseo Triple A*; 5. *Promesa de Sociedad Futura – Promoambiental Distrito S.A.E.S.P*; 6. *Aseo Capital Unión Temporal*; 7. *Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Limpio S.A. E.S.P*; 8. *Promesa de Sociedad Futura Aseo Bogotá S.A. E.S.P*; 9. *Unión temporal Cavo Vigía*; 10. *Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá D.C.*; 11. *Proponente Plural Conformado por Ciudad Limpia Bogotá S.A. ESP, Felipe Holguín Peña, Fernando Reyes Mahecha, Juvenal Saavedra Gómez y Juan Francisco Copello Vergara, Bajo la promesa de Sociedad Futura*; 12. *Consortio Lime*; 13. *Promesa de Sociedad Futura IPSUM S.A.S. E.S.P.*; [y] 14. *Organización empresarial de servicio de aseo – oesa*” (AZ 2, folio 217). Igualmente, en dicho acta se observan los aspectos generales de cada oferta. En lo atinente a la población de recicladores⁷¹, el proponente # 1 - Promesa de Sociedad Futura ATESA Siglo XXI -, ofertó un porcentaje de participación entre el 16.80% y el 18.64%; propuso alcanzar el 100% de aprovechamiento en el primer año y contratar entre 100 y 220 recicladores (AZ 2, folio 218, respaldo). Por su parte, el proponente # 2 - Promesa de Sociedad Futura Bogotá Ambiental – ofertó una participación accionaria entre el 5% y el 9%, un aprovechamiento para el primer año entre el 32% y el 50% y la contratación de 0 a 768 recicladores (AZ 2, folio 219). El proponente # 3 - Consortio Conambientales – propuso ceder entre el 5% y el 46 % accionario, alcanzar el 100% de aprovechamiento en el primer año y contratar entre 527 y 730 recicladores (AZ 2, folio 219 – respaldo – a 220). El proponente # 4 - Unión Temporal Aseo Triple A – propuso un porcentaje accionario a favor de la población de recicladores entre el 5% y el 21 %, un aprovechamiento en el primer año entre el 32 y el 67%, y un número de puestos de trabajo entre 3 y 174 (AZ 2, folio 220 y respaldo). El proponente # 5 - Promoambiental Distrito S.A.E.S.P – ofertó ceder entre el 18.36% y el 20 % de acciones, promover el aprovechamiento hasta el 100% y contratar entre 548 y 850 recicladores (AZ 2, folio 221). Por su parte, el proponente # 6 - Aseo Capital Unión Temporal – ofertó una participación de población recicladora entre el 27% y el 71%, un aprovechamiento del 100% en el primer año y la contratación de un

⁷¹ A continuación se efectúa una descripción general de los elementos concernientes a los recicladores y al aprovechamiento que constan en el acta referida. Vale la pena mencionar que se señalan – indistintamente al ASE correspondiente – los máximos y los mínimos ofertados.

número de recicladores entre 546 y 802 (AZ 2, folio 221, respaldo). El proponente # 7 - Promesa de Sociedad Futura Desarrollo Limpio S.A. E.S.P - propuso ceder entre el 20% y el 49 % de acciones, alcanzar el 100% de aprovechamiento en el primer año y la contratación entre 480 y 700 recicladores (AZ 2, folio 222 y respaldo). El proponente # 8 - Promesa de Sociedad Futura Aseo Bogotá S.A. E.S.P – ofertó entre el 16% y el 20% de participación accionaria a favor de las organizaciones de segundo nivel, alanzar el 100% de aprovechamiento en el primer año y la contratación entre 546 y 817 de recicladores (AZ 2, folio 222 – respaldo – y 223). A su turno, el proponente # 9 - Unión temporal Cavo Vigía - ofertó ceder entre el 5% y el 45% de acciones, alcanzar entre el 32% y el 100% de aprovechamiento en el primer año y contratar entre 10 y 389 recicladores (AZ 2, folio 223, respaldo). El proponente # 10 - Promesa de Sociedad Futura RBL Bogotá D.C – propuso ceder entre el 5% y el 15 %, lograr el 100% de aprovechamiento en cualquiera de las ASE asignadas y contratar entre 526 y 813 recicladores (AZ, folio 224). El proponente # 11 - Proponente Plural Conformado por Ciudad Limpia Bogotá S.A. ESP, Felipe Holguín Peña, Fernando Reyes Mahecha, Juvenal Saavedra Gómez y Juan Francisco Copello Vergara, bajo la promesa de Sociedad Futura – ofertó ceder entre el 5% y el 25% de acciones a favor de las organizaciones de segundo nivel, alcanzar entre el 33 y el 100% del aprovechamiento y entre 10 y 550 recicladores (AZ 2, folio 224, respaldo). El proponente # 12 - Consorcio Lime – ofertó entre el 5% y el 25 % de participación accionaria, alcanzar entre el 32 y el 100% de aprovechamiento en el primer año y entre 151 y 1027 puestos de trabajo (AZ 2, folio 225). Por su parte, el proponente # 13 - Promesa de Sociedad Futura IPSUM S.A.S. E.S.P – ofertó ceder entre el 5% y el 20% de acciones, alcanzar entre el 32% y el 100% de aprovechamiento en el primer año y contratar entre 0 y 1100 recicladores (AZ 2, folio 225 – respaldo – y 226). En cuanto al proponente 14 - Organización empresarial de servicio de aseo – Oesa - no consta lo que haya ofertado (AZ 2, folio 217 – 226).

