Sentencia C-741/03

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Regulación legislativa

REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance

SERVICIOS PUBLICOS-Regulación

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS Y PRIVADOS-Alcance

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Deberes relevantes

El ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios.

INTERVENCION DEL ESTADO EN SERVICIOS PUBLICOS-Fines sociales

INTERVENCION DEL ESTADO EN SERVICIOS PUBLICOS-Regulación de entrada al mercado

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS-Límites

DERECHO A LA LIBRE CIRCULACION-No es absoluto/PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Determinación del régimen jurídico

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Participación en gestión y fiscalización

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Integración de junta directiva

SERVICIOS PUBLICOS-Participación usuarios y consumidores/PARTICIPACION DEMOCRATICA EN SERVICIOS PUBLICOS-Fundamento constitucional

LIBERTAD DE EMPRESA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No es absoluto

DELEGACION DE FUNCIONES PRESIDENCIALES A COMISIONES DE REGULACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SERVICIOS PUBLICOS-Límites

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Desarrollo de fines sociales de la intervención del Estado en la prestación

REGIMEN GENERAL DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Establecimiento por legislador

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Intervinientes en la prestación

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Reserva legal para sociedades por

acciones/EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS Y ORGANIZACIONES AUTORIZADAS-Relación

El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas- que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias. De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Denominación

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Accionistas y capital

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos

EMPRESAS MIXTAS-Aporte estatal con usufructo de bienes vinculados a la prestación del servicio público

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Ambito territorial de operación

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Conservación documentos para facilitar el control, inspección y vigilancia

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Causales de disolución

REGIMEN ESPECIAL PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Prestación en municipios menores y zonas rurales

REGIMEN DE ORGANIZACIONES AUTORIZADAS-Participación en prestación de servicios públicos domiciliarios

ORGANIZACIONES AUTORIZADAS-Límite ámbito territorial de participación

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Actividad de las organizaciones autorizadas

La actividad de las “organizaciones autorizadas” que participen en la prestación de los servicios públicos se orienta al mejoramiento de la calidad de vida de sus asociados y de la comunidad en general, así como al logro de fines altruistas en favor de grupos marginados, o discriminados, sin que ello signifique que su objeto no pueda comprender que la prestación de los servicios públicos se lleve a cabo con eficiencia y calidad en beneficio también de los usuarios de los mismos.

IGUALDAD-Test intermedio

La Corte ha denominado “test intermedio” de igualdad en el cual no basta que el medio sea “adecuado” para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, sino que se requiere que dicho medio sea “efectivamente conducente” para alcanzar los fines buscados y, además, que

tales fines sean no sólo legítimos sino importantes dentro de un Estado social y democrático de derecho.

TEST DE IGUALDAD-Método de análisis constitucional

Es necesario anotar que lo que se ha llamado “test de igualdad”, no es más que un método de análisis constitucional, que ha seguido la Corte Constitucional para examinar tratamientos distintos establecidos por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración. Este método de análisis hace explícitas las principales cuestiones que estudia la Corte para decidir cuándo un tratamiento diferente es incompatible con el principio de igualdad. Podría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad.

TEST DE IGUALDAD-Elementos/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Relevancia en determinado caso

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Razonabilidad de la norma

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferente para alcanzar un fin legítimo

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Modalidades de trato diferente

JUICIO DE IGUALDAD-Análisis aplicable estricto

JUICIO DE IGUALDAD EN CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA-Margen de apreciación del legislador

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN JUICIO DE IGUALDAD-No tiene límites/JUICIO DE IGUALDAD EN POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Niveles de intensidad

IGUALDAD-Concepto relacional/JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Trato igual a los iguales y desigual a los desiguales

IGUALDAD-Trato diferente de dos grupos de personas

IGUALDAD-Criterio de comparación

PERSONA-Racionalidad de la clasificación

REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Igualdad de derechos, oportunidades y trato

La Corte constata que en el caso presente el problema relativo al principio de igualdad se refiere tanto a la igualdad de derechos, como a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato legislativo. En cuanto a la igualdad de derechos, el demandante señala que las medidas cuestionadas limitan arbitrariamente a las “organizaciones autorizadas” el ejercicio de sus derechos de libre asociación, libre competencia y participación democrática. En relación con la igualdad de oportunidades, el actor cuestiona que las medidas demandadas conducen al cierre de espacios para el ejercicio de los derechos de las “organizaciones

autorizadas” y a la creación de ventajas de mercado a favor de las sociedades por acciones. Y, finalmente, se refiere a la igualdad de trato, porque las medidas demandadas establecen un tratamiento diferente dependiendo del ámbito territorial de prestación del servicio público domiciliario. Todas estas limitaciones se enmarcan dentro del cumplimiento de los fines de la ley que fijó el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Condiciones/PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Tratamiento diferente para personas jurídicas distintas/PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Ambito territorial de participación

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Fines constitucionales

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Definición por legislador como sociedades por acciones

SOCIEDAD POR ACCIONES-Relación entre medio y fin

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Exclusión de las organizaciones autorizadas

JUICIO DE IGUALDAD-Criterio para determinación de intensidad

JUICIO DE IGUALDAD-En materia de regulación de asuntos económicos es leve o flexible

JUICIO DE IGUALDAD-Aplicación rigurosa

IGUALDAD-Medidas a favor de grupos discriminados o marginados

GRUPOS DISCRIMINADOS O MARGINADOS-Protección

GRUPO MARGINADO-Alcance

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, y tan solo a manera de ejemplo, un grupo marginado puede estar compuesto por (i) personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) personas que en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales; (iii) diminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incomprensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento; (iv) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana; o (v) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. Así, el concepto de grupo marginado es más amplio que el de grupo discriminado. Comprende no solo a personas que han sido colocadas en una situación de desventaja por decisiones estatales, políticas públicas o prejuicios sociales, sino además a quienes dadas las condiciones reales en que viven, sin importar la causa, están en una situación de exclusión social, no se han incorporado a las actividades económicas acudiendo a las formas ordinarias para ello o están en la imposibilidad material de acceder a

los beneficios de una sociedad organizada.

ORGANIZACIONES AUTORIZADAS-Participación de sectores marginados en la prestación de servicios públicos

SERVICIOS PUBLICOS-Eficiencia, continuidad y universalidad de la cobertura

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Delimitación zonas para prestación de servicios públicos domiciliarios

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Restricción para quienes no están organizados como sociedades por acciones

NORMA ACUSADA-Conducencia para ampliar cobertura en la prestación de servicios públicos por organizaciones autorizadas

REGIMEN DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Condiciones impuestas por el legislador para competir

Referencia: expediente D-4405

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial) y 17 (parcial) de la Ley 142 de 1994

Demandante: Silvio Ruiz Grisales

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL José Cepeda Espinosa

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Silvio Ruiz Grisales demandó varios apartes de los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994, así como el Decreto 421 de 2000, decreto reglamentario del numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

Mediante Auto del 28 de enero de 2003, la Corte rechazó la demanda contra el Decreto 421 de 2000, cuya constitucionalidad debe ser examinada por la jurisdicción contencioso administrativa. En el mismo admitió la demanda contra los artículos 15 (parcial) y 17 (parcial) de la Ley 142 de 1994.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas acusadas, con los apartes cuestionados subrayados:

Ley 142 de 1994

por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios

y se dictan otras disposiciones.

(…)

Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores, en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas especificas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17.

(…)

Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1°. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que

presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2°. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que las expresiones "en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas", y "son sociedades por acciones", contenidas en el numeral 4 del artículo 15 y en el inciso primero del artículo 17, respectivamente, de la Ley 142 de 1994 son contrarias a los artículos 13, 38, 58, 60, 95, numeral 5, 333 y 369 de la Carta, por las siguientes razones.

En primer lugar, sostiene el actor que los apartes demandados violan el derecho a la igualdad de las organizaciones solidarias porque establecen una restricción irrazonable para poder participar en la prestación de los servicios públicos domiciliarios al exigir que sean las sociedades por acciones las que presten este tipo de servicios y limitar la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de formas asociativas distintas de las sociedades por acciones a municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, dejando "al sector solidario los espacios marginales y no rentables," sin que para ello exista una justificación razonable.

"En esta oportunidad se observa que las normas acusadas contienen un fin importante. En efecto, la pretensión que ellas tienen es la de garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos, lo cual responde al mandato del artículo 365 de la Carta, cuyo inciso primero señala que 'los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.'

"El medio por su parte, no es adecuado ni conducente. En efecto, el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 limita la participación de las organizaciones a prestar los servicios en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas y el artículo 17 excluye a todo aquello que no corresponda a la condición de sociedad por acciones de la posibilidad de ser una empresa de servicios.

"Así pues, se sostiene que el medio elegido por las normas acusadas vulnera el derecho a la igualdad porque la limitación que contiene el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y la exclusión que presenta el artículo 17 de la misma norma, no conducen al fin que persigue la norma. Por el contrario, la limitación referida por el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y la exclusión señalada por el artículo 17, (…) conllevan una afectación del fin perseguido por la norma.

"Las normas atacadas no guardan relación de causalidad entre el fin que aparentan proponerse y el medio que utiliza. Nadie ha demostrado que sólo las sociedades por acciones son eficientes. La ecuación sociedad por acciones = eficiencia es insostenible. Hay ejemplos

de ello: las Empresas Públicas de Medellín son de capital público y eficientes, mientras que Termorrío era por acciones y fue un fracaso. En realidad el aspecto de la estructura interna del operador del servicio público es un aspecto indiferente a la calidad y cobertura del servicio, motivo por el cual esta discriminación es inútil. Por eso se debe (…) retirar la norma del ordenamiento jurídico.

"Por último, respecto de la relación entre el fin y el medio, se observa que las normas atacadas, son desproporcionadas ya que afectan gravemente importantes valores constitucionales.

"En efecto, el legislador vulnera de manera flagrante la Constitución cuando en aras de una supuesta protección o mejoría del servicio, excluye a varios sectores de la sociedad de la posibilidad de participar en una actividad económica, generando así, además, afectaciones graves de otros valores constitucionales como lo son la especial protección de una población vulnerable, la participación de la comunidad en los asuntos que la afectan y la posibilidad de hacer viable la democracia participativa.

"En suma, el criterio empleado por el legislador no satisface el test de razonabilidad. El mero prejuicio según el cual una buena prestación de servicios públicos se garantiza mediante una sociedad por acciones, no puede justificar el sacrificio de la democracia participativa y de la especial protección de los grupos vulnerables de la población. El nexo causal que en particular presenta el artículo 17, según el cual "sociedad por acciones = mejor servicio" es insostenible. Basta ver cómo están hoy en calidad, cobertura, tarifas los servicios públicos en casi todo el país, todos ellos monopolizados por sociedades por acciones. Tampoco se cumple con la obligación estatal de darle un trato preferente a la población vulnerable."

Agrega además que dado que es "procedente que se aplique un test intermedio de razonabilidad y que uno de los elementos integrantes de este test es que se demuestre que la medida es "efectivamente conducente" para alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial", la carga de la prueba sobre la importancia de las normas acusadas y la efectiva conducencia del medio escogido por el legislador corresponde a los interesados en la defensa de la exequibilidad de las normas, en particular al Gobierno Nacional.

Finalmente, en relación con la violación del derecho a la igualdad, agrega el actor que la obligación del Estado respeto de sectores tradicionalmente marginados no solo debe no incurrir en discriminaciones, sino también debe remover las condiciones que impiden que la igualdad sea real y efectiva, "con el fin de enderezar las cargas", obligación que no se cumple con los apartes demandados.

"El Estado respecto de la igualdad no sólo tiene una obligación –pasiva- de no hacer discriminaciones, sino también una obligación –activa- de hacer: promover la igualdad real y efectiva. Se establece aquí un deber del Estado, a través de todas sus ramas y órganos, con el fin de reorientar sus actividades hacia la efectividad del derecho de igualdad. Esta faceta de la igualdad configura entonces una expresión del Estado social de derecho. (…) Además la igualdad material guarda armonía con la facultad del Estado para intervenir en la economía (artículo 344 CN) y con el papel del Estado en materia de servicios públicos, que también tienen una finalidad social (artículo 365 CN). Igualmente el Estado tiene un deber positivo o

de hacer, en relación con el derecho a la igualdad: debe adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, debe brindar especial protección a los débiles y debe sancionar los abusos o maltratos contra tales personas o grupos. Se ubican aquí las denominadas discriminaciones positivas o "acciones afirmativas", que consisten en que las personas "débiles" o en desventaja o discapacitadas se les debe conferir un trato no igual sino mejor que el que se les da a los demás."

El segundo cargo que desarrolla el actor en su escrito se refiere a la violación de la democracia participativa. Para el actor, "en el caso sub judice se viola la democracia participativa si los usuarios sin ánimo de lucro – asociaciones y fundaciones- sólo pueden participar en la prestación de un servicio público en municipios pequeños, áreas rurales y zonas acantonadas de una gran ciudad. Y la prestación del servicio en el gran mercado está reservada para la participación de las sociedades por acciones. (…)

"En realidad las disposiciones que nos ocupan son privatistas, pues limitan lo público a lo privado, excluyendo al grueso de los ciudadanos. Ello se comprende mejor si se tiene en cuenta que a la tradicional separación entre lo estatal y lo privado se ha venido a sumar un tercer elemento: lo público. Es público aquello que independientemente del carácter estatal o privado del sujeto que interviene, afecta a la comunidad o a una parte importante de la comunidad. Pues bien, los textos que nos ocupan hacen énfasis en lo privado y desprecian lo público, y al público, limitando las posibilidades de participación de éste, no obstante la abundante consagración constitucional de la democracia participativa. Por ello deben ser retiradas del ordenamiento."

En relación con la violación del derecho de asociación, el actor sostiene que los apartes demandados violan la libertad que debe caracterizar su ejercicio al exigir que "la prestación ordinaria de un servicio público sea bajo una cierta y única modalidad societal, dejando a las demás formas organizativas la prestación del servicio excepcional y marginal."

"El artículo 38 de la Carta, en armonía con el artículo 365 ídem, conduce a colegir que las "comunidades organizadas", que son una forma legítima de asociación, pueden sin limitación irrazonable prestar el normal y ordinario servicio público.

"Dicho en otras palabras, el artículo 365 superior no establece una forma específica de asociación para prestar los servicios públicos sino que, bien por el contrario, consagra cuatro formas simultáneas o coetáneas: por el Estado directamente, por el Estado indirectamente, por las comunidades organizadas y por los particulares. Y el artículo 38 ídem consagra la libre asociación. En cambio las disposiciones sub lite limitan la prestación ordinaria del servicio a una forma organizativa específica (la S.A.) y deja para el sector comunitario los espacios marginales y no rentables. Ello viola la Carta Política, motivo por el cual debe aplicarse la sanción de conformidad."

Finalmente, en relación con la violación de la libre competencia, señala el actor que "las normas demandadas desconocen la preceptiva constitucional sobre libre competencia económica y el deber del Estado de fortalecer las organizaciones solidarias (Artículo 333), sobre intervención del Estado en la economía para procurar la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (Artículo 334), las áreas en las que el legislador puede regular los servicios públicos (Artículo 367) y los derechos de los usuarios a participar

en la gestión de los servicios públicos (Artículo 369).