- b. Copia de solicitud de proceso contractual y estudios previos para la Licitación Pública 001 de 2011. En ella se observa que “(...) *con el objeto de realizar las proyecciones correspondientes, la UAESP estimó la cantidad de residuos a ser utilizados en el cálculo del modelo económico, financiero y de tarifas. De acuerdo con el Decreto 1713 de 2002 y su definición de servicio estándar, servicio especial y de tarifas máximas, la cantidad de residuos a utilizar en las metodologías de cálculo de tarifas se componen por los residuos de producción domiciliaria, de grandes generadores, barrido, material aprovechable y residuos de operativos especiales (...)*” (Subrayas fuera del original) (AZ 2, folio 31).
- c. Carta enviada, el veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011), por la entonces Directora de la UAESP – Miriam Margota Martínez – a la ARB, aclarando que “(...) *la vinculación de las organizaciones de segundo nivel se hace únicamente con el fin de ser accionistas del*

concesionario que resulte ganador en cada una de las seis zonas de la ciudad (...). [La asignación en cada ASE] se hace únicamente para ser socio de la empresa que resulte concesionaria del proceso (...). Las acciones de reciclaje que hoy desarrolla la población recicladora en las localidades de Bogotá no tiene exclusividad para ninguna de las 12 organizaciones asignadas a cada una de las ASE, y sigue habiendo libertad de recolección del material potencialmente aprovechable para los recicladores de oficio en la ciudad (...). [Por ello], ninguna de las 12 organizaciones vinculadas al proceso mediante el sorteo pueden ni deben presionar a las organizaciones de primer nivel, ni a los recicladores de base para que se afilien a su agrupación y mucho menos segregarlos de los territorios donde naturalmente cada uno de ellos opera” (AZ 2, folio 49 a 50).

- d. Copia de Informe de Organizaciones de Segundo Nivel, elaborado por la UAESP, en el que se observan catorce (14) organizaciones que se presentaron tras la convocatoria elaborada por la entidad. Entre estas últimas, existen cuatro – Federación de recicladores la cultura de los recicladores, Federación sindical de los recicladores y carreteros de Bogotá (FESIRBO), Federación sindical de recicladores y carreteros de Colombia (FESINRECOL) y Federación sindical ambiental del reciclador colombiano (FEDERSIN) – con las siguientes fechas de constitución: quince (15) de marzo de dos mil once (2011), treinta (30) de mayo de dos mil once (2011), siete (7) de junio de dos mil once (2011) y ocho (8) de junio de dos mil once (2011). Igualmente, se indica que dos (2) de las organizaciones que se presentaron fueron excluidas del sorteo, dado que no cumplían con los requisitos mínimos. Así, la “(...) *Asociación Nacional de Industriales del Reciclaje ANIR, no cumple con las condiciones mínimas solicitadas, por cuanto no se trata de una organización de recicladores de segundo nivel que desde su creación haya sido organización de recicladores en condiciones de vulnerabilidad (...). [Igualmente] la organización denominada Asociación de Recicladoras Colombia Mujer del Progreso – Red de Mujeres, no cumple con las condiciones (...) por cuanto al verificar su objeto social en el documento aportado, se constató que esta organización no agrupa organizaciones de recicladores de primer nivel (...)*”. El objetivo de estas limitaciones era, en términos de la UAESP “(...) *evitar que organizaciones que incluyan a personas distintas a los recicladores de oficio, en condiciones de vulnerabilidad, resulten favorecidas con las medidas de discriminación positiva que se pretenden*” (AZ 2, folio 101) (AZ 2, folio 98 a 102).
- e. Copia de Estatutos de la Asociación de Cooperativas de Reciclaje Recuperación Ambiental (ARAMBIENTAL), en el que se le define como una empresa de economía solidaria. A continuación, por naturaleza jurídica y razón social se indica que se trata de “(...) *un organismo de Segundo Grado, de carácter Asociativo Nacional, personería jurídica de derecho privado, de responsabilidad limitada, sin ánimo de lucro, regida por la constitución y la ley (...)*” (AZ 2, folio 342). Por objeto se

- contempló la promoción de espacios de desarrollo y reconocimiento de las organizaciones de base. Con respecto al ejercicio económico, el pliego establece que “(...) *ARAMBIENTAL tendrá ejercicios económicos que se cerrarán al treinta y uno (31) de Diciembre de cada año calendario. Al término de cada ejercicio se cortarán las cuentas y se elaborará el balance General, el inventario y el estado de resultados (...). Los excendetes del ejercicio los aplicará la Asamblea de acuerdo a:* 1. *Compensar pérdidas del ejercicio anterior[;]* 2. *Un veinte (20) por ciento como mínimo, para crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales[;]* 3. *Un veinte (20) por ciento como mínimo, para crear y mantener un fondo de educación[;]* 4. *Un diez (10) por ciento para un fondo de solidaridad[; y]* 5. *El remanente se aplicará para incrementara (sic) los anteriores o para nuevas reservas y fondos destinados a la (sic)cumplimiento de sus objetivos o para lo que destine la Asamblea General”* (AZ 2, folio 351 a 352). Cabe mencionar que constituyen esta asamblea los representantes de las entidades asociadas hábiles, conforme al artículo 30 del Estatuto (AZ 2, folio 337 a 369).
- f. 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 reciclaje** descontaminando los residuos sólidos para que no vayan a los rellenos sanitarios, recuperando técnicamente productos industriales”* (énfasis original) (AZ 2, folio 384). En el capítulo III figuran las condiciones para admitir afiliados. Una de ellas es la siguiente: “(...) *Ser sindicato con Naturaleza Ambientalista que sus trabajadores sean activistas defensores del Medio Ambiente y de los recursos naturales, acompañado de la actividad laboral en la Cadena del Reciclaje”* (AZ 2, folio 386). Como órganos figura, en el artículo 9, el Comité ejecutivo, compuesto por delegados de los Sindicatos; que tiene entre sus funciones elegir la directiva sindical, para un periodo de dos (2) años. Como beneficios de cada afiliado aparecen, en el artículo 8: participar en los debates de las Asambleas, elegir y ser elegidos como directivos, presentar proposiciones, hacer parte de las comisiones y gozar de los beneficios que otorga la Federación. Un elemento que hay que destacar figura en el artículo 39, que fija que en caso de liquidación y disolución de la Federación “(...) *en ningún caso, ni por ningún motivo[,] un afiliado puede recibir más del monto de las cuotas ordinarias que haya aportado (...)*” (AZ 2, folio 395) (AZ 2, folio 384 a 397)
- g. Copia de Estatutos de la Confederación Ambiental Hagamos de Colombia un país grande “Confederación Ambiental FUNCOLGRAN”, en donde se define como “(...) *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). En cuanto a la distribución de beneficios, los estatutos plantean que será “(...) equitativa [y] a través de la distribución de los excedentes a sus organizaciones afiliadas que prestan servicios de carácter ambiental y social de manera proporcional al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de (...) FUNCOLGRAN (...)” (AZ 2, folio 454). En cuanto a los órganos de administración, el artículo 13 establece que el presidente será vitalicio, y escogido de los miembros fundadores. Igualmente contempla la existencia de un consejo de administración. Para pertenecer a este último, se requiere “(...) ser profesional con experiencia de 5 años en cargos administrativos en organizaciones sin ánimo de lucro o tener 20 años de experiencia como directivos de organizaciones sin ánimo de lucro” (AZ 2, folio 457). También se menciona una Asamblea General, que tiene entre sus funciones elegir al fiscalizador, y aprobar negocios jurídicos por cuantías superiores a un salario mínimo, entre otros (AZ 2, folio 426 a 466).

- h. Copia del Pacto Gremial Reciclador, firmado - el trece (13) julio de dos mil once (2011) - por los representantes de la ARB, ANIR, ACOREIN y ARUB. En el documento se afirma que en él se “(...) *deja constancia (...) de las siguientes situaciones de vulnerabilidad de los derechos del gremio (...): promover la constitución obligada de grupos y organizaciones de segundo grado (...)[;] La existencia de un número importante de personas censadas no recicladoras (...)[;] [La omisión de] definir los parámetros de articulación de la cadena de residuos (...) [y el traslado de] la obligación del Plan de acción a los empresarios de aseo que queden asignados en la operación (...)[;] [la imposición de] la obligación a las organizaciones de segundo grado [de] la recolección de las rutas de reciclaje (...)[;] [las exigencias tecnológicas] no les permiten estar realmente en el negocio (...) [y] les ponen obligaciones que no pueden cumplir (...)” (Subrayas del original). Con fundamento en lo anterior plantearon los siguientes interrogantes: “[;] *Cuál es la respuesta (...) para miles de recicladores que no tendrán carretas –VTA-, ni bodegas cercanas en donde vender (...) [pues] sólo pueden recorrer hasta 10 kilómetros (...)?[;] Cuál finalmente es el factor que se debe tener en cuenta en las rutas de reciclaje: 1) el porcentaje de usuarios cubiertos (ahora está en 33%) y se cubre con 6 carros, 18 personas y 70 rutas semanales o 2) el 4% en cantidad que se espera con los mismos recursos (...)” (AZ 2, 467 a 468).**
- i. Escrito de coadyuvancia de la ARB a una acción de tutela instaurada por Andrea Ruiz y otros contra la UAESP, en el que se indica que con las sumas de los contratos “(...) *para el desarrollo de acciones afirmativas a favor de los recicladores (...) se habría podido construir y dotar unos 8 centros de reciclaje (...) como lo muestra el ejemplo (...) de la ciudad de Buenos Aires (...)” (AZ 3, folio 4). En este sentido, se señala que una*