“(…) las disposiciones objeto de esta demanda son discriminatorias, atentan contra la democracia participativa y la libre asociación, motivos por los cuales no se cumplen las atribuciones del legislador en materia de regulación económica. El constituyente fijó unas pautas para la competencia y la intervención estatal y la Ley 142 y su decreto reglamentario desconocieron esas pautas. Por ello deben declararse inconstitucionales tales normas.”

IV. INTERVENCIONES DE LAS AUTORIDADES PUBICAS

1. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Mediante escrito del 14 de marzo de 2003, Carmela Lara de Meza, apoderada del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial solicita a la Corte que los apartes demandados sean declarados exequibles porque en su opinión no establecen ninguna discriminación sino que se limitan a garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos. Luego de transcribir varias normas constitucionales y de la Ley 142 de 1994, así como de recordar las finalidades que cumple la Ley de Servicios Públicos afirma que las normas cuestionadas no desconocen el derecho a la igualdad, la libertad de asociación, ni la participación ciudadana, ni constituyen una violación de la intervención del Estado en la economía. A continuación se trascriben los apartes de su intervención.

“La Constitución Política de Colombia en el artículo 365 y siguientes, contempla la finalidad social del Estado y de los servicios públicos y estatuye el deber del Estado de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Además señala que la Ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. A su vez, dicho articulado establece que el Presidente de la República señalará con sujeción a la Ley las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

“(…) la Ley 142 de 1994 (…) lo que buscó fue fortalecer la descentralización y estimular la participación del sector privado en las inversiones y prestación de los servicios, racionalizando las responsabilidades sectoriales del orden nacional.

(…)

“El espíritu de la Ley en comento (…) buscó incentivar y promover la inversión y participación del sector privado en la prestación de los servicios, racionalizar el régimen tarifario, garantizar la administración transparente de los subsidios, y ejercer vigilancia y control estatal para asegurar la buena gestión de las entidades que prestan los servicios.

“Igualmente la ley previó y estimuló la participación ciudadana de los habitantes, usuarios de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, mediante la conformación de comités de desarrollo y control social en cada municipio.

“(…) la Ley 142 de 1994, en ningún momento es violatoria de nuestra Constitución Política (…), puesto que para la expedición de los mismos (sic), tuvo en cuenta las coberturas de agua potable y alcantarillado, en especial, para aquellos municipios menores, áreas rurales y

zonas urbanas específicas, estableciendo rangos entre 2.500 y 3.000 habitantes en los municipios en donde se presentó rezagos superiores al 25% sobre servicio de alcantarillado. (…)

“La ley pretende que la gestión de las entidades prestadoras en municipios menores de 12.000 habitantes y zonas rurales sea eficiente y propende fomentar una concepción moderna de la administración de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Por ello aunque no estoy de acuerdo con el concepto emitido por el actor, no existe desigualdad alguna frente a la normativa establecida en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, ni vicios de inconstitucionalidad para que esa Corporación declare nulos los artículos impugnados (…).

“(…) con relación a (sic) las entidades prestadoras de servicios públicos que atiendan a los municipios menores, áreas rurales y áreas o zonas urbanas específicas, como son las “organizaciones autorizadas” conforme a la Ley 142 de 1994, si bien es cierto que éstas pueden constituirse por medio de documento privado, no es menos cierto que deben cumplir con las estipulaciones contenidas en el artículo 110 del Código de Comercio que analizadas individualmente tienen las mismas características de las sociedades anónimas, estableciendo algunas excepciones que en ningún momento atentan contra la democracia participativa, pues lo que quiso el Legislador es dar más participación a las comunidades organizadas de los municipios menores, áreas rurales y áreas o zonas urbanas específicas, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes de estos sectores, darles participación activa a todos los miembros que hacen parte de la comunidad.

“En cuanto al derecho de asociación (…) la Ley 142 de 1994 (…) en ningún momento limitó este derecho, pues le da oportunidad a todas las empresas prestadoras de servicios públicos contempladas en la primera norma citada (…) las personas prestadoras de servicios públicos autorizadas en los artículos 15 y 20 de la Ley, también podrán prestar los servicios públicos en esta zona.

“Con relación a la violación de la intervención del Estado en la economía, tampoco es aceptable dicho argumento para declarar inexequibles los artículos 15 y 17 (…) pues lo que quiso el legislador fue darles participación a todos los sectores que cumplan los requisitos establecidos en la Ley.”

2. Ministerio de Minas y Energía

Mediante escrito del 17 de marzo de 2003, el apoderado del Ministerio de Minas y Energía, Felipe Márquez Calle, luego de instar a la Corte a que sólo se pronuncie respecto de los cargos efectivamente desarrollados por el actor,1 solicita que las disposiciones demandadas sean declaradas exequibles. Los apartes más relevantes de su intervención se transcriben a continuación.

“La Constitución Política en su artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De igual forma determina que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por

particulares.

“Este artículo de carácter constitucional le está asignado a la ley la potestad de regular diferentes aspectos de los servicios públicos entre otros el del ente prestador del servicio, sin importar la naturaleza que asuma el mismo, ya que el Estado como bien lo expresa la Constitución sólo está obligado a asegurar la prestación eficiente de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional y a no suministrarlos en cualquier condición.

“Por lo anterior, el Estado en la actualidad tiene la obligación de gestionar y promover la prestación de los servicios públicos teniendo como condicionantes factores sociales, geográficos y de racionalidad económica. Por ello, el artículo 365 de la Constitución Política previene que la prestación de los servicios públicos sea realizada por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, con el fin de que se responda a dichos condicionantes.

“Es así como la Ley 142 de 1994 en su artículo 15, en acatamiento y desarrollo de la Constitución en su artículo 365 y siguientes dispone que los servicios públicos pueden ser prestados por: 1) Las empresas de servicios públicos; 2) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; 3) Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley; 4) Las “organizaciones autorizadas” conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas especificas; 5) Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley; y 6) Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedición de la Ley 142.

“(…) la parte demandada del artículo 15.4 (…) lo que hace (…) es reconocer una realidad, consistente en que no en todas las zonas del país habrá interés de los particulares en prestar los servicios públicos porque no existe el mercado suficiente para prestarlos, por lo que el Estado pretende aprovechar las estructuras sociales existentes en las realidades municipales y rurales para que ellos sean los gestores con el apoyo del Estado a través de sus diferentes entidades en la prestación de los servicios públicos.

“No es entonces discriminatorio que las “organizaciones autorizadas” por la Ley 142 de 1994 en el artículo 15.4 presten los servicios públicos en ciertos municipios, zonas y áreas rurales y urbanas, ya que obedece a un reconocimiento estatal de las múltiples formas de prestación de servicios públicos que se venían dando antes de entrar en vigencia esta Ley.

“Ahora bien, es innegable la racionalidad económica que debe tenerse en cuenta para demandar el artículo, toda vez que si bien dichas organizaciones pueden prestar y suministrar servicios públicos en ciertos municipios menores, zonas y áreas rurales y en áreas urbanas específicas no lo es menos que la cantidad de recursos es demasiado importante para acometer dicha prestación en zonas más amplias a las comentadas, por lo que en la práctica sí se vería efectivamente frustrada la prestación y suministro de dichos servicios a cargo de dichas organizaciones en razón de los criterios de eficiencia, universalidad, y calidad del respectivo servicio.

“Con lo expuesto hasta el momento el cargo por el cual se estaba vulnerando el derecho a la igualdad presentado por el accionante sirviéndole como sustento el test de razonabilidad que demostrado en sentido positivo, es decir, la supuesta vulneración del derecho no existe, pues lo que se presentó y se desarrolló en la Ley 142 de 1994 fue la Constitución Política que hace un reconocimiento histórico a situaciones que venían imperando en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios. Es decir, en este punto, el Congreso de la República no podía, como pretende el accionante, enderezar las cargas de manera que hiciese inocua la garantía de la prestación de los servicios públicos de manera eficiente y universal como lo previene el artículo 365 constitucional.

“La importancia dada por la Constitución Política a garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a toda la población hizo (sic) crear un nuevo esquema que se consagró en la Ley 142 de 1994. En dicha ordenamiento (sic) se pretende que todos los prestadores de servicios públicos sean sociedades por acciones (salvo las propias excepciones que trae la ley y las posteriores que la adicionan o la modifican), con un régimen especial denominadas empresas de servicios públicos. (…).

“ (…) en la Ley 142 de 1994 se pretendió implantar unas estructuras flexibles y ágiles con el fin de adaptar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a su nuevo concepto comercial y económico, de calidad y eficiencia a cambio de un precio. Ahora bien, la implantación del esquema de sociedades por acciones hace posible que en el capital de las empresas de servicios públicos coincidan recursos de varios sectores de la economía como es el caso del sector real, el sector solidario, además como (sic) de usuarios, es decir, de cualquier persona natural o jurídica habilitada para ello.

“(…) más que excluir a determinados grupos de población lo que se busca con el nuevo esquema empresarial de las sociedades por acciones prestadoras de servicios públicos es fomentar la participación de todas las personas en la conformación de las mismas por lo que se solicita de manera respetuosa a la Corte Constitucional desechar los cargos de la demanda por la supuesta vulneración de la democracia participativa. Es decir, si es entendido el nuevo esquema correctamente se concluye que lo que realmente se está buscando es que toda persona natural o jurídica sea propietaria de las empresas que le prestan sus servicios públicos fomentando la democratización y la participación de dichas personas en la gestión y en algunos eventos de la administración de la empresa.

“Con el fin de hacer real y efectiva la posibilidad comentada, la misma Ley 142 en su artículo 14.5 y 14.7 definen varios (sic) de las especies de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Siendo ellas respectivamente: la Empresa de servicios públicos oficial, la empresa de servicios públicos mixta y la empresa de servicios públicos privada. La primera está caracterizada porque el capital es de la Nación, las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas de aquella o de estas en un 100%. Las segundas son aquellas en las que la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas tienen aportes iguales o superiores al 50% del capital de la Empresa y las últimas son aquellas en las que el capital pertenece mayoritariamente a los particulares.

“(…) el esquema de tipología (…) de las empresas de servicios públicos permite que todas las personas que deseen convertirse en propietarias de acciones de las mismas puedan serlo de

manera directa de las empresas de servicios mixtas y privadas, además de existir la posibilidad de que en cualquier momento el Estado decida vender todo o un porcentaje de su participación en una empresa de carácter oficial.

“Ahora bien respecto de la supuesta vulneración al artículo 38 y 365 de la Constitución debe decirse —además de todo lo expresado— que es la propia Carta Fundamental la que estableció que será la propia ley quien fije el régimen jurídico de prestación de los servicios públicos domiciliarios, esquema que como se ha mostrado obedeció a un estudio serio de lo consagrado en la Constitución y de la realidad imperante en materia de prestación de servicios públicos existente. Por ello afirmar que se está limitando el derecho de asociación no es correcto, pues el Congreso de la República a través de la ley en desarrollo del artículo 365 estableció la forma societaria en que debería prestarse un determinado servicio público con el fin de garantizar la eficiencia y la posibilidad de acceso a todos los habitantes del territorio nacional.

“(…)Ahora bien, como complemento de lo expuesto la Ley 142 de 1994 establece en su artículo tercero los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios, por lo que no es cierto que el Estado hubiese abandonado su posibilidad de intervención.

“De igual forma en la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994 se lee como la empresa de servicios públicos favorecerá el actual esquema sobre el cual se desarrollan los principios constitucionales comentados hasta el momento, toda vez que la implantación del sistema de mercado en la prestación de los servicios públicos y de competencia originado en dichas empresas, las autoridades conformaron el esquema que más le conviene al usuario, toda vez que es éste último quien se beneficia de la cobertura mediante la garantía de la existencia de los recursos suficientes, se asegura la existencia del servicio a través de las menores tarifas por aspectos de mercado y por la disminución de los costos y porque se obtendrá mayor calidad. Es por ello que los fines que persigue la Constitución con el actual esquema de los servicios públicos se desarrolla gracias a la empresa de servicios públicos por acciones.

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Mediante escrito del 18 de marzo de 2003, Carlos Andrés Guevara Correa, actuando como delegado del Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita a la Corte que se declare la exequibilidad de las normas demandadas por las siguientes razones.

En relación con el cargo de violación del principio de igualdad, señala el interviniente que la interpretación de las normas cuestionadas debe hacerse a la luz de la finalidad impuesta por la Constitución a los servicios públicos. Con el fin de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, la misma Constitución delegó en el legislador la determinación del régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, incluida la definición de las personas que pueden ser prestadoras de tales servicios.

Según el delegado del Ministro de Hacienda, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 tiene como finalidad garantizar que las prestadoras tuvieran una organización tal, que le permitieran al Estado mantener la regulación y el control y vigilancia sobre la prestación de tales servicios, tal como lo señala el artículo 365 de la Constitución Política. “Por esta razón, la regla general

consiste en que los prestadores de servicios públicos tengan la forma de empresas de servicios públicos, toda vez que al ser sociedades por acciones sujetas al régimen previsto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, permite un mejor control por parte del Estado respecto a la forma en que se prestan servicios públicos.

"(…), si bien es cierto que el Estado puede prestar los servicios públicos en forma indirecta o éstos pueden ser prestados por particulares, el Estado mantiene el deber de regular, controlar y vigilar la prestación de esos servicios. Es por ello que la forma y organización de los prestadores de servicios públicos se ciñen a los estrictos parámetros marcados por la ley debiendo cumplirse con la finalidad social impuesta por la Constitución Política. (…)

"No se trata de discriminar a las personas o comunidades que se organicen para prestar servicios públicos, sino de establecer un nivel de responsabilidad diferente en aras de velar por la prestación del servicio de usuarios.

"Teniendo en cuenta que la finalidad de los servicios públicos es el bienestar de los habitantes del territorio nacional, tiene plena justificación que el Legislador exija que los prestadores de servicios públicos asuman una especial forma societaria, para permitir que el Estado pueda ejercer de mejor forma sus funciones de regulación, control y vigilancia en la prestación de tales servicios. La anterior justificación, es decir, el bienestar de los usuarios, es suficiente para legitimar la existencia de los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994."

Agrega el interviniente que el acceso a las empresas de servicios públicos como socio o accionista de las mismas no está restringido a unos pocos, pues "el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que existen empresas de servicios públicos en el capital social de la empresa, de manera que en ellas pueden participar tanto personas de derecho público como privado. De igual forma, y en desarrollo del derecho de libre asociación, cualquier persona puede concurrir a la constitución de empresas de servicios públicos, para que a través de ese medio preste servicios públicos, siempre y cuando cumpla con las condiciones que para el efecto señaló el Legislador."

En cuanto al segundo cargo, violación de la democracia participativa, resalta el interviniente que el artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994 en nada restringe o viola el principio de la democracia participativa, sino que por el contrario "permite efectivamente que las "organizaciones autorizadas" de acuerdo con la ley presten el servicio público en municipios menores, en zonas rurales y en áreas y zonas urbanas específicas."

Así mismo resalta que el hecho de que la ley permita prestar servicios públicos domiciliarios en unas determinadas zonas a las organizaciones autorizadas, obedece a la prevalencia del interés general sobre el interés particular. "[D]e conformidad con el artículo 365 de la Carta Política es un deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional y, por lo tanto, el Legislador debe tomar todas las medidas posibles que procuren el cumplimiento de tal deber, para lo cual se incluyen en la ley unas condiciones que deben reunir quienes presten los servicios públicos que tienden a garantizar la eficiente prestación de tales servicios."

Para el interviniente, es lógico que la estructura y las condiciones con las que se presta un servicio público en las grandes ciudades sean diferentes a las que se deben tener para

prestar ese mismo servicio en una zona rural o en un municipio pequeño. “[E]n estos lugares donde a veces es muy difícil que llegue el Estado, es posible permitir que grupos organizados presten los servicios, sin imponerle la carga de tener que constituirse como sociedades por acciones, pero ya en grandes urbes y con el fin de garantizar la calidad y continuidad en la prestación del servicio público domiciliario, el Legislador consideró conveniente exigir una serie de requisitos que le brinden garantías no sólo al Estado en el sentido que prestarán eficientemente el servicio, sino garantías a los usuarios, quienes son los sujetos más importantes en esta relación económica.”

En tercer lugar, en relación con el cargo por supuesta violación del derecho a la libre asociación, sostiene el apoderado del Ministerio de Hacienda que éste también debe ser desechado. Afirma que las normas cuestionadas permiten a todas las personas participar y constituir empresas de servicios públicos, de conformidad con el parágrafo del artículo 18 de la Ley 142 de 1994,2 pero el ejercicio de esa libertad no es absoluto e implica que el Legislador puede someter su ejercicio a ciertas condiciones.

Para el interviniente, “las organizaciones o comunidades organizadas están autorizadas por ley para promover y constituir empresas de servicios públicos, lo cual implica que si dichas organizaciones planean prestar servicios públicos en un ámbito más amplio del que la propia ley les permite, tienen la facultad de hacerlo, pero creando una empresa de servicios públicos. (…)

“De acuerdo con lo anterior, aunque existe el libre derecho de asociación en el sentido positivo y negativo, dicho derecho puede ser regulado mediante la imposición de ciertas condiciones que tiendan a garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En cuarto lugar, en cuanto al desconocimiento de las reglas sobre intervención del Estado en la economía, el interviniente resalta que, precisamente, en materia de servicios públicos, el artículo 334 Superior autoriza expresamente al Legislador a establecer los límites del ejercicio de tal actividad por los particulares. Tal intervención tiene como fin, según el interviniente, preservar los derechos y el bienestar de la población en general. “El artículo 2 de la Ley 142 de 1994 precisa los fines para los cuales el Estado intervendrá en los servicios públicos, fines que son de suma importancia, toda vez que determinan los criterios trazados por el legislador para cumplir el mandato de eficiencia de la prestación de dichos servicios, consagrado en el artículo 365 de la Constitución.”

“El sistema de prestación de servicios públicos permite que los particulares puedan llevar a cabo la prestación de los diferentes servicios públicos, pero sometiéndose a unas reglas que les impidan la adopción y sometimiento a ciertos parámetros, tales como el de asumir una estructura social específica. También, como es natural, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos.

“Por tanto, es claro que existe libertad de empresa y de asociación para todo el que tenga interés en prestar los servicios públicos domiciliarios, quedando sujeto por tanto a desarrollar la actividad con fundamento en las normas legales vigentes.

“En definitiva, la facultad del Estado de intervenir en la economía y, para el caso que nos ocupa, es decir, en lo relativo a la prestación de servicios públicos domiciliarios, tiene como fin el de preservar los derechos y bienestar de la población en general, por lo que el Estado está plenamente facultado para imponer límites a la actividad desarrollada por los diferentes prestatarios de estos servicios.”

4. Ministerio de Comunicaciones

Pedro Nel Rueda Garcés, asesor de la oficina jurídica del Ministerio de Comunicaciones, mediante oficio No. 148 del 18 de marzo de 2003 solicitó a la Corte que declarara la exequibilidad de las disposiciones cuestionadas por las siguientes razones.

En primer lugar, en cuanto a la carga probatoria que corresponde al gobierno para demostrar la razonabilidad de la limitación cuestionada por el demandante, señala el interviniente que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte es al demandante a quien corresponde sustentar los ataques a las normas sobre servicios públicos, por lo que si el demandante no cumple con esa carga, las normas deben permanecer en el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, en cuanto a la violación de la igualdad, señala que el demandante da a la expresión “sociedades por acciones” un alcance que no corresponde a su verdadero sentido. “Parece que el actor supone que la expresión (…) se refiere a sociedades de cierto presupuesto y tamaño, en lo cual incurre en error de apreciación, pues por sí misma la expresión apenas atañe a uno de los tipos societarios previstos en las leyes colombianas. En tal sentido, la violación a la igualdad habría ocurrido frente a los demás tipos societarios, no frente a “grupos sociales discriminados” ni nada por el estilo, pues la constitución de sociedades por acciones no es algo exótico o imposible de realizar. De hecho, olvida el actor que muchas reglas aplicables a sociedades son, por extensión, reglas de las sociedades por acciones, concretamente de las anónimas, de manera que el régimen legal de las mismas es más bien común.”

En cuanto al juicio de igualdad, el interviniente señala que no es claro con quien debe hacerse la comparación para determinar si hay una violación de la igualdad, pues el actor “no cita cuáles son los iguales a las sociedades por acciones con quienes deben compararse éstas como destinatarios posibles de la norma. (…) El hecho de que la ley haya hablado de sociedades por acciones no significa mayor cosa. Si de lo que se trata es que no debió limitarse el tipo societario, debe afirmarse y demostrarse, cosa que no ocurre.” Luego de citar los artículos 3733 y 3744 del Código de Comercio, resalta el interviniente que no encuentra qué hace tan especial a las sociedades por acciones que viole el artículo 13 de la Carta.

En tercer lugar, en relación con la presunta violación de la democracia participativa, señala el interviniente que el cargo también es infundado, porque en su opinión el actor confunde las sociedades por acciones con las sociedades con enorme poder económico, asunto frente al cual es irrelevante la forma societaria. “Formar una sociedad por acciones solamente requiere cinco personas, y tiene la ventaja que la movilidad e esas personas es mayor que en otras clases de sociedades, precisamente por su característica de ser “accionarias” por llamarlas de alguna forma, de donde se sigue que en ese sentido favorecen la democracia, y no en abstracto, sino concretamente para la prestación de servicios públicos domiciliarios

como lo sugiere la sentencia C-198 de 1998 en la cual se demandaba el Artículo 2 de la Ley 286 de 1996 (modificatoria de la 142 de 1994) en cuanto ordenaba la conversión a sociedades por acciones de las empresas prestadoras de servicios públicos descentralizadas.(…) si se discute la conveniencia del tipo societario para efectos de las empresas de servicios públicos, ello ya fue avalado por la Corte Constitucional en la sentencia acabada de invocar."

En cuarto lugar, en relación con la supuesta violación del derecho de asociación, considera el interviniente que el cargo no está llamado a prosperar porque el citado derecho no es absoluto, sino que por expresa autorización constitucional puede ser limitado por el legislador al regular la prestación de los servicios públicos, tal como lo señaló en la sentencia C-444 de 1998.

En quinto lugar, en relación con el supuesto desconocimiento de las reglas constitucionales sobre la intervención del Estado en la economía, resalta el interviniente que el actor no concreta el cargo, por lo cual no es posible pronunciarse en relación con dicho cargo.

Mediante escrito del 14 de marzo de 2003, el apoderado del Departamento Nacional de Planeación, Alfonso M. Rodríguez Guevara, solicita que las disposiciones acusadas sean declaradas exequibles. El análisis del interviniente se concentra en el cargo de violación de la igualdad y sólo menciona argumentos relacionados con la violación de la democracia participativa, de la libertad de asociación o de la intervención en la economía, en relación con la igualdad. Los apartes pertinentes de su intervención se resumen a continuación.

En primer lugar, sostiene el interviniente que con el fin de evitar conclusiones parciales y falaces como las que hace el demandante, es necesario "realizar un juicio integrado de igualdad, y, para efectos de definir su intensidad, es necesario determinar cuál es el límite de libertad de configuración legislativa en materia de intervención económica en el sector de los servicios públicos."

Según el apoderado del DNP, parafraseando la sentencia C-093 de 2001, "la Corte Constitucional ha indicado que es conveniente, e incluso imperativo, combinar los dos enfoques existentes para analizar los casos atinentes al derecho de igualdad, de manera que no se recurra exclusivamente al juicio de proporcionalidad o a los tests estrictos (…), intermedios(…), o suaves(…) de igualdad. Ambas técnicas deben mezclarse para superar el problema de los tests de igualdad consistente en limitarse al estudio de la relación medio-fin, así como el de los juicios de proporcionalidad que suponen una misma intensidad para todos los casos.

Para el apoderado del DNP, la aplicación del juicio integrado de igualdad, implica determinar, en primer lugar, el grado de intensidad con el cual se va realizar el estudio según la naturaleza del caso. Resalta el interviniente que cuando se trata de materias frente a las cuales el Legislador goza de un amplio margen de configuración, el juicio de igualdad debe aplicarse con una intensidad leve. "(…) allí donde la Carta otorga al Congreso amplia libertad de apreciación y configuración, el control judicial debe ser flexible, 'respetuoso de la libertad política del Congreso, a fin de que el juez constitucional no invada las competencias propias del Legislador.

Para el interviniente, dada la libertad de configuración del Legislador en materia de intervención económica, procede un juicio de igualdad débil –no un test intermedio como reclama el actor- pues se trata de una materia cuya regulación se encuentra plenamente librada al principio democrático.

"(…) en el caso concreto de la regulación de libertades económicas, la Corte ha dicho que el juez constitucional debe actuar prudentemente porque la Constitución ha consagrado que la dirección de la economía corresponde al Estado y que, en consecuencia, éste debe respetar "las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política", utilizando el criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, según el cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables, o desproporcionadas, deberá el juez declarar su inconstitucionalidad. Es decir, si la ley (por medio de la cual se regula libertades económicas) no vulnera claramente la Carta Fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía.

"Expresamente, en cuanto a la intervención económica, esa Corporación ha sostenido invariablemente que la libertad del legislador se amplía y por eso se permite una mayor restricción de la libertad económica de los particulares, en aras del interés general. En consecuencia, ha dicho la Corte 'en materia de regulación económica, el examen de constitucionalidad sobre las normas debe flexibilizarse para permitir al Estado cumplir la función de asegurar la prevalencia del interés general. (…)

"A diferencia de lo que manifiesta el actor, el test de igualdad que resulta aplicable al caso concreto supone que sólo si, de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales o incurre manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, debe declararse inconstitucional.

"Respecto de lo primero, es decir de la violación directa de un derecho fundamental, teniendo en cuenta que la preocupación del actor se circunscribe a la supuesta discriminación que vulnera la libertad de competencia (…), resulta pertinente recordar que, como es lógico, la doctrina constitucional ha insistido en que la libertad de empresa y la libre competencia, son derechos que no tienen el carácter de fundamentales.

"De otro lado, tampoco puede aceptarse el argumento según el cual, con las disposiciones cuestionadas, resulta afectada la participación democrática, pues de acuerdo con todo lo dicho, el principio democrático es el fundamento de la facultad legislativa en ejercicio de la cual se han dictado las normas demandadas, por lo que, difícilmente ellas resultan violatorias de los preceptos constitucionales atinentes a la participación democrática. Es más, dicha participación –como se explica más adelante- es lo que motiva al legislador para confiar en que, en el nivel de servicios asignado, las comunidades organizadas prestarán un servicio continuo.

"(…) respecto de la adecuación de la medida que se cuestiona, bastará con que tenga la virtud de materializar el objetivo propuesto, y no, como dijo el demandante que efectivamente deba lograrlo. En lo relacionado con el estudio de "indispensabilidad" bastará, como quedó explicado, que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria y,

finalmente, en lo relacionado con el test de proporcionalidad en estricto sentido, la Corte ha dicho que es el valor constitucional relativo del bien protegido mediante la regulación y la ponderación que se haga del mismo con los derechos restringidos, lo que determina la proporcionalidad de la medida. (…)

“Todo el argumento del actor se funda en la suposición —equivocada— de que esas normas tienen por fin única y directamente, la eficiencia en la prestación del servicio. En realidad, ellas responden directamente a la factibilidad del cumplimiento del deber de control y vigilancia que el Estado se reserva para sí con exclusividad. En efecto, sólo mediante el cumplimiento de dicho deber puede garantizarse la continuidad del servicio, al amparo de la regulación, y en ese ‘sentido teleológico el que a su turno, impone ‘un permanente examen sobre el acontecer administrativo de quienes prestan servicios públicos domiciliarios.(…)

“(…) Dentro de los mecanismos de control que buscan la continuidad del servicio en beneficio de la comunidad, el legislador incluyó el de la toma de posesión de las Empresas para separar a los gerentes o miembros de las juntas directivas y, en general, optar por soluciones viables, que permitan que la continuidad del servicio no se afecte, relacionadas con la disminución nominal del capital social, o con la fijación de términos prudenciales y perentorios para superar las crisis imputables a administradores o accionistas, o con la celebración de contratos de fiducia para la administración temporal de la empresa.

“Para que dichas medidas sean posibles, el legislador, en desarrollo de su facultad de intervenir en la economía y regular la prestación de los servicios públicos (Artículo 334 CP) agregó elementos no contemplados (…) en el artículo 365 de la Constitución, determinando que la forma que deben adoptar empresas prestadoras de servicios públicos es la de sociedad por acciones. Ello, además de reconocer criterios de garantía a favor de los usuarios, permite la ejecución de las medidas de control e intervención comentadas, pues la regulación de la toma de posesión se ajusta especialmente a ese tipo societario.

“En todo caso, el legislador, observando lo previsto en la Constitución respecto de las comunidades organizadas, permite que ellas presten servicios públicos, aun sin haberse constituido en una sociedad por acciones que, en los términos de la ley, pueda ser considerada ESP. Sin embargo, previendo que las comentadas formas de control serían de imposible aplicación a las comunidades organizadas, la misma ley limita su operación a aquellas zonas en las cuales el nivel de servicio hace poco factible la ocurrencia de crisis que comprometan su continuidad; zonas en las cuales, por sus condiciones sociales comunes y su reducida extensión en las cuales, por sus condiciones sociales comunes y su reducida extensión poblacional, el control ciudadano directo –ya por la vía de los comités de desarrollo y control social- por la de las veedurías ciudadanas o por la participación comunitaria directa en su prestación –resulta suficiente y adecuado para promover e, incluso, garantizar la mencionada continuidad.

“De otra parte, en lo que respecta al test de ponderación, este Departamento considera importante insistir en que la libertad de empresa y de competencia en materia de servicios públicos, de acuerdo con lo que ha señalado la Corte en otras oportunidades, ‘solo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad

constitucional que el Estado tiene en este sector social.