acción afirmativa implicaría mejoras sustanciales para su trabajo, pues ellas deben ser “(...) *procesos estructurales que [permitan] al gremio superar [la] pobreza progresivamente apropiando capacidades propias en el oficio que desempeñan y no en otros (...)*” (AZ 3, folio 4) y se enfatiza que no se pidieron puestos de trabajo otorgados por los empresarios o que se les repartan utilidades por actividades que no incluyen el reciclaje, dado que sí solicitaron la posibilidad de apropiarse de los recursos necesarios para la operación. A más de lo anterior, se manifiesta que la licitación instrumentaliza a los recicladores, pues ellos “(...) *no manejan de manera directa nada, ni siquiera la convocatoria a sus propios compañeros (...). Si los empresarios tienen la potestad del manejo de los recursos y de los balances, pues van a tratar de llevar al mínimo las utilidades [que supuestamente serán repartidas por el porcentaje accionario]*” (AZ 3, folio 5). En cuanto a los puestos de trabajo ofrecidos, se señala que resulta perjudicial, pues cuando termine la licitación – a aquellos que superen los 50 años de edad – se les dejarán sin posibilidades laborales. De otro lado, se afirma que el cierre de 1340 bodegas, así como la exclusión de circulación de 4000 carretas, afecta gravemente la cadena de valor del reciclaje, excluyendo al gremio de la actividad. De otra parte, se expone que los ahorros que genera al sistema el aprovechamiento – conforme a la Ley 142 – no llegarán a los recicladores, pues el 50% serán rebajas a las tarifas y la mitad restante corresponderá a programas de reciclaje (AZ 3, folio 2 a 15). Igualmente, expuso que en los componentes que la licitación reconoce remuneración posible se encuentra la recolección, que “(...) *no especifica [sobre] qué tipo de recursos [se desarrollará]*”, desconociendo el pago sobre la labor que desarrollan los recicladores (AZ 3, folio 7 a 10).

- j. Trato Colectivo Gremio Reciclador Colombiano, elaborado el doce (12) de octubre de dos mil diez (2010), por representantes de ARB, ARUB, RED de SUBA, ANIR, ACOREIN, ARAMBIENTAL, Y ALFUTURO. En él se plantea la necesidad de defender el oficio de reciclador, el crecimiento en la cadena de valor de los residuos y la promoción del trabajo digno, entre otros. Por ello, se efectúa una lista de denuncias a divulgar, que incluyen “*Desenmascarar las actuaciones de intereses particulares de las organizaciones, que al no representar un número grande de recicladores y al tener integrantes de otras categorías-actividades NO persiguen [el] interés del gremio y venden a la UAESP su apoyo incondicional (...). No permitir la realización del Censo a Recicladores que pretende desarrollar la UAESP sin que antes no se haya negociado la aplicabilidad del mismo a necesidades del gremio y a sus aspiraciones coherentes con una política pública definida conjuntamente y validada socialmente por el gremio a través de sus organizaciones representativas (...)*” (AZ 3, folio 11 a 12). De otro lado, se señala que incluso tras la celebración del Congreso Mundial de Recicladores, desarrollado en Bogotá en el dos mil ocho (2008), “(...) *La dinámica resultante de la organización del gremio, es la presión para resolver el conflicto de la integración y articulación del oficio de reciclaje en el sistema público de aseo al cual el País ha llegado con la*

participación sin reconocimiento del Gremio” (AZ 3, folio 13) (AZ 3, folio 11 a 15).