“Entonces, como se desprende de lo dicho sobre la finalidad de las normas demandadas, ellas protegen bienes constitucionales de capital importancia: la aplicabilidad de los medios de control y la continuidad de la prestación del servicio público, cuya eficacia, a su vez, compromete el interés social y el bien común. Así pues, teniendo en cuenta que la libertad económica ‘se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social’ hay que admitir, como regla de análisis de ponderación que se haga en estos temas que ‘así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, también se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores en la Carta (…), y que, aquélla (la libertad de empresa) debe ceder ante los principios constitucionales de rango superior(…), como en este caso lo hará ante la realización del derecho social a exigir del Estado un control y vigilancia que garanticen la prestación continua de los servicios.

“En este caso, el Estado para preservar los valores superiores reguló la actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones, pero ello, al decir de la Corte, no significa ‘que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia.

“En lo relacionado con servicios públicos, el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia, de manera que pueden prestarse por el Estado o por los particulares, de acuerdo con las disposiciones del sector. Sin embargo, como se ha dicho también “la Constitución ha previsto para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención,” cuya aplicación en la materia bajo estudio, genera una modulación intensa, sin perjuicio alguno de la competencia (…)

“La escogencia de una forma determinada de personas jurídicas, con los fines mencionados, supone ‘una opción política del legislador que no contraría, per se, disposiciones constitucionales’, entre otras porque no se restringió –aunque en virtud de las facultades legislativas de intervención económica puede hacerse- la conformación de sociedades de empresas de servicios públicos; la integración de las empresas es una opción que el legislador dejó abierta.

“No es admisible, entonces, la presunción de que la determinación de un tipo societario determinado, como regla general, para constituir empresas de servicios públicos, resulte desproporcionado, pues dicha medida garantiza la posibilidad de aplicar las medidas de control diseñadas en la ley y que responden a obligaciones estatales de rango constitucional. Además, ni siquiera resultan sacrificados los derechos a la libertad de competencia y empresa, pues cualquiera puede constituir una sociedad por acciones para prestar un servicio público. Es más, la doctrina ha entendido que dicha determinación favorece el derecho a la competencia por permitir que ella se dé en condiciones de igualdad.

“En conclusión, de la aplicación del test flexible de igualdad, se colige que las medidas legislativas demandadas no vulneran derecho fundamental alguno, que buscan hacer posible

el ejercicio de las técnicas de control diseñadas en la ley y, por esa vía, garantizar la continuidad del servicio, que resultan proporcionadas en la medida en que, de una parte, son adecuadas para alcanzar el fin que se proponen y de otra no sacrifican bienes constitucionalmente protegidos; y finalmente, que por todo lo dicho, no pueden considerarse 'groseramente innecesarias'."

6. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Yezid Fernando Alvarado Rincón, actuado como abogado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, intervino en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte que declarara exequibles los apartes demandados, por las siguientes razones.

Tomando como fuente para su análisis un estudio del doctrinante Francisco Reyes,5 el interviniente asevera que las empresas prestadoras de servicios públicos corresponden a una forma societaria distinta a las previstas en el Código de Comercio, cuyo único objeto es la prestación de servicios públicos y cuya naturaleza permite la fácil consecución de recursos para financiar su intervención en un mercado especialmente protegido por el Estado que permite la participación de los particulares en una actividad eminentemente pública. "Dicha configuración legislativa, entonces se aleja de la supuesta discriminación que el actor pregona del contenido de los apartes demandados del artículo 17, pues dicha nueva forma societaria está especialmente diseñada para facilitar el tránsito de la prestación de tan esenciales servicios a manos de particulares.

"Los particulares podrán entonces asociarse bajo esta forma societaria, bajo (sic) el marco normativo de la ley de servicios públicos sin que existan restricciones estatales para su operación, pudiendo atraer no sólo (sic) a grandes inversionistas de capital, que permitan asegurar al Estado que su prestación sea eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, en términos del artículo 365 Superior."

Señala el interviniente que, contrario a lo que afirma el actor, no existe limitación para que las comunidades organizadas bajo la forma de cooperativas puedan participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios. "[N]o existe la limitación que indica el actor por cuanto las cooperativas están comprendidas dentro el género de comunidades organizadas a que hacen referencia las disposiciones anteriormente mencionadas [artículos 365 CP y 15.4 de la Ley 142 de 1994] dado que la norma demandada no limitó el concepto de comunidad organizada a una forma especial de organización. (…) El legislador al permitir que esta clase de organizaciones prestara los servicios públicos, lo que hizo, (…) fue avalar su existencia fáctica en el mercado colombiano donde en la mayoría de municipios pequeños existen como las únicas personas prestadoras, sin que esto impida que empresas de servicios públicos asuman su prestación o les compitan en condiciones de mercado."

7. Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital

José Hugo Aldana, actuando como apoderado de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital, intervino en el proceso de la referencia para solicitar que las normas cuestionadas fueran declaradas exequibles.

El interviniente señala que no es posible hacer un análisis fragmentado de la Ley 142 de

1994 y de sus artículos 15 y 17, sino que ellos deben ser analizados a la luz de lo que prescriben los artículos 334 y 365 de la Constitución y con base en un análisis integral.

Resalta que el artículo 15.4 no establece en realidad una limitación, sino que es una excepción a la exigencia contenida en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994. En consecuencia, es favorable a las comunidades organizadas constituidas como personas sin ánimo de lucro.

"[E]l legislador a través de la expedición de la Ley 142 de 1994, en ejercicio de su potestad legislativa y por expreso mandato constitucional, determinó establecer el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y en tal sentido, dispuso la creación de un nuevo tipo de sociedad, la Empresa de Servicios Públicos, "ESP", la cual tiene como único objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la Ley 142 y/o realizar una o varias de las actividades complementarias a los mismos, dada la fundamental importancia de estos servicios para garantizar, como es sabido, la calidad de vida de los habitantes.

Según el apoderado de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital, las comunidades organizadas tienen la posibilidad de prestar servicios públicos en los municipios y áreas descritas en la Ley 142 de 1994 y, además, están facultadas para promover y constituir empresas de servicios públicos. Igualmente destaca que según el parágrafo del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, en los concursos públicos se preferirá a las empresas en las que tales comunidades tengan mayoría, si dichas empresas se encuentran en igualdad de condiciones a los demás participantes.

Para el interviniente, es claro que la Ley 142 de 1994, "de manera alguna desconoce los principios constitucionales a la igualdad, la democracia participativa y menos aún el derecho de asociación alegados por el actor, antes por el contrario, concede a las organizaciones comunitarias como ya se dijo, excepciones favorables que les permiten participar con ventaja a los particulares en procura de la prestación de servicios públicos."

V. INTERVENCIÓN CIUDADANA

1. Intervención de la Asociación de Recicladores de Bogotá

La Presidente de la Asociación de Recicladores de Bogotá, Blanca Ruth Rodríguez Jiménez, solicita a la Corte que las normas cuestionas sean declaradas inexequibles porque "el sesgo perverso de las normas demandadas limita el concurso para las grandes licitaciones a las sociedades por acciones, que de suyo buscan el lucro y exigen gran capital, y limita a las asociaciones como la nuestra para participar sólo en municipios pequeños o rurales. Es como una "zona de despeje" para la competencia. Ello es inconstitucional."

"(…) En tanto que recicladores queremos insistir en la evidente y grave violación del derecho de igualdad y del derecho a un mínimo vital por parte de las normas acusadas.

"Nosotros los recicladores somos personas que sobrevivimos de los desperdicios de los habitantes del resto de la ciudad. Durante años, la exclusión socioeconómica en esta ciudad ha llevado a que hoy en día más de ochenta mil (80.000) personas, sin oportunidad de ir a la escuela, ni de encontrar un trabajo formal, hayamos aprendido a sobrevivir de escarbar

basura. Recuperamos lo que nos es útil, y lo demás, lo separamos y clasificamos en plástico, cartón y metal para venderlo a bodegas, que, a su vez, lo venden a la industria para ser utilizado como materia prima secundaria. En este trabajo que, desde hace más de cincuenta (50) años, realizamos niños, adultos y ancianos, logramos hacer lo del diario: $1750 pesos, en promedio por persona, es decir, un poco menos del salario mínimo mensual para la supervivencia de grupos familiares de más o menos cinco personas.

"Como todos los grupos humanos que se dedican a la actividad de la que depende enteramente su supervivencia, hemos aprendido a organizarnos para mejorar nuestra capacidad de trabajo. Por eso desde hace varios años los recicladores de Bogotá hemos constituido organizaciones solidarias. Hace mucho tiempo que sabemos la importancia y rentabilidad del negocio de la basura, esto es, su manejo y aprovechamiento. (…)

"Nuestro mínimo vital en conexidad con el derecho al trabajo se encuentra vulnerado y en peligro de desaparecer totalmente dado que el ordenamiento jurídico desarticuló el trabajo informal de los recicladores y el trabajo formal con basura y su aprovechamiento lo abarca completamente el servicio público de aseo urbano que el Distrito acaba de ofrecer en concesión, en exclusión de las organizaciones solidarias de recicladores."

2. Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S. A. ESP.

Fabiola Leal Castro, actuando como apoderada de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S. A. ESP interviene en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de los apartes demandados. Los argumentos que sustentan su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, anota la interviniente que los servicios públicos domiciliarios son esenciales para el bienestar y la existencia de las personas, son inherentes a la finalidad social del Estado y tienen como objetivo el interés general. Por esa razón, el Estado debe asegurar, mediante su regulación, control y vigilancia, que sean prestados de manera regular, general, uniforme, continua y obligatoria en todo el territorio nacional.

Recuerda la interviniente que hasta comienzos de la década de los años 90, la prestación de los servicios públicos domiciliarios estuvo a cargo del Estado, pero que a partir de la Constitución de 1991, se permitió que los particulares participaran en la prestación de estos servicios, pero siempre bajo parámetros que garantizaran su calidad y continuidad mediante la intervención estatal.

Posteriormente, la interviniente describe la forma como la Ley 142 de 1994 previó la prestación de los servicios públicos domiciliarios a través de 6 clases diferentes de personas jurídicas:

"1. Las Empresas de Servicios Públicos.

"2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las Empresas de Servicios Públicos;

"3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la

prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley;

“4. Las “organizaciones autorizadas” conforme a esta Ley que prestan servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

“5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley;

“6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17.”

En relación con las “organizaciones autorizadas” por la ley para prestar servicios públicos domiciliarios en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, señala la interviniente que tales operadores pueden “realizar la prestación de servicios públicos, pero sometidos a la libertad del mercado, con limitaciones por razón del bien común y bajo la dirección general del Estado. (…) [S]olo pueden funcionar en los municipios que hayan sido reconocidos como menores en sus zonas rurales por la Ley o por la Comisión de Regulación, para compensar sus condiciones de subdesarrollo o infradesarrollo o cuando haya carencia de determinados servicios públicos domiciliarios, por ello son tratados en forma privilegiada.

Para la interviniente, lejos de dárseles un tratamiento discriminatorio, se les otorga un tratamiento privilegiado al no exigírseles el cumplimiento del lleno de requisitos que tienen que cumplir los demás prestadores u operadores de servicios públicos. “La ventaja que tiene este tipo de organizaciones, es que se les exime del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la conformación de organismos prestadores de servicios públicos domiciliarios, solo se exige un documento privado conforme a las normas comerciales, que las convierta en sociedad mercantil.” Adicionalmente, sostiene que nada impide a estas organizaciones constituirse en sociedades por acciones en los términos que señala la Ley.

Luego de citar las sentencias C-308 de 1994, C-483 de 1996, C-284 de 1997,C-198 de 1998, concluye la interviniente que la Ley 142 de 1994 cumple a cabalidad la voluntad del constituyente que buscó darle a los servicios públicos domiciliarios una categoría especial, para garantizar a la comunidad el acceso a ellos. La prestación de estos servicios se hace con criterios de eficiencia, cobertura y calidad, y dando a los particulares la posibilidad de desarrollar esta actividad económica en condiciones de igualdad, libertad, y competencia, y siempre bajo el control, la regulación y la vigilancia del Estado.

3. Empresa de Teléfonos de Bogotá

Hugo Vidales Molano, apoderado general de la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. E. S. P., intervino en el proceso de la referencia mediante escrito presentado el 18 de marzo de 2003 en el cual solicita que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas.

En primer lugar, en relación con los cargos contra el artículo 17 de la ley 142 de 1994, afirma el interviniente que existe cosa juzgada, como quiera que la Corte “se pronunció de fondo sobre la potestad que tiene el legislador para definir las formas de organización empresarial

para la prestación de servicios públicos, aceptando que la adopción de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades por acciones no violan las disposiciones de la Carta Política," por lo cual declaró su exequibilidad en la sentencia C-483 de 1996.

En segundo lugar, en relación con los cargos por violación de la democracia participativa y luego de citar la sentencia T-540 de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, afirma el interviniente que "dentro de los arquetipos societarios contenidos en nuestra legislación mercantil, la sociedad de capital que en mejor forma garantiza la participación y la democracia es la sociedad por acciones. Su consagración en la Ley 142 de 1994 como forma societaria para la prestación de servicios públicos se compadece con el Estado Social de Derecho y con los valores, principios y fines constitucionales de la Constitución Política."

Para el interviniente "no es cierta la afirmación del actor en el sentido de que la democracia participativa 'se viola si los usuarios, los pobres, las cooperativas, los recicladores, las ONG y demás formas asociativas sin ánimo de lucro, solo puedan participar en la prestación de un servicio público en municipios pequeños, áreas rurales y zonas acantonadas de una gran ciudad.' Todas las personas y sujetos que menciona la norma, además de poder participar en la prestación de servicios públicos en municipios pequeños y áreas rurales, también lo pueden hacer en cualquier comunidad, sólo que para ello, deben hacer parte del tipo societario que el legislador consideró apropiado para tal fin, el cual como lo dispone la Ley 142 de 1994 es la sociedad por acciones."

En cuanto a la violación del derecho de asociación, afirma el apoderado de la ETB que "la adopción de específicas formas de organización empresarial conscientes con los principios y valores constitucionales irradian la prestación de los servicios públicos no vulnera el derecho fundamental de asociación en sus expresiones positiva y negativa. En efecto, la posibilidad de asociarse o de no hacerlo para nada se limita al consagrar que las empresas que prestan servicios públicos pueden ser sociedades por acciones o empresas industriales y comerciales del Estado. Tampoco se ve afectado al disponer que "organizaciones autorizadas" pueden hacerlo en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. En particular, cualquier ciudadano que quiera participar en la prestación de servicios públicos puede hacer parte de las sociedades por acciones o las organizaciones que existen para tal propósito."

Finalmente, en relación con el cargo de violación de las normas constitucionales que regulan la intervención del Estado en la economía, sostiene el interviniente que las disposiciones cuestionadas no las desconocen sino que "lo que hacen es realizar los postulados del Estado Social de Derecho, garantizando la libertad económica bajo la Dirección General del Estado. La determinación de especiales formas de organización para la prestación eficiente de los servicios públicos ha sido revisada por la Corte Constitucional en los términos de la jurisprudencia citada, sin que se evidenciara una vulneración de los principios invocados por el actor."

VI. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE

Además de las intervenciones de autoridades públicas y de ciudadanos y empresas de servicios públicos, la Corte solicitó a la Superintendencia de Servicios Públicos y a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de Bogotá datos estadísticos sobre la prestación de servicios

públicos por personas jurídicas distintas a las sociedades por acciones. Un resumen de los informes enviados por dichas entidades se transcribe a continuación.

1. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Mediante escrito del 13 de febrero de 2003, la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, remitió a la Corte el informe estadístico elaborado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre la prestación de este tipo de servicios por parte de cooperativas, organizaciones no gubernamentales y demás formas asociativas sin ánimo de lucro.

La información estadística elaborada por la superintendencia se refiere a los servicios en los sectores de energía eléctrica, gas natural, acueducto, alcantarillado y aseo, pues en la actualidad no hay entidades sin ánimo de lucro prestando los servicios de telecomunicaciones.6

El resumen estadístico –en el que no se señala a qué porcentaje del total de empresas prestadoras de servicios públicos corresponden las cifras- para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo es el siguiente:7

criterio

Asociación de Usuarios

Cooperativa

Empresa Asociativa de Trabajo

Junta Administradora

Junta de Acción Comunal

TOTAL

ambito territorial

naturaleza jurídica

MUNICIPAL

6

0

1

4

0

11

DEPARTAMENTAL

0

0

0

4

0

4

PRESTADOR EN AREA O ZONA URBANA ESPECIFICA

23

7

1

3

3

37

PRESTADOR EN AREA RURAL

308

8

18

168

389

891

19

10

139

10

80

258

TOTAL

356

25

159

189

472

1201

TIPO DE SERVICIO

NATURALEZA JURIDICA

ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO

15

3

19

9

34

80

ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO

52

4

23

34

51

164

ACUEDUCTO Y ASEO

1

1

1

1

7

10

ACUEDUCTO

282

3

101

145

370

901

0

0

0

0

0

0

ALCANTARILLADO

1

0

4

0

2

7

ASEO

5

14

12

0

8

39

TOTAL

356

25

159

189

1201

Para los servicios de energía eléctrica y gas natural, las cifras generales son las siguientes:8

SERVICIO PUBLICO

TIPO EMPRESA

TOTALES

GAS NATURAL

ASOCIACION DE USUARIOS

0

COOPERATIVA

2

EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

0

JUNTA DE ACCION COMUNAL

0

JUNTA ADMINISTRADORA

0

ENERGIA ELECTRICA

ASOCIACION DE USUARIOS

15

COOPERATIVA

0

EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

37

JUNTA DE ACCION COMUNAL

23

6

TOTALES

83

La distribución por departamentos en la prestación de los servicios de gas natural y energía eléctrica, se resume a continuación:

Departamento

Naturaleza Jurídica

Servicio Público

Cantidad

Amazonas

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

8

Antioquia

Cooperativa

Gas Natural

1

Casanare

Junta de Acción Comunal

Energía Eléctrica

1

Chocó

Asociación de usuarios

Energía Eléctrica

10

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

2

Junta Administradora

Energía Eléctrica

6

Junta de Acción Comunal

Energía Eléctrica

1

Cundinamarca

Cooperativa

1

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

1

Guainía

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

1

Junta de Acción Comunal

Energía Eléctrica

4

Guaviare

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

1

Junta de Acción Comunal

Energía Eléctrica

6

Nariño

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

5

Meta

Asociación de usuarios

Energía Eléctrica

1

Putumayo

Asociación de Usuarios

Energía Eléctrica

4

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

15

Valle

Energía Eléctrica

1

Vaupés

Junta de Acción Comunal

Energía Eléctrica

4

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

1

Vichada

Junta de Acción Comunal

Energía Eléctrica

7

Empresa Asociativa de Trabajo

Energía Eléctrica

2

TOTALES

83

2. Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá

Mediante Auto del 28 de enero de 2003, esta Corporación solicitó al Jefe de la Unidad Especial de Servicios Públicos del Distrito Capital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2067 de 1991 proveer información estadística sobre las empresas constituidas bajo la forma de cooperativas, organizaciones no gubernamentales y demás formas asociativas sin ánimo de lucro que participan en la prestación de servicios públicos domiciliarios en Bogotá, en desarrollo de lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 782 de 30 de noviembre de 1994 “Por el cual se crea la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, dependiente del Despacho del Alcalde Mayor de Bogotá”, esta Unidad tiene por objeto “(…) la planeación, coordinación, supervisión y

control de la prestación de servicios de barrido, recolección, transferencia, disposición final de residuos sólidos, limpieza de áreas públicas, cementerios, hornos crematorios, y plazas de mercado," motivo por le cual solo es competente para pronunciarse respecto del servicio publico domiciliario de aseo, no así frente a los demás servicios de esta índole.

(…) en el Distrito Capital se presta el servicio de aseo a través de contratos de concesión C-18, C-19, C-20 y C-21 suscritos el 14 de octubre de 1994, con los concesionarios Ciudad Limpia, Aseo Capital, Lime Bogotá y Corpoaseo Total, respectivamente; éste último consorcio conformado por la firma Aseo Total, la Corporación para la Limpieza de Ciudad Bolívar CORPOASEO y la Cooperativa de Recicladores RESCATAR Ltda. Estos consorcios se constituyeron posteriormente como sociedades ESP a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 286 de 1996 "Por la cual se modifican parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994", teniendo como fecha de vencimiento de sus contratos el próximo 30 de junio de 2003.

Ahora bien, a través de los mencionados contratos de concesión, el Distrito Capital otorgó áreas de servicio exclusivo a cada uno de los concesionarios, con el propósito de que la cobertura del servicio de aseo se pudiera extender a las personas de menores ingresos, de conformidad con lo establecido en el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Actualmente el Distrito Capital adelanta el proceso licitatorio 01 de 2002, mediante le cual se pretende seleccionar los nuevos concesionarios para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en el que pueden presentar propuestas las Empresas de Servicios Públicos —ESP, cuyo objeto social comprenda el servicio público de aseo, las personas jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que en el evento de resultar favorecidas con la adjudicación, bajo la forma del contrato de promesa societaria se hayan comprometido a conformar empresas de servicios públicos, así como consorcios o uniones temporales.

Por tener relación con el tema que nos ocupa, se destaca que dentro del referido proceso de selección, se ha establecido como segundo criterio de desempate para proponentes que llegaren a ocupar el primer lugar, el que dentro de sus integrantes participen empresas de carácter solidario, siendo el primer criterio la prelación de la oferta de origen nacional o en su defecto el mayor porcentaje de integración nacional (Artículo 4 del Adendo 3, Licitación 01 de 2002).

De conformidad con lo expuesto, se informa que actualmente en el Distrito Capital el servicio público domiciliario de aseo en la zona 5 en que se ha dividido el Distrito Capital, la firma Corpoaseo Total S.A. ESP anteriormente Consorcio Corpoaseo Total, conformado como ya fue señalado por la firma Aseo Total, la Corporación para la Limpieza de Ciudad Bolívar CORPOASEO y la Cooperativa de Recicladores RESCATAR Ltda., formas asociativas sin ánimo de lucro.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante escrito del 7 de abril de 2003, el Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, intervino en el proceso de la referencia y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones "en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas

específicas", y "son sociedades por acciones", contenidas en el numeral 4 del artículo 15 y en el inciso primero del artículo 17, respectivamente, de la Ley 142 de 1994. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, aclara el representante del Ministerio Público que aun cuando el demandante cuestiona tanto la constitucionalidad de algunas expresiones de los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994, como la constitucionalidad del Decreto 421 de 2000, sólo se referirá a los cargos contra la ley puesto que la Corte inadmitió10 la demanda en relación con el Decreto 421 de 2000 por falta de competencia.

Para el Procurador son dos los problemas jurídicos que plantea la demanda: 1) "Si el legislador al determinar las personas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios, está facultado para definir el tipo de personas que pueden prestarlos y demarcar la circunscripción territorial o área en que pueden hacerlo unos con exclusión de otros, en el sentido de que ciertos agentes pueden hacerlo en todos los municipios, tanto en áreas rurales como urbanas, mientras que otras sólo pueden hacerlo en áreas rurales de municipios pequeños y áreas específicas urbanas." 2) "Si al establecer el legislador que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, está vulnerando el derecho a la libre asociación y el principio de la intervención económica del Estado, en tanto está limitando la forma organizativa en que los agentes del mercado quieren prestar el servicio y hacer uso de sus libertades económicas."

En relación con la libertad de configuración del legislador para determinar el tipo de personas jurídicas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios, recuerda la Vista Fiscal que la finalidad del Estado al prestar los servicios públicos consiste en garantizar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional y, en consecuencia, sus actuaciones están "enderezadas a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas condiciones para que la existencia del hombre sea acorde con su dignidad humana."

En desarrollo de dicha facultad, el legislador podía señalar unos requisitos mínimos para realizar la actividad económica y la iniciativa privada para cumplir los fines constitucionales y en consecuencia determinar "cuáles personas pueden ser prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, de tal manera que se organicen y sobre ellas el Estado pueda realizar la vigilancia, control y regulación que le compete, por ser prestatarias de un servicio público de conformidad con los principios previstos en la misma Constitución y frente a los cuales la ley debe permitir su realización."

Resalta la Vista Fiscal, que en desarrollo de las facultades para regular la prestación de servicios públicos, podía indicar las características y condiciones que debían cumplir las empresas prestadoras de tales servicios, sin que con ello se limite la iniciativa privada de manera contraria a la Carta. "Cuando el legislador señala las distintas personas que pueden ser prestatarias de un servicio público, no pretende imponerle límites a la iniciativa pública o privada, como tampoco al principio de autonomía de la voluntad de los prestatarios, sino que él, en ejercicio de la facultad de libre configuración normativa con la que cuenta para ello –pues la Constitución no le estableció formas particulares de organización-, estima quiénes pueden prestar el servicio público en la forma como el Estado lo ha previsto, esto es, de manera eficiente, sin que con ello imponga límites a las garantías y derechos

constitucionales fundamentales.

“Así la ley que previó quiénes son los distintos prestatarios de los servicios públicos domiciliarios, contiene una regulación mínima de intervención estatal, de tal manera que no se violen las libertades económicas, el derecho a la libre competencia, a la iniciativa pública y privada, etc. Esos requisitos mínimos son aquellos que el artículo 333 de la Constitución Política establece, en tanto para el ejercicio de las libertades económicas no se pueden exigir requisitos distintos a los previstos en la misma Carta Política y la ley.

Para el Procurador General una interpretación sistemática de los artículos 333 y 365 constitucionales lleva que el legislador deba “establecer un mismo régimen jurídico, siempre que estén en igualdad de condiciones en relación con la prestación del servicio público; en cuanto a los derechos y deberes de los usuarios también, pero en lo relativo al régimen de contratación de los prestatarios, el legislador puede establecer distintos regímenes de acuerdo con la naturaleza jurídica del agente prestatario.

Por ello, los requisitos que se les exigen para la prestación del servicio deben estar determinados en razón de la naturaleza especial que adopte cada agente prestatario de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, atendiendo una definición mínima que da el legislador, vale decir, las personas determinan libremente frente a las distintas formas previstas en la ley, bajo qué modalidad quiere que el Estado le autorice la prestación del servicio público, y con ello se les está garantizando los derechos previstos en la ley, previa verificación de tales requisitos.

En relación con las distintas formas de organización o naturaleza jurídica que adopten los agentes prestatarios indica el representante del Ministerio Público que “el Estado sólo establece aquellas bajo las cuales considera que pueden realizar adecuadamente la función constitucional de ejercer vigilancia y control. En consecuencia, la ley dispone qué forma de regulación jurídica se le asigna a cada modalidad de organización prestataria de servicios, debidamente autorizada por ella.

Para el Procurador, no es posible pretender que la regulación que establece el Estado para la prestación de servicios públicos por las distintas formas empresariales autorizadas por la Ley sea homogénea para todas ellas, sin tener en cuenta las condiciones y naturaleza especial bajo las cuales prestarán los servicios públicos domiciliarios. “Pero lo que si no puede ser homogéneo, son los requisitos para la organización y funcionamiento de los agentes prestatarios, porque cada requisito es determinado por el legislador en función a su naturaleza especial, vale decir, que el legislador señala cuáles son los requisitos para que las personas naturales puedan prestar un servicio, así como para las empresas de servicios públicos, por los entes territoriales o por las comunidades organizadas.

Decir que se vulnera el derecho a la igualdad porque los requisitos para la creación, constitución y funcionamiento de un agente prestatario es distinto para uno y otro, es contrario a la doctrina de la Corte Constitucional, que señala que el tratamiento debe ser igual entre iguales y desigual entre desiguales, ya que la forma como funciona una empresa industrial y comercial del Estado, una sociedad por acciones, un establecimiento público, un ente territorial, así presten el mismo servicio es distinto a la forma como debe organizarse la comunidad y a la forma como funciona la prestación de un servicio público prestado por la

comunidad directamente.”

Para el Procurador, de lo que se trata es de regular mínimamente las condiciones para la prestación adecuada y eficiente de los servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta las diferencias de su prestación cuando se trata de sociedades por acciones, establecimientos públicos o comunidades organizadas. Por ello, las normas demandadas no conceden un trato privilegiado a determinados agentes prestatarios en detrimento de la comunidad organizada.

“La norma demandada, no le está imponiendo límites a las personas jurídicas o naturales que en ejercicio de la libre empresa y de la libre iniciativa privado y de la autonomía de la voluntad quieran prestar un servicio público domiciliario, en tanto una vez reúnan los requisitos mínimos previstos en la ley, sometiéndose a las limitaciones tarifarias, al régimen de regulación, vigilancia y control y normas de competencia en el mercado, puedan prestar el servicio, ya que los miembros de la comunidad que pretendan intervenir en este mercado, lo pueden hacer bajo cualquiera de las formas de organización previstas por el legislador.

“En este orden de ideas, el legislador sí puede imponerles límites al tipo de servicios que puede prestar si lo hacen directamente las comunidades organizadas. Con el fin de asegurar la prestación de los servicios con la mejor cobertura y de manera razonable, ha previsto el legislador que estas comunidades organizadas puedan prestarlos directamente en los municipios menores o en zonas rurales de éstos, o en áreas especificas de las áreas urbanas, siempre que se asegure la prestación eficiente de los mismos y sea prestada por ellos mismos.”

Sostiene la Vista Fiscal, que estas condiciones especiales para la prestación de servicios públicos por parte de comunidades organizadas, no cierra la posibilidad de que presten los servicios en zonas urbanas o de municipios mayores, pues nada impide que participen en su prestación de manera indirecta como socias de las empresas prestadoras de servicios públicos o en calidad de operadores de los servicios por vía de concesión.

“En la práctica, una comunidad organizada estaría en la imposibilidad de manejar servicios públicos de áreas metropolitanas, y lo que el legislador quiso establecer fueron formas propias de organización acordes con la cobertura y la complejidad del área del servicio que se va a prestar. Por ello la libertad configurativa del legislador al establecer las distintas personas que pueden prestar un servicio público domiciliario, asegura la constitucionalidad de la norma. Además, dicha norma tiene fundamento en el principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues los límites que le impone el legislador a éstas comunidades organizadas consultan su potencialidad operativa en materia de servicios públicos domiciliarios.”

Concluye el representante del Ministerio Público que dado que el tratamiento diferenciado está justificado, porque las limitaciones que impuso el legislador a las comunidades organizadas son proporcionales y razonables, no existe una vulneración de la igualdad.