- k. Solicitud efectuada por el “*Pacto Gremial Reciclador*” a varias entidades públicas, en busca de apoyo para la defensa de la actividad económica desarrollada. Dentro de las alegaciones del escrito, que justifican la existencia del “*Pacto del Gremio Reciclador*” se encuentra “(...) *alinear esfuerzos para promover la defensa del legítimo derecho del sector a mantenerse en el oficio (...) y de crecer en la cadena [de] valor de los residuos en condiciones de dignidad humana y organizativa, debidamente articulado con el servicio de aseo público de responsabilidad del estado (...)*”(AZ 3, folio 24). Igualmente, en él se reitera la importancia ambiental de la recolección para el aprovechamiento. A continuación se relata que “(...) *el mercado de reciclaje ha proporcionado los recursos de ingreso [a] los diferentes actores de esta cadena de valor, desde luego los más bajos son para la base de la cadena, que su oficio se ha mantenido en el nivel de supervivencia (...)*” (AZ 3, folio 25). En este sentido, se expone que con la vinculación digna de los recicladores se puede mejorar ambientalmente el manejo de basuras de Bogotá, siempre y cuando exista una coordinación con el Gobierno. En el escrito, también se refiere al origen del “*Pacto Gremial Reciclador*”, que se sitúa en junio de dos mil diez (2010) –dado que el escrito tiene fecha del siete (7) de julio de dos mil once (2011) – y se contempla como la unión de varias organizaciones: “(...) *7 de las organizaciones más representativas del Sector (...) [Que incluyen recicladores y] organizaciones de los otros eslabones de la cadena como los comercializadores y pequeños y medianos empresarios de procesamiento [de los residuos] a materia prima, como la asociación Nacional de Industriales del reciclaje – ANIR – y la Asociación Colombiana de recicladores Independientes –Acorein; así como los compañeros carreteros de vehículos de tracción animal (...)*” (AZ 3, folio 25). Como propuesta de acción afirmativa plantearon la “(...) *configuración de un proceso de regulación para el aseo que precise los mecanismos y criterios de pago del servicio que presta el gremio reciclador Colombiano. [Que le otorgue] la preferencia en el reconocimiento de su oficio para que mantenga las rutas de recolección del reciclaje y el aprovechamiento, pero no solo a modo de supervivencia sino que se haga justicia en el valor a trasladar en las tarifas*” (AZ 3, folio 27) (AZ 3, folio 24 a 27).
- l. La ARB, la ASN y la Red Latinoamericana de Recicladores adjuntaron una presentación titulada: “*Organización de los Recicladores, una alternativa social, técnica, económica y ambiental en Colombia, dentro de un sistema organizado para el manejo de los residuos sólidos*”, en la que se mencionan, como técnicas alternativas de estrategia de incidencia: “(...) *Centros de Acopio, Proyectos [de] aprovechamiento, Prestación [de] Servicios [de] Aseo, Rutas [de] Recolección [y] Recolección Reciclaje*”, de materiales como “(...) *Papel, vidrio, plástico [y] cartuchos (...)*” (AZ 3, folio 37). Como objetivos económicos se

establecen “*Promover comercialización, mercadeo y distribución del material recuperado. Establecer convenios con [el] estado (sic) y [el] sector privado (...)*” y, como objetivos políticos y ambientales se contemplan: “*(...) constituir una fuerza gremial real, buscando el reconocimiento social y la dignificación de la labor del reciclador [y] contribuir a la conservación de los recursos naturales[. Por ejemplo] Ton. Papel recuperado (...) evita la tala de 20 árboles*” (AZ 3, folio 38). Como lineamientos generales de la propuesta se describen: “*Conformación de esquemas empresariales solidarios constituidos por las organizaciones de recicladores para la prestación del servicio[;] establecimiento de sectores diferenciados de recolección (SDR) sin exclusividad[;] Realización de micro rutas coordinadas de recolección del material reciclable, separado en la fuente, de parte de cuadrillas de los Recicladores del Sistema[;] Establecimiento de centros de transferencia Móvil (CTM) dependiendo de volúmenes de material y distancias a recorrer en cada SDR[;] Realización de macro rutas de transporte de parte de los consorcios de aseo[;] Acopio, selección, pretransformación y comercialización de los materiales en centros de reciclaje administrativos y operados por las organizaciones de recicladores*” (AZ 3, folio 42). En la presentación, también se exponen fortalezas y debilidades del gremio detectadas en los últimos 15 años. En las primeras figuran: “*(...) [la] existencia de microrutas, (...) centros de acopio [y] mano de obra experimentada para la operación (...)*”; mientras que en las segundas aparece: “*(...) demasiado tiempo invertido en la recolección (...) volúmenes insuficientes y centros de acopio mal distribuidos (...)*” (AZ 3, folio 43). (AZ 3, folio 28 a 48).

- m. Certificado de existencia y Representación de la ARB expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y donde figura, como fecha de constitución, el quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa (1990). Como objeto general de la asociación aparece “*(...) la defensa de los intereses comunes de los recicladores en la Regional y a nivel Nacional cuando las circunstancias lo ameriten [y como objetivos específicos se observan, entre otros,] buscar el reconocimiento y legalidad de la labor del reciclador y sus organizaciones (...); servir como representante de los recicladores para la consecución y comercialización de los materiales reciclables o de los artículos necesarios para la actividad de los recicladores[;] promover la creación de canales de comercialización idóneos y adecuados para la promoción, mercadeo y distribución de los materiales reciclables, sea en el Mercado interno o en el exterior (...)[;] promover la educación tecnológica, administrativo, académica, profesional, cultural y ambiental de sus asociados (...)*”(AZ 3, folio 51 y 51). Como órganos de la ARB se establece, en el artículo 15, la Asamblea General, la Junta Directiva, y el Director Ejecutivo. No se observan mayores requisitos para formar parte de ellos, salvo – en el parágrafo 2 del artículo 27 – la prohibición de que hayan dos miembros de un mismo grupo afiliado en la Junta directiva. (AZ 3, folio 49 a 66).

- n. Listado de documentos presentados por la ARB a la UAESP dentro del proceso de la Licitación Pública 001 de 2011, en el que mencionan veintidós (22) organizaciones afiliadas. A pesar de ello, vale la pena indicar que se observan en total veintitrés (23) (AZ 3, folio 67).
- o. Extractos de estatutos de la Federación de Recicladores Independientes de Colombia y certificado de existencia y representación, donde figura como misión “Agrupar (...) a todos los recuperadores ambientales en todos los órdenes y a las asociaciones o sociedades dedicadas al servicio del reciclaje (...)” (AZ 3, folio 163). A partir del artículo 10 se contemplan los órganos de gobierno y administración. Así, se indica – en el artículo 11 – que las decisiones de la asamblea general serán adoptadas por el principio mayoritario o de democracia interna. En cuanto a la junta directiva, se señala que para pertenecer a ella se requiere “(...) ser mayor de edad, estar en pleno uso de los derechos civiles, ser representante legal o delegado de una organización federada y no estar incurso en los motivos de incompatibilidad establecidos en la legislación vigente” (AZ 3, folio 231). Para ser presidente, no se necesitan mayores cualidades, salvo ser miembro fundador de FEDERINCOL o tener una antigüedad de cinco (5) años. En cuanto al régimen económico, resulta relevante resaltar que “(...) todos los bienes y derechos que integran su patrimonio [serán de la Federación (...)]” (AZ 3, folio 245), según el artículo 43. (AZ 3, folio 160 a 168; 216 a 249).
- p. Estatutos de la Fundación de Servicios Ambientales - FUNREDAMBIENTE –, en el que se expone que “Por ser una Entidad Sin Ánimo de Lucro, los rendimientos que se obtienen en el desarrollo de su ejercicio no son objeto de distribución entre los asociados (...)” (AZ 3, folio 262). Como objeto social figura la agremiación de organizaciones dedicadas a la defensa del ambiente y la formulación de proyectos relacionados con este tema. A partir del capítulo III se regulan los órganos de administración, dentro de los que figuran una Asamblea General de Asociados, una Junta Directiva y un Director Ejecutivo. No se observan mayores requisitos para pertenecer a alguno de ellos (AZ 3, folio 262 a 268).
- q. Copia de Carta enviada por Juber Martínez Hernandez, Director de Estrategia de la Secretaría De Hábitat, a William Fernando Camargo Triana, Director de Vías, Transporte y Servicios Públicos de la Secretaría Distrital de Planeación, en la que se “(...) manifiesta [la] preocupación [de la UAESP] en relación al alto impacto social y ambiental negativo que genera la implementación de este Decreto [456 de 2010] para la Gestión Integral de los Residuos Sólidos en el Distrito Capital, ya que en los términos del Sistema Organizado [de] Reciclaje, este tipo de establecimientos son un eslabón fundamental en la cadena de reciclaje. Que actualmente recicla en el distrito 1200 toneladas diarias aproximadamente de material potencialmente aprovechable, que son recolectados, transportados y llevados a las bodegas privadas de reciclaje, con una tendencia en el marco de la licitación de RBL

[Recolección, Barrido y Limpieza] al aumento de esta cifra (...)” (AZ 3, folio 279 a 280).

- r. Copia de un 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*”, en el que se señala que el Plan Nacional de Desarrollo – en ese momento – incorporó la necesidad de formular Planes de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS), que fueron definidos en el Decreto Nacional 1713 de 2002 y en la Resolución 1045 de 2003, expedida por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. Por su parte, a nivel Distrital, se menciona que tal Plan se adoptó mediante la Resolución 132 de 2004 y que obedeció a un Plan Maestro Integral de Residuos Sólidos (PMIRS). En este último se estableció, entre otras cosas, que se debía “*(...) capacitar a la población recicladora de oficio en actividades productivas, empresariales y de comercialización dentro y fuera de las cadenas de reciclaje y aprovechamiento (...)*” (AZ 3, folio 285). Posteriormente, se menciona que la UAESP formuló el proyecto de inversión 245, “*Programa Distrital de Reciclaje*” que comprendió, entre otras, “*(...) la implementación gradual de la ruta selectiva, [que] estará a cargo de los operadores de aseo. [Por lo demás] el aprovechamiento de los residuos sólidos, que involucran las acciones de selección, clasificación, acopio y pretransformación, será desarrollado en los parque de reciclaje, para lo cual se proyecta la construcción y operación de seis (6) [con] la vinculación de organizaciones de recicladores a la cadena de reciclaje de la ciudad (...)*” (AZ 3, folio 288). Sin embargo, al analizar las metas establecidas por la UAESP dentro de esta política pública, que incluían vincular organizaciones, promover cuatro (4) parques de reciclaje, generar ochocientos (800) empleos formales en los mismos, erradicar el 80% de trabajo infantil en esta actividad, promover 20 proyectos de transformación de materiales, entre otros (AZ 3, folio 289 a 290), la Contraloría enfatizó que se evidenciaba el “*(...) incumplimiento de cinco (5) de las seis (6) metas planteadas en el Proyecto de Inversión 245 – Programa Distrital de Reciclaje (...)* particularmente (...) *la construcción y puesta en marcha de un parque de reciclaje (...)*”. En este sentido, es importante señalar que el ente de control criticó que “*(...) la UAESP emplea verbos [en los] que no son susceptibles de ser medidos sus resultados, como promover y generar (...)*” (AZ 3, folio 292). Adicionalmente, en cuanto a otros proyectos de inversión – números 7381 y 7387 – relacionados con campañas de prevención y separación en la fuente de residuos sólidos, y un sistema de reciclaje mejorado para Bogotá, la Contraloría también señaló que desde el año dos mil uno (2001) “*(...) han apuntado al manejo de residuos sólidos aprovechables en la ciudad de Bogotá D.C., tiempo en el cual se han llevado a cabo innumerables estudios, actividades y acciones en atención a los objetivos y metas planteados, demandado importantes recursos[,] sin que a 31 de diciembre de 2005, el Distrito pueda beneficiarse social y económicamente de la operación efectiva del proceso de reciclaje (...)*”