En relación con el principio de democracia participativa, sostiene el Procurador General de la Nación que las normas cuestionadas no lo desconocen, en tanto permiten que las comunidades incursionen en la prestación de los servicios domiciliarios y facilitan la

fiscalización por parte de la comunidad del ejercicio de la gestión pública en la prestación de tales servicios y su participación en la toma de decisiones en aquellos espacios en los que la Ley les permite intervenir.

“Así las cosas, no se vulnera el principio de democracia participativa con la norma parcialmente demandada, en tanto no impide que las comunidades organizadas en forma de consumidores y ligas de usuarios, pueden a través de los mecanismos de participación democrática, intervenir en el control al ejercicio de la gestión pública. Cuando la norma hace referencia al tipo de servicios y el alcance de su prestación en ciertas áreas y circunscripciones territoriales no está limitando el ejercicio de la democracia participativa, sino regulado el tipo de gestión que pueden hacer las comunidades en materia de servicios públicos domiciliarios, regulando los eventos en donde es procedente, atendiendo la realización de los principios de la función pública prevista en el artículo 209 constitucional.”

En cuanto a la facultad del legislador para definir la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de asignarle una forma concreta de organización, sostiene el Procurador que contrario a lo que afirma el actor el artículo 17, inciso primero de la Ley 142 de 1994, es bastante amplio y democrático, “en cuanto estableció distintas formas de organización para la prestación de servicios públicos, que van desde las personas naturales, personas jurídicas de derecho público o privado, de carácter mixto, en tanto el Estado se puede asociar con los particulares y las comunidades organizadas. Así mismo, permite que la comunidad organizada, pueda a través del ejercicio de la libre iniciativa privada promover y constituir empresas de servicios públicos para prestarlos en áreas distintas a las que le permite la ley, lo cual implica que se les está garantizando el derecho a la libre asociación.”

En relación con la exigencia que contiene la ley sobre la constitución de empresas bajo la forma de sociedades por acciones, sostiene la Vista Fiscal que no constituye una limitación inconstitucional del ejercicio del derecho a la libre asociación, pues la ley prevé distintas formas bajo las cuales puede realizarse esta actividad económica. “Cuando el legislador señala que las empresas de servicios públicos deben adoptar las formas de sociedades por acciones, no está vulnerando el derecho a la libre asociación, sino que está estableciendo la forma que deben adoptar los distintos socios que pretendan gestionar la prestación de los servicios públicos, ya sean personas naturales, otras personas jurídicas o comunidades organizadas, de tal manera que se adopte no sólo la organización sino el régimen jurídico aplicable que asegure la prestación eficiente del servicio y el ejercicio de la vigilancia, control y regulación por parte del Estado.

“El derecho a la libre asociación, no implica que las personas deban realizar las actividades económicas bajo la forma organizativa que deseen, sino que implica el libre ejercicio de las actividades económicas permitidas por la Constitución y la ley, de acuerdo con las formas que a bien lo tenga, para lo cual deberá escoger dentro de las alternativas que el legislador haya establecido. Por ello, la norma no vulnera el derecho a la libre asociación, en tanto lo que pretende es establecer la naturaleza jurídica que deben adoptar las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro del margen que le autoriza la Constitución al legislador para intervenir mínimamente en la fijación de los requisitos para realizar una actividad económica.

(…)

“Se ocupa (…) la norma demandada, de establecer requisitos mínimos para realizar una actividad económica como lo son los servicios públicos, en virtud de la cual los distintos agentes del mercado pueden hacer uso del derecho a la libre competencia, a la iniciativa privada dentro de esa regulación mínima que establece el legislador. Pensar que el derecho a la libre asociación es de carácter absoluto y que el Estado debe permitir que las personas escojan bajo qué modalidad o forma de organización quieren prestar el servicio, sería tanto como negarle la facultad constitucional que tiene el legislador de definir el régimen de control, vigilancia y regulación en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, ya que el fin de tales facultades es el de asegurar su prestación eficiente del servicio y de que el Estado cuente con herramientas para controlar la continuidad, sostenibilidad financiera, adaptabilidad y generalidad de los servicios públicos, para que prevalezca el interés general, la preservación de los derechos de los usuarios, consumidores y el bienestar de la población en general, por lo que el Estado está facultado para imponer límites a la actividad desarrollada por los diferentes prestatarios de estos servicios.

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Problemas jurídicos

El demandante cita en su escrito como normas violadas los artículos 1, 2, 3, 13, 25, 38, 40, 53, 57, 58, 60, 78, 79, 81, 93, 95, numeral 5, 103, 311, 333, 334, 355, 365, 367 y 369 de la Constitución. Sin embargo, sólo presenta cargos específicos, claros, pertinentes y suficientes de carácter constitucional, susceptibles de controvertirse en sede judicial en relación con los artículos 13, 38, 58, 60, 95, numeral 5, 333 y 369 de la Carta, tal como fue advertido por esta Corporación en el auto admisorio del 28 de enero de 2003, por lo cual la Corte circunscribe su análisis a los cargos efectivamente desarrollados por el actor en su demanda.

Para el demandante, los apartes cuestionados vulneran los derechos a la igualdad (artículo 13, CP), a la participación (artículo 40, CP), de libre asociación (artículo 38, CP), a la libre competencia económica (artículo 333, CP) y desconocen el deber del Estado de fortalecer las organizaciones solidarias al establecer un tratamiento inequitativo y arbitrario (artículo, CP) y establecen una restricción irrazonable y desproporcionada para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en particular, los de agua potable y saneamiento por parte de cooperativas de recicladores, de organizaciones no gubernamentales y demás formas asociativas sin ánimo de lucro.11

No obstante lo anterior, aun cuando plantea de manera separada las razones que sustentan cargos por supuestas violaciones a estos cuatro derechos, sus argumentos se concentran en realidad en uno sólo: la existencia de un tratamiento discriminatorio contra las organizaciones solidarias. Según el demandante, este tratamiento arbitrario consiste en la limitación al ejercicio de los derechos de libre asociación, de participación democrática, de libertad de empresa y de libre competencia en ciertas zonas y áreas del territorio

colombiano, cuando se trata de la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de organizaciones solidarias. La Asociación de Recicladores de Bogotá interviene en el proceso para respaldar los argumentos del demandante y agregar que la exclusión de la cual son objeto también viola sus derechos al trabajo y al mínimo vital ya que su ingreso como recicladores es de subsistencia básica.

Por su parte, los distintos intervinientes y el Procurador General de la Nación señalan que las expresiones cuestionadas no desconocen ninguna norma constitucional por cuanto corresponden al ejercicio legítimo de la potestad de configuración del legislador en materia de libertad económica, orientada a garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y a facilitar el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre quienes prestan un servicio público domiciliario.

El cuestionamiento del actor relativo al derecho a la igualdad está íntimamente atado a sus reparos contra las restricciones a los derechos a la participación y a la libre competencia de las organizaciones solidarias, ya que el demandante se refiere a un trato discriminatorio que limita de manera inconstitucional el ejercicio de éstos dos derechos.

Por lo anterior, la Corte pasa a resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Viola el derecho a la igualdad de las organizaciones solidarias el que el Legislador, al regular quién puede prestar los servicios públicos domiciliarios, haya establecido un tratamiento diferenciado con base en (1) el tipo societario exigible a las organizaciones prestadoras de tales servicios y (2) el ámbito territorial de su participación restringido para las "organizaciones autorizadas" a los municipios menores, a las áreas o zonas rurales y a las zonas urbanas específicas?

2. ¿Viola la libertad de asociación, exigir formas específicas de organización para la prestación de servicios públicos?

3. ¿Viola el derecho de participación, restringir la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de "organizaciones autorizadas" a un ámbito territorial específico?

4. ¿Es incompatible con la libertad de empresa y la libre competencia señalar un ámbito territorial específico para que las "organizaciones autorizadas" presten servicios públicos domiciliarios?

Con el fin de resolver los anteriores problemas, la Corte primero recordará el marco constitucional del ejercicio de la potestad de configuración del legislador en materia de regulación de servicios públicos domiciliarios y examinará el alcance de la facultad de establecer limitaciones a la participación democrática, al derecho de libre asociación, a la libre empresa y a la libre competencia, en este contexto. En segundo lugar, resumirá las condiciones y requisitos que según el Legislador deben cumplir las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y las limitaciones que ha establecido la Ley 142 de 1994 en el caso de las organizaciones solidarias. En tercer lugar, estudiará si la definición y las condiciones que establece la Ley 142 de 1994 para las personas jurídicas privadas que pueden participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios respeta el derecho a la igualdad. Para ello, empleará el juicio de igualdad, metodología a través de la cual se

analizará si el fin perseguido por el legislador, el medio empleado y la relación entre el medio y el fin, se ajustan a la Carta, o si son discriminatorios.

3. El marco constitucional de la potestad de configuración del Legislador en la regulación de los servicios públicos domiciliarios.

De conformidad con la Constitución Política, la "regulación" de las actividades que constituyen servicios públicos le compete al Legislador.12 El detallado marco constitucional diseñado por el constituyente de 1991 en materia de servicios públicos, refleja la importancia de éstos como instrumentos para realización de los fines del Estado Social de Derecho, así como para el logro de la plena vigencia y eficacia de los derechos constitucionales que garantizan una existencia digna. Así lo reconoció la Corte en la sentencia C-247 de 1997, donde dijo:

El Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho (CP, Artículo 365), con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud. Dicha prestación debe adelantarse bajo un régimen jurídico determinado por el legislador (CP, Artículo 150-23) acorde con las necesidades de la comunidad y dentro de nueva perceptiva expansionista del ámbito tradicionalmente estatal de ejecución de actividades que comprenden servicios públicos, permitiendo la participación de las comunidades organizadas y de los particulares.13

El marco constitucional para la regulación de los servicios públicos14 está compuesto por varios de los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución (Artículos 1, 2 y 5, CP); por ciertos derechos específicos consagrados en el Título II de la misma (Artículos 48, 49, 56, 58, 60, 64, 67, 76, 77 y 78, CP.); por las disposiciones relativas a la potestad de configuración del legislador y la potestad reglamentaria del Presidente en materia de servicios públicos (Artículos 150, numeral 23 y 189, numeral 22, respectivamente, CP); por las normas relativas a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos (Artículos 106, 289, 302, 311 y 319, CP); por las normas del régimen económico y de hacienda pública (Artículos 333 y 334, CP) y, por las disposiciones del Título XII, capítulo 5 de la Constitución, que definen "la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos" (Artículos 365 a 370, CP).

De conformidad con este marco se le ha confiado al Legislador la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, la permanencia, la calidad y la eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, sus deberes y derechos, el régimen de su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten un servicio público, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce la inspección, el control y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente.15

El alcance de la potestad de configuración del Legislador en esta materia está determinado, a su vez, por el mandato constitucional del artículo 334 de la Carta que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de "intervenir, por mandato de la ley,

[…] en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano."

Adicionalmente, el ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Artículo 365 CP); (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Artículo 366, CP); (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (Artículos 365 y 367, CP); y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (Artículo 369, CP).

Si bien es cierto que, tal como lo establece el artículo 365 Superior, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no esta totalmente librada a las condiciones del mercado. Por ello, para asegurar el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.), y de lograr el objetivo fundamental de la actividad estatal consistente en dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.), el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos. Tal como lo resaltó la Corte recientemente, tan "importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.)."16

La intervención estatal en esta materia se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo. Por ello, tal como lo reiteró recientemente esta Corporación,17 "la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad (…)– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad.

Estos criterios constitucionales evidencian que el alcance de la potestad de configuración del Legislador en materia de servicios públicos si bien es suficiente, —pues se extiende a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control—, no es ilimitado, porque el ejercicio de dicha potestad debe estar encaminado a la consecución de los fines superiores que establece la Carta y orientado por los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros. Por ello, las limitaciones que establezca el Legislador a derechos como la libertad de asociación, el derecho a la participación, la libertad de empresa y la libre competencia, deben ser examinadas a la luz de tales fines y principios.

En cuanto a la libre asociación, la Corte ha reiterado el carácter no absoluto de este derecho

y ha declarado la exequibilidad de disposiciones que establecían limitaciones razonables a su ejercicio, dirigidas a garantizar la continuidad y cobertura de los mismos. Así, por ejemplo, en la sentencia C-617 de 2002, la Corte encontró que una disposición que establecía períodos de duración mínima para las formas asociativas que prestaran servicios públicos de salud y educación, era una medida razonable para garantizar la continuidad de los mismos.18 Otro ejemplo se encuentra en la sentencia C-483 de 1996, donde la Corte señaló que con el fin de garantizar la adecuada cobertura de los servicios públicos, el Legislador podía, en ejercicio de la potestad de configuración, establecer la forma como se organizarían las empresas de servicios públicos domiciliarios estatales y "determinar las formas o modalidades de organización empresarial a que deben sujetarse quienes tengan la responsabilidad de su prestación, cuando ésta no la asuma directamente el Estado."19

En relación con la participación en los servicios públicos domiciliarios, también ha admitido la Corte limitaciones razonables a su ejercicio. Así, por ejemplo, en la sentencia C-585 de 1995, donde luego de reconocer que la participación en la gestión y fiscalización de las empresas de servicios públicos domiciliarios es un derecho y a la vez un deber de todas las personas cuya determinación corresponde a la ley, declaró la exequibilidad de una disposición que señalaba la composición de las juntas directivas de las empresas de servicios públicos del orden municipal, la cual había sido cuestionada por limitar la participación. Dijo entonces la Corte:

La participación en la gestión y fiscalización de las referidas empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios tal como está concebida en la norma acusada, a través del nombramiento que hace el alcalde de una tercera parte de la junta directiva de los vocales de control debidamente registrados por los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, no desconoce los principios que deben orientar la actuación de todas las autoridades públicas y de los particulares, pues no crean ninguna situación de desequilibrio, ni discriminación indebida, y tampoco llevan implícita una injusticia en detrimento de la participación cívica de las personas en la referida labor de gestión y fiscalización, por cuanto la Carta Política no estableció de manera expresa el porcentaje de participación ni la forma de su elección, sino que señaló que éste debe permitir la participación de las personas en la adopción de decisiones que los afectan, lo cual ocurre a través de los citados vocales de control, inclusive en la representación efectiva de una tercera parte de los miembros de las correspondientes juntas directivas, aun cuando éstos sean elegidos por el alcalde.20

La importancia de la participación de los usuarios y consumidores en los servicios públicos así como de los prestadores de tales servicios, ha sido reconocida de manera reiterada por esta Corporación, como instrumento fundamental para la toma de decisiones relativas a su control y fiscalización, así como para la adopción de las regulaciones.21 El fundamento constitucional de esta participación directa en el procedimiento previo a la adopción de las regulaciones en materia de servicios públicos se encuentra, entre otras normas, en el artículo 2 de la Carta y en el Artículo 78 Superior, que ordena a todos los órganos del Estado, dentro de su órbita de competencia, no estimular o permitir, sino garantizar "la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen", derecho constitucional cuyo goce depende de dos condiciones también de estirpe democrática: que las organizaciones sean representativas y que observen

procedimientos democráticos internos.

En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que "en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 CP)," y en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación.22

Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad. Con el fin de examinar la limitación a las organizaciones solidarias para poder prestar servicios públicos domiciliarios, pasa la Corte a recordar el régimen legal de la participación de las organizaciones solidarias y de las empresas de servicios públicos en la prestación de los mismos.

4. Las "organizaciones autorizadas" dentro del régimen legal de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En desarrollo del anterior marco constitucional, el Legislador expidió la Ley 142 de 1994, cuyos objetivos fueron sintetizados en la sentencia C-389 de 2002, de la siguiente manera:

"En uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad".23.

Con la Ley 142 de 1994, el Legislador estableció el régimen general de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural y, determinó, entre otras cosas, quiénes los prestarían y bajo qué condiciones.24 De

conformidad con esta Ley, pueden prestar servicios públicos domiciliarios:

1. Las empresas de servicios públicos (Artículo 15.1, Ley 142 de 1994), que a su vez pueden ser:

a) Empresas oficiales de servicios públicos, constituidas como sociedades por acciones en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial tienen el 100% de sus aportes. (Artículo 14.5, Ley 142 de 1994)

b) Empresas mixtas de servicios públicos, en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tengan aportes superiores o iguales al 50%. (Artículo 14.6, Ley 142 de 1994)

c) Empresas privadas de servicios públicos, cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares. (Artículo 14.7, Ley 142 de 1994)

2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. (Artículo 15.2, Ley 142 de 1994) Este tipo de prestadores de servicios públicos domiciliarios, conocido como "productor marginal, independiente o para uso particular," es una "persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal." (Artículo 1 de la Ley 689 de 2001).

3. Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. (Artículo 15.3, Ley 142 de 1994).

4. Las "organizaciones autorizadas" conforme a la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. (Artículo 15.4, Ley 142 de 1994 —disposición parcialmente demandada en este proceso). Dentro de esta posibilidad han sido incluidas las "comunidades organizadas." (Articulo 365, CP).

5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994. (Artículo 15.5, Ley 142 de 1994).

6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estaban prestando cualquiera de los servicios públicos a los que ella se refiere y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17. (Artículo 15.6, Ley 142 de 1994).25

Dado que en el presente proceso el demandante señala que al exigir que las empresas de servicios públicos sean sociedades por acciones, el Legislador incurrió en un tratamiento discriminatorio en contra de las organizaciones solidarias, resulta pertinente precisar las diferencias de régimen para la prestación de servicios públicos domiciliarios previsto en la

Ley 142 de 1994, según la naturaleza de los entes responsables de su prestación.

4.1.1. Las empresas de servicios públicos domiciliarios y su relación con las "organizaciones autorizadas".

El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas-26 que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias.27 De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios.

El nombre de la empresa deberá estar seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "ESP"28 y su duración podrá ser indefinida (Artículo 19.2., Ley 142 de 1994). En ellas pueden participar como socias otras empresas de servicios públicos, empresas que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, dependiendo de la oferta del bien o servicio en el mercado.29

En cuanto al capital de la empresa, éste puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.30 El capital de la empresa se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables.31 En las asambleas, los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.32 En todo caso, la empresa no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.33

La Ley no establece un monto de capital específico para la constitución de este tipo de empresas.34 Permite, además, que los socios definan libremente el capital que se suscribe,35 el monto que debe pagarse al momento de la suscripción y el plazo para el pago de la parte que queda pendiente.36 Para que el pago de los aportes se entienda cumplido, la suscripción del título deberá inscribirse en la oficina de registro de instrumentos públicos. No obstante lo anterior, las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho este registro.37

En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.38

En materia de emisión y colocación de acciones, la Ley 142 de 1994 no exige autorización administrativa previa de ninguna autoridad. Sin embargo, si se va a hacer oferta pública de tales acciones a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura, se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.39

En cuanto al ámbito territorial de operación, las empresas de servicios públicos "pueden

operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio." También pueden "desarrollar su objeto en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas."40

Con el fin de facilitar el control, inspección y vigilancia de las empresas de servicios públicos, las actas de sus asambleas se deben conservar y se enviará copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad publica que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.41

En cuanto a la disolución de estas empresas, la Ley 142 de 1994 restringe las causales a las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, y al evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.42 Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación.43

Adicionalmente, la Ley 142 de 1994 establece un régimen especial, menos riguroso, para las empresas de servicios públicos que cumplan su objeto exclusivamente en municipios menores y en zonas rurales.44 Ese régimen especial difiere del previsto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994 en los siguientes aspectos:

(i) Pueden constituirse por medio de documento privado, que debe cumplir con las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio,45 en lo pertinente. (Artículo 20.1, Ley 142 de 1994);

(ii) Pueden funcionar con dos o más socios. (Artículo 20.1, Ley 142 de 1994);

(iii) Los títulos representativos de capital que expidan podrán ser objeto de endoso en administración para celebrar respecto de ellos el contrato de depósito de valores, prescindiendo de si están o no inscritos en el Registro Nacional de Valores. (Artículo 20.2, inciso primero, Ley 142 de 1994);

(iv) Los alcaldes, personeros e inspectores de policía, por petición de los tenedores, deberán custodiar temporalmente los títulos representativos de capital y atender las instrucciones de los tenedores, para facilitar su depósito, en una sociedad administradora de depósitos centrales de valores. (Artículo 20.2, inciso segundo, Ley 142 de 1994);

(v) Los alcaldes, personeros e inspectores de policía tomarán las medidas que les permitan verificar la legitimidad, integridad y autenticidad de los valores que se les encomienden, y expedirán el correspondiente recibo de constancia, con copia para los tenedores y su archivo. (Artículo 20.2, inciso tercero, Ley 142 de 1994)

En ese sentido, tales "organizaciones autorizadas" pueden prestar servicios públicos en

condiciones menos exigentes cuando lo hagan en los municipios, áreas o zonas señaladas en el artículo acusado. Así, la norma puede ser leída como favorable en ese aspecto a tales organizaciones.

4.1.2. El régimen de las "organizaciones autorizadas" por la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos domiciliarios.

La referencia a "organizaciones autorizadas" que hace el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, está estrechamente vinculado con la permisión de prestar servicios públicos a las comunidades organizadas que consagra el artículo 365 Superior.

Si bien el artículo 365 de la Carta, al autorizar que las "comunidades organizadas" pudieran prestar directa o indirectamente servicios públicos, no estableció una forma jurídica específica bajo la cual éstos participarían, sí distinguió su actividad de aquella que pudieran prestar los particulares, como lo evidencia el que el artículo hable tanto de "comunidades organizadas" como de "particulares." Así lo entendió el Legislador en la Ley 142 de 1994, que al señalar que las "organizaciones autorizadas" podían participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios, las separó del régimen aplicable a las empresas de servicios públicos y de otras formas de organización, inspiradas principalmente por un interés empresarial. El desarrollo posterior de la Ley 142 de 1994 en materia de participación de las "organizaciones autorizadas" en la prestación de servicios públicos refleja la especificidad de este ánimo solidario. Lo anterior no significa que el concepto de "comunidades organizadas" sea asimilable al concepto de "organizaciones autorizadas" puesto que este último también puede comprender "particulares" que se organicen en una forma distinta a una empresa, en los términos que señale la ley.

No obstante, la Ley 142 de 1994 sólo se refiere a las "organizaciones autorizadas" para prestar servicios públicos domiciliarios en el artículo 15.4 –disposición parcialmente demandada en el presente proceso–, el cual limita el ámbito territorial de su participación a "municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas especificas," pero no define su naturaleza ni las condiciones que deben cumplir para la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Ninguna otra norma de dicha ley trata expresamente la materia.

La actividad de las "organizaciones autorizadas" que participen en la prestación de los servicios públicos se orienta al mejoramiento de la calidad de vida de sus asociados y de la comunidad en general, así como al logro de fines altruistas en favor de grupos marginados, o discriminados, sin que ello signifique que su objeto no pueda comprender que la prestación de los servicios públicos se lleve a cabo con eficiencia y calidad en beneficio también de los usuarios de los mismos.46

Una vez recordado el marco relevante, pasa la Corte a examinar el problema jurídico relativo a la violación del principio de igualdad, resumido en la siguiente pregunta: ¿Viola el derecho a la igualdad de las "organizaciones autorizadas" que el Legislador, al regular la prestación de los servicios domiciliarios, haya establecido un tratamiento diferenciado con base en (1) el tipo societario exigible a las organizaciones prestatarias de tales servicios y (2) el ámbito territorial de su participación restringido a los municipios menores en áreas o zonas rurales y en zonas urbanas específicas?

5. El derecho a la igualdad y la prestación de servicios públicos por personas jurídicas privadas

En los antecedentes de la presente sentencia, se recogió el debate entre el actor y los intervinientes acerca de la procedencia de aplicar un test de igualdad y, además, sobre la intensidad del mismo. El demandante solicita que dicho juicio corresponda a lo que la Corte ha denominado "test intermedio" de igualdad en el cual no basta que el medio sea "adecuado" para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, sino que se requiere que dicho medio sea "efectivamente conducente" para alcanzar los fines buscados y, además, que tales fines sean no sólo legítimos sino importantes dentro de un Estado social y democrático de derecho.

En primer lugar, es necesario anotar que lo que se ha llamado "test de igualdad", no es más que un método de análisis constitucional, que ha seguido la Corte Constitucional para examinar tratamientos distintos establecidos por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración. Este método de análisis hace explícitas las principales cuestiones que estudia la Corte para decidir cuándo un tratamiento diferente es incompatible con el principio de igualdad. Podría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad. Esta estructura analítica está compuesta por tres elementos.

El primero versa sobre la relevancia del principio de igualdad en un determinado caso. Cuando el legislador ha tratado de manera diferente situaciones que son claramente distintas, la Corte ha considerado que no procede efectuar un juicio de igualdad. Para determinar cuando dos situaciones sí son comparables y, por lo tanto, es pertinente realizar un juicio de igualdad, la Corte ha señalado criterios que integran el primer elemento del juicio de igualdad, a los cuales se hará referencia posteriormente. En el presente proceso, uno de los intervinientes sostiene precisamente que no procede hacer un juicio de igualdad dado que las "organizaciones autorizadas" no son comparables a las empresas de servicios públicos. La Corte no comparte este argumento, como se verá luego.

El segundo elemento de la estructura analítica del juicio de igualdad versa sobre la razonabilidad de la norma acusada a la luz del principio de igualdad. Para determinar si el trato diferencial establecido en una norma es razonable la Corte ha mirado, primero, cuáles son los fines buscados por tal diferencia; segundo, cuál fue el medio empleado por el legislador para alcanzarlos y, tercero, cuál es la relación entre este medio y dichos fines. Es claramente violatoria de la igualdad una norma que tiene un fin discriminatorio o persecutorio. Pero también lo es la norma que a pesar de estar encaminada a alcanzar fines compatibles con la Constitución, consagra medios que en sí mismos están prohibidos por el principio de igualdad, como una clasificación basada en la raza o el sexo. Inclusive, cuando tanto el medio elegido por el legislador como el fin que pretende alcanzar son ambos compatibles con la Constitución, la norma acusada puede resultar irrazonable cuando el trato diferente no guarda una relación suficiente con el fin que supuestamente justifica la diferenciación. En ese sentido, el juicio de igualdad exige del legislador cierta racionalidad

cuando trate de manera diferente situaciones o personas comparables.

El tercer elemento de esta estructura analítica versa sobre los criterios para determinar si la relación entre el trato diferente escogido por el legislador para alcanzar el fin buscado es jurídicamente suficiente o no lo es, así como sobre los parámetros para juzgar si el fin o los fines buscados justifican el trato diferente acusado de violar el principio de igualdad. Estos criterios o parámetros no son siempre los mismos. Generalmente la Corte analiza si el trato diferente es idóneo o adecuado para alcanzar un fin legítimo. No obstante, la Corte también ha indicado que en algunos casos esto no es suficiente para concluir que la norma acusada pasó el juicio de igualdad. Se requiere, además, que el trato diferente sea "efectivamente conducente" o, inclusive, "necesario" para alcanzar los fines buscados por la norma acusada. Además, la Corte también ha exigido que, en algunos casos por ella señalados, el fin mediante el cual se pretende justificar el trato diferente establecido en la norma, sea, además de legítimo, "importante" en un estado social y democrático de derecho o, inclusive, "imperioso". Cuando la Corte ha estimado que el trato diferente incide en principios constitucionales especialmente protegidos en un Estado social y democrático de derecho, ha señalado que el juicio de igualdad también comprende un análisis de proporcionalidad, stricto sensu, para evitar excesos resultantes del trato diferente. De tal manera que así el trato diferente adoptado por el legislador sea necesario para alcanzar un fin imperioso, la norma acusada es inconstitucional si afecta de manera desproporcionada otros principios constitucionales.

El criterio de análisis aplicable en cada caso conduce a que el juicio de igualdad sea más estricto. En el presente proceso, quienes defienden la norma acusada sostienen que la Corte no debe preguntarse si el tratamiento diferente es "efectivamente conducente" a alcanzar fines importantes en un Estado social y democrático de derecho, como lo pide expresamente el demandante, sino que concluya que como el tratamiento diferente no está expresamente prohibido y es adecuado para alcanzar fines legítimos, el principio de igualdad fue respetado por el legislador que en materias económicas dispone de un amplio margen de configuración.

La determinación clara y expresa de los parámetros a aplicar en el juicio de igualdad, que es objeto de controversia entre el demandante y los intervinientes en el presente proceso, tiene como finalidad garantizar el respeto del principio democrático, el principio de la seguridad jurídica así como de la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas.47 Por esa razón, esta Corporación ha reconocido que "a mayor libertad de configuración del legislador en una materia, más flexible debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, y a menor margen de configuración legislativa, en la medida que la Constitución restringe tal actuación, deberá ser más estricto el control de constitucionalidad." 48

Así, si la potestad de configuración del legislador fuera ilimitada –hipótesis inaceptable en un sistema democrático, que no admite poderes absolutos- no sería posible para el juez constitucional hacer un juicio de igualdad de la medida adoptada. Pero como toda ley debe respetar la Constitución, el juicio de igualdad no puede ser prima facie excluido. El juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador, dada la materia por él regulada, la forma en que la reguló y los grupos afectados, se reduzca. Por

eso, si la potestad de configuración es grande, el juicio de igualdad se concentra en examinar si la medida adoptada por el legislador es manifiestamente irrazonable. Cuando se trata de una potestad amplia, el juicio de igualdad se dirige a examinar si el fin es contrario a la Carta, si el trato diferente no ha sido prohibido por la Constitución y si éste resulta inadecuado o carente de relación racional con el fin que pretende alcanzar. Si la potestad de configuración del legislador es la ordinaria, el juicio de igualdad se orienta a considerar si el fin buscado es constitucionalmente importante en un Estado Social y democrático de derecho y si el trato diferente resulta efectivamente conducente para alcanzarlo. Finalmente, si se está ante una potestad de configuración legislativa reducida, con el juicio de igualdad se analiza si el fin que justifica el trato diferente es imperioso, si la diferencia de trato adoptada por el legislador es necesaria para alcanzar tal fin y si, además, no resulta desproporcionada, stricto sensu.