(subrayas fuera del original) (AZ 3,. Folio 294). Posteriormente, en el informe se reitera que una de las medidas propuestas inicialmente radicó en “(...) *la construcción de seis (6) parques de reciclaje cuyas zonas de influencia corresponden a las Áreas de Servicio Exclusivo – ASE – para la prestación del servicio de aseo*” (AZ 3, folio 298). En este sentido, se señala que “*En el mes de diciembre de 2006, la UAESP tiene previsto la entrada de operación de los dos parques de reciclaje o aprovechamiento, uno en el Tintal y el otro en los terrenos de la Planta de Tratamiento El Salitre*” (AZ 3, folio 299) (AZ 3, folio 275 a 277 y 283 a 307).

- s. Certificado de Existencia y Representación legal de la Red de Organizaciones de Recicladores Ambientales – Dame tu Mano -, donde figura que se constituyó el primero (1º) de septiembre de dos mil ocho (2008) y se inscribió en la Cámara de Comercio el dos (2) de abril de dos mil nueve (2009). Igualmente, se observa que antes del veinticuatro (24) de enero de este año su nombre era diferente: Organización de Recicladores de Suba, a pesar de que la sigla que la distingue – Dame tu Mano – permaneció inalterada. Como objeto social, figura – entre otras – la agremiación organizaciones (AZ 3, folio 342 a 343).
- t. Carta Dirigida por Dame Tu Mano a la Alcaldía Mayor de Bogotá, sin fecha de presentación, en la que se solicita la inclusión dentro del Plan de Desarrollo Local de Suba la “(...) *consecución de un Centro de Acopio y transformación, (...) que les permita tener una manera de comercializar formalmente los [residuos] a precio justo. Este centro de acopio facilitaría el manejo ordenado de materiales y la transformación de los mismos para lograr un mayor valor agregado. [También plantean la necesidad de] emprender una gran campaña de capacitación y sensibilización de los generadores de residuos, (...) que permita dar a conocer las ventajas de hacer separación, ejemplo mejoramiento de las tarifas multiusuario, alivio económico para los residentes, pero también la difusión de las medidas punitivas que acarrea el no hacer dicha separación, sensibilizar sobre el papel de los recicladores (...)*” (AZ 3, folio 360 a 362).
- u. Copia de estatutos de la Asociación de Recicladores Unidos por Bogotá – ARUB –, en los cuales se define como objeto social el fortalecimiento y representación de organizaciones de recicladores, así como el desarrollo de acciones encaminadas a la protección y conservación del ambiente. Como órganos de administración figuran – en el artículo 23 – una Asamblea General, un Consejo Directivo, un Comité de Control y Vigilancia y un Representante Legal. Forman parte de la primera dos (2) socios de cada una de las organizaciones de base coaligadas. Mientras que, para poder hacer parte de Consejo, se requiere tener antigüedad de un año y estar a paz y salvo con la asociación de base de la que hace parte. Le corresponde a este Consejo, entre otras cosas, “(...) *Estudiar, aprobar o no el presupuesto anual de ingresos, inversiones y gastos de la Asociación y autorizar los gastos no contemplados en el presupuesto,*

con definición de la manera como deben ser cubiertos” (AZ 3, folio 404). (AZ 3, folio 392 a 410).

- v. Extracto de observaciones y solicitudes de aclaración al pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011, presentado por LIME ante la UAESP, en el que se indica que las órdenes dadas por la Corte Constitucional se relacionaban con el aprovechamiento. Por ello, y ante la posibilidad de desvincular trabajadores que no sean recicladores para ofertar las plazas laborales, se plantea la opción de *“(…) vinculación de personal operativo (no recicladores) especializados en la actividad de corte de césped y poda de árboles, [que tengan] la obligación de entregar los residuos provenientes de esas actividades a la población recicladora[,] para que sean ellos quienes se encarguen de su aprovechamiento, de tal forma que se evite colocar en riesgo operativo a la población recicladora respecto a aquellas actividades y se evite crear una nueva población en situación de vulnerabilidad o configurar desigualdades” (AZ 4, folio 22).* Por otra parte, se solicita que se aclare el hecho de que se plantee la *“(…) la prestación del servicio público de aseo en condiciones de exclusividad, pero esta concesión aunque incorpora las actividades de ‘aprovechamiento’ afirma que estas actividades no se someten a exclusividad” (AZ 4, folio 22).* Adicionalmente, se indica que para el dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011), se contemplaba en el proyecto de pliego de condiciones, *“(…) numeral 4.1.4, sobre ‘Cobertura de la Ruta de Reciclaje RDR’ [que] (...) cada uno de los concesionarios garantizará que se procesen 5 toneladas diarias de Material Efectivamente Aprovechable en el Centro de Reciclaje la Alquería” (AZ 4, folio 24).* Por otra parte, se enfatiza que *“(…) el vocablo ‘cesión’ en materia de sociedades comerciales hace referencia a la transferencia de un bien o derecho que ya existe, motivo por el cual en el ámbito de la promesa de sociedad futura no es dable utilizar dicho vocablo toda vez que ni siquiera existe la sociedad emisora de las acciones y mucho menos se han emitido los títulos correspondientes” (AZ 4, folio 26).* Igualmente, se vislumbra una observación atinente a las personas que venían desempeñando las labores de corte de césped y poda de árboles, ya que se les deja a la suerte del mercado, ignorando el lugar que han ocupado, pues *“(…) al no ser recicladores[,] no podrán ser contratados (...)” (AZ 4, folio 30).* Por otra parte, se expone que *“(…) con la exigencia de vincular mano de obra recicladora para que adelanten actividades operativas de corte de césped y poda de árboles (...) se [les] estaría apartando (...) de las actividades que han venido desarrollando, en contravía de uno de los elementos tenidos en cuenta por la Corte (...)” (AZ 4, folio 30).* Y se concluye con el siguiente interrogante: *“¿Por qué se estima que lo ordenado por la H. Corte Constitucional, se cumple restringiendo el acceso a otra población que también está en condiciones de vulnerabilidad?” (AZ 4, folio 31).* A más de lo anterior, se señala que en la Adenda 7 se estableció la asignación de 50 puntos a la propuesta que ofrezca mayor número de puestos de trabajo para ser ocupados por recicladores en cualquier actividad de la prestación del servicio. Empero,

se enfatiza que “(...) la misma Adenda 7 sigue señalando en otros apartes que la población recicladora solamente puede contratarse para adelantar labores de corte de césped y poda de árboles (...)” (AZ 4, folio 37). Por lo demás, el veintiuno (21) de junio de esta anualidad, LIME preguntó a la UAESP, en relación con el aprovechamiento, si “(...) esta exigencia es un porcentaje de cobertura de usuarios de la Ruta de Reciclaje dentro de su respectiva ASE o un % de aprovechamiento total de toneladas por ASE (...). [Igualmente se cuestionó que] en el “Plan de Trabajo” (...) se menciona que (...) debe incluir la utilización de las bodegas del sector (...)” (AZ 4, folio 33). (AZ a, folio 19 a 38)

- w. Respuesta de la CRA a petición presentada por la ciudadana Claudia Patricia Barrantes Venegas, relacionada con la Promesa de Sociedad Futura conformada por Ciudad Limpia y otros. En ese documento, se indica que el análisis tarifario efectuado por la CRA se plantea sobre la viabilidad financiera del contrato. Por lo mismo, esta entidad hace un modelo financiero con base en la información remitida por la entidad distrital (AZ 4, folio 48 y 49). Por lo demás, se enfatiza que no es competencia de la Comisión aprobar o autorizar las tarifas sino ser consultiva del modelo existente. También se menciona que el aprovechamiento y reciclaje pueden estar sometidos a la libre competencia, conforme establece el artículo 9 de la Ley 632 de 2000. Por lo tanto, sobre estas actividades no se extiende la exclusividad que rige sobre las ASEs (AZ 4, folio 52). Finalmente, y aunado a lo anterior, se expone que los costos de estas actividades no se encuentran en el modelo financiero remitido por la entidad distrital (AZ 4, folio 45 a 53).
- x. Oficio de la Contraloría General de la República, número 2011EE911566, radicado en la Corte Constitucional el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), mediante el cual se da respuesta a los interrogantes elevados en el Auto 240 de 2011 de esta Corporación, por el cual se solicitó establecer si con cargo a los remanentes de la bolsa general del esquema de aseo se han impulsado medidas de discriminación positiva para la protección de los derechos que le asisten a los recicladores y o para incidir en el aprovechamiento y tratamiento de residuos sólidos. Asimismo, se solicitó la verificación y la elaboración de un concepto con fundamento en los documentos del proceso de selección materia de este estudio, que estableciera si las ofertas presentadas eran o no viables financieramente, dado que en algunos casos las utilidades proyectadas a ceder a las asociaciones de segundo nivel, superan el 50% de las ganancias (AZ 2, folio 469 a 481).