La determinación del grado de amplitud de la potestad de configuración del Legislador depende (i) de la materia regulada; (ii) de los principios constitucionales tocados por la forma en que dicha materia fue regulada; y (iii) de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente.

Con el fin de analizar en el presente proceso si las disposiciones acusadas desconocen el principio igualdad, la Corte, en primer lugar, precisará en qué consiste el tratamiento diferente cuestionado y su incidencia sobre las organizaciones solidarias. Posteriormente, la Corte determinará los criterios con que debe aplicarse el juicio de igualdad en el caso bajo estudio. En tercer lugar, analizará los fines invocados para justificar que el Legislador haya restringido la posibilidad de prestar servicios públicos domiciliarios a las organizaciones solidarias. En cuarto lugar, estudiará el tratamiento diferente escogido por el Legislador para alcanzar dichos fines y; finalmente, examinará la relación entre dicho medio y los fines buscados por el Legislador.

5.1. La participación de las “organizaciones autorizadas” en la prestación de servicios públicos domiciliarios fue restringida por el Legislador

Por lo anterior, mientras que en los municipios menores en zonas rurales o en zonas urbanas específicas las “organizaciones autorizadas” compiten con las empresas de servicios públicos—ya que para éstas empresas no existe la limitación territorial—, en los demás municipios y zonas urbanas, sólo pueden competir las empresas que estén constituidas como sociedades por acciones, de conformidad con lo que establece el artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Las pruebas enviadas por la Superintendencia de Servicios Públicos, confirman la limitación del ámbito territorial de operación de las “organizaciones autorizadas” que participan en la prestación de servicios públicos. Estas cifras indican que su participación se da principalmente en zonas rurales (891 “organizaciones autorizadas” prestan servicios en estas zonas) y en municipios menores (258 “organizaciones autorizadas” prestan servicios en estos municipios), mientras que su participación en zonas urbanas específicas se reduce a 37 zonas con estas características peculiares y su actividad está circunscrita a 4 departamentos de todo el país, quedando excluidas de las zonas de mayor concentración poblacional y con niveles de desarrollo y prosperidad superiores a los de las zonas donde actualmente operan estas organizaciones.

Las cifras también muestran que la participación de estas organizaciones se presenta principalmente en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo (1201 “organizaciones autorizadas” participan en la prestación de estos servicios), con alguna participación para los servicios de energía y gas natural donde participan 83 organizaciones, mientras que en los servicios domiciliarios del área de telecomunicaciones no hay “organizaciones autorizadas” participando.

El demandante afirma que esa exclusión surge de dos razones (i) porque se exige a las “organizaciones autorizadas” convertirse en sociedades por acciones y (ii) porque éstas sólo pueden prestar servicios públicos en municipios menores, en zonas rurales y en zonas urbanas específicas clasificadas en los estratos 1 y 2.49 Un interviniente sostiene que esa diferencia en realidad obedece a que las empresas no son comparables a las “organizaciones autorizadas” y, por lo tanto, no es procedente hacer un juicio de igualdad entre categorías que son tan distintas. La Corte no comparte la sugerencia del interviniente.

Tal como lo ha señalado esta Corporación, el concepto de igualdad es relacional y siempre presupone una comparación entre personas o grupos de personas. La jurisprudencia constitucional se ha remitido en esta materia a la clásica formulación de Aristóteles según la cual debe tratarse igual a los iguales y en forma desigual a los desiguales. Pero, ¿iguales o diferentes respecto de qué? Como en abstracto todos somos personas iguales y en concreto todos somos individuos diferentes, es preciso identificar un parámetro para valorar semejanzas relevantes y descartar diferencias irrelevantes. Esto porque no todo criterio para diferenciar entre personas o grupos de personas para efectos de otorgarles diverso tratamiento es constitucional. Así, la propia Constitución prohíbe, incluso al legislador, discriminar por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica con respecto al reconocimiento y protección de derechos, libertades y oportunidades (art. 13 inciso 1º C.P.).

Por lo anterior, antes de proceder al juicio de igualdad, es preciso determinar cuáles son los criterios de comparación y los grupos que pueden ser comparados con base en ellos, a fin de examinar si en el caso bajo estudio existe un tratamiento discriminatorio.

5.2. La identificación de los criterios de comparación y la determinación de los grupos o situaciones comparables

Este paso inicial es necesario para determinar si los dos grupos son diferentes y, por lo tanto, al trato diferente que a ellos les dio el legislador, se hace innecesaria la aplicación del juicio de igualdad, porque el principio de igualdad no exige tratar igual a los diferentes, como lo ha dicho la Corte reiteradamente.

La identificación del criterio de comparación50 sirve para examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.

Una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y

es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines. Los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, se refieren a los casos en que la ley no incluye a todas las personas colocadas en similar situación a la luz del fin buscado (infra-inclusiva) – p.ej. garantiza la educación gratuita a los niños de baja estatura y no a los de alta estatura –, incluye personas colocadas en situación diferente a la luz del fin buscado (sobre-inclusiva) – p.ej. garantiza la educación gratuita a niños de padres adinerados – o, al mismo tiempo, excluye a unas colocadas en situación similar e incluye a otras no colocadas en situación semejante (sobre-inclusiva e infra-inclusiva) – p.ej. garantiza la educación gratuita a todos los niños de baja estatura sean ricos o pobres y no a los altos –.

En los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, el control ejercido por el juez constitucional reconoce que no es posible exigir al legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio. Esto porque en una democracia donde se respeta el principio de separación de las ramas del poder público debe haber una distribución de funciones y un sistema de controles que permitan a la vez el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, así como el respeto y la realización de principios, derechos y valores materiales. En este marco el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio.

La Corte estima que las personas que constituyen empresas y las personas que se organizan con un ánimo diferente al empresarial lucrativo sí son comparables, dados los objetivos de la ley de servicios públicos domiciliarios. Ambos grupos de personas desean prestar tales servicios, hacerlo con miras al logro de los fines sociales del Estado y prestarlos dentro del respeto a las leyes establecidas para asegurar la calidad y la eficiencia del servicio público domiciliario correspondiente. De ahí que la propia ley incluya dentro de la enumeración de quienes pueden prestar servicios públicos tanto a las ESP como a otras personas dentro de las cuales se encuentran las “organizaciones autorizadas”. También son comparables las “organizaciones autorizadas” ubicadas en zonas donde les está permitido prestar servicios públicos domiciliarios y las “organizaciones autorizadas” que se encuentran en zonas donde esto no les está permitido, puesto que ambas se enmarcan dentro de los mismos fines de la ley de servicios públicos domiciliarios.

Además, la Corte constata que en el caso presente el problema relativo al principio de igualdad se refiere tanto a la igualdad de derechos, como a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato legislativo. En cuanto a la igualdad de derechos, el demandante señala que las medidas cuestionadas limitan arbitrariamente a las “organizaciones autorizadas” el ejercicio de sus derechos de libre asociación, libre competencia y participación democrática. En relación con la igualdad de oportunidades, el actor cuestiona que las medidas demandadas conducen al cierre de espacios para el ejercicio de los derechos de las “organizaciones autorizadas” y a la creación de ventajas de mercado a favor de las sociedades por acciones. Y, finalmente, se refiere a la igualdad de trato, porque las medidas demandadas establecen un tratamiento diferente dependiendo del ámbito territorial de prestación del servicio público domiciliario. Todas estas limitaciones se enmarcan dentro del cumplimiento de los fines de la ley que fijó el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

En el caso bajo estudio, las objeciones del actor se refieren a dos criterios de diferenciación específicos, expresamente señalados en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994 acusados que tienen que ver precisamente con las condiciones de prestación de tales servicios. Estos dos criterios son: (1) el tipo de persona jurídica que puede prestar un servicio público domiciliario; y (2) el ámbito territorial donde se presta el servicio público domiciliario.

Con base en el primer criterio – "tipo de persona jurídica," – la Ley 142 de 1994, establece tratamientos diferentes para distintas personas jurídicas, con el fin de garantizar la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, la ampliación de su cobertura, y la efectividad de los mecanismos de control, inspección y vigilancia. Como se analizó en la sección 4 de esta sentencia, el régimen de las entidades prestadoras de servicios públicos permite la prestación de servicios públicos a través de diferentes formas asociativas, que se rigen por reglas específicas, todas ellas dentro del marco diseñado para alcanzar los fines comunes que se trazó el legislador.

En cuanto al segundo criterio – "ámbito territorial de participación" -, su utilización también responde a los fines de garantizar la continuidad de su prestación y la ampliación de la cobertura, así como facilitar la inspección, vigilancia y control sobre las entidades prestadoras. Con base en este criterio, es posible identificar dos grupos comparables respecto de las finalidades que la ley pretende alcanzar. Por un lado, están las "organizaciones autorizadas" que participan en la prestación de servicios públicos domiciliarios en municipios menores, en zonas rurales y en zonas urbanas específicas y, por el otro, las "organizaciones autorizadas" a quienes se les impide operar en los demás municipios y zonas urbanas del país. Además, respecto de las ESP no se establece esta diferencia.

Una vez definido que estos grupos sí son comparables, pasa la Corte a examinar si el trato diferente al que son sometidos resulta conforme al principio de igualdad.

5.3. La diferenciación de tratamiento con base en el tipo de organización exigido para la prestación de los servicios públicos domiciliarios

El demandante cuestiona la constitucionalidad de exigir un tipo societario específico para la prestación de servicios públicos domiciliarios, por considerar que establece una exclusión de las "organizaciones autorizadas". Los distintos intervinientes defienden la exequibilidad de esta medida, dada la amplia potestad de configuración con que cuenta el legislador en la materia y por la necesidad de garantizar los fines sociales del Estado, en este caso un beneficio directo de los usuarios de los servicios públicos. En ese sentido, señalan que la definición de los distintos tipos de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios es un medio idóneo para garantizar la eficiencia y continuidad de su prestación, la ampliación de su cobertura y para facilitar la vigilancia, inspección y control sobre las entidades prestadoras de tales servicios.

Examinado el contenido del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, constata la Corte que, contrario a lo que afirma el actor, el Legislador no estableció un único tipo societario para la prestación de servicios públicos domiciliarios. En efecto, el artículo 15 de la Ley se refiere a 6 tipos distintos de prestadoras de servicios públicos: 1) Las empresas de servicios públicos ya

sea que se trate de empresas oficiales, mixtas o privadas; 2) Los “productores marginales, independientes o para uso particular; 3) Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos; 4) Las “organizaciones autorizadas” para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas –asunto cuestionado en el presente proceso; 5) Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; y 6) Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estaban prestando cualquiera de los servicios públicos a los que ella se refiere.

El artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994 no estableció un tipo único para la prestación de los servicios públicos, sino que tuvo en cuenta que la Constitución prevé que tanto el Estado, como las comunidades organizadas y los particulares, pueden prestar servicios públicos (Artículo 365, CP). Igualmente, orientó el ejercicio de su potestad según los fines constitucionales que persigue la regulación de los servicios públicos, a saber: garantizar la eficiencia y continuidad en su prestación, ampliar su cobertura, permitir la participación democrática, y facilitar la vigilancia y el control estatales sobre las prestadoras de estos servicios. En tercer lugar, consideró las circunstancias históricas, sociales, geográficas, económicas y administrativas que resultaban relevantes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y de conformidad con ellas, estableció un conjunto de alternativas para la organización de las entidades prestatarias, dentro de las cuales incluyó a las “organizaciones autorizadas”. De tal manera que el fin de la norma acusada es legítimo y el medio para alcanzarlo es adecuado a dicho fin, sin que la Constitución exija en esta materia de definición de tipos societarios y forma de organización un análisis más estricto, como lo ha dicho reiteradamente la Corte.51

No obstante lo anterior, en el presente proceso, el demandante afirma que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 exigiría a las “organizaciones autorizadas” transformarse en sociedades por acciones. Los distintos intervinientes afirman que tal exigencia sería constitucional, dado el margen de configuración del Legislador. Agregan, además, que la exigencia de adoptar la forma de sociedades por acciones no resulta excesivamente onerosa para este tipo de organizaciones, pues no se les exige un capital mínimo para funcionar. En estas materias donde el legislador tiene un amplio margen de configuración la Corte ha dicho que “se impone el criterio de la inconstitucionalidad manifiesta”. No obstante, dado que el tipo societario exigido podría afectar a grupos marginados sin acceso a los procesos decisorios relevantes, la Corte analizará si el fin buscado es legítimo y si el medio para alcanzarlo es adecuado.

En cuanto al fin, ya se resaltó que hay varios objetivos legítimos que animaron al legislador a definir las empresas de servicios públicos como “sociedades por acciones”. Entre éstos se destacan el de asegurar que estas empresas reúnan las condiciones suficientes para prestar un servicio de calidad en forma eficiente, así como facilitar la inspección y vigilancia sobre tales empresas.

En cuanto a la relación entre el medio y el fin, se aprecia que la exigencia de que las empresas de servicios públicos sean sociedades por acciones es idóneo para alcanzar tales fines. En efecto, estos tipos societarios son los que más se adecuan a la inversión de capital,

a la organización de una estructura administrativa y a la incorporación de equipos y tecnologías suficientes para prestar servicios públicos domiciliarios donde la demanda es elevada y las condiciones de prestación del servicio deben obedecer a exigencias propias de esta demanda. Además, el carácter abierto y transparente de las sociedades anónimas, facilita el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia sobre ellas. No obstante, la constatación de que el medio empleado por el legislador es adecuado para alcanzar estos fines, no significa que éste también es una garantía de que tales objetivos siempre se lograrán en la practica. El que la medida sea adecuada no quiere decir que sea suficiente ni mucho menos óptima. El que existan otros caminos para llegar a estas metas, no implica que el medio escogido por el legislador sea discriminatorio.

Adicionalmente, la Corte no comparte el criterio del demandante ni de los distintos intervinientes, en el sentido de entender que el artículo 17 de la Ley 142 pueda ser fundamento para obligar a las "organizaciones autorizadas" a transformarse en empresas de servicios públicos bajo la forma de sociedades por acciones. Una lectura sistemática de la Ley 142 de 1994, permite concluir que el artículo 17 regula sólo una de las formas bajo las cuales se pueden prestar servicios públicos domiciliarios, pero no incluye dentro de tal regulación ni a los municipios, ni a las entidades descentralizadas que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, ni mucho menos a "las organizaciones autorizadas".

Por estas razones, tampoco es violatorio de la libertad de asociación definir las características de los tipos societarios. Ello no obliga a nadie a asociarse bajo dicha forma societaria ni impide que nadie lo haga.

Sin embargo, subsiste la cuestión de si las "organizaciones autorizadas" pueden ser excluidas de prestar servicios públicos domiciliarios en lugares diferentes a los indicados en el artículo 15 numeral 15.4.

5.4. La diferenciación de tratamiento con base en el ámbito territorial dentro del cual pueden participar las organizaciones solidarias

Pasa la Corte a examinar el segundo criterio de diferenciación establecido por el Legislador: el ámbito territorial dentro del cual pueden participar las organizaciones solidarias.

5.4.1. La determinación de la intensidad del juicio de igualdad que debe aplicarse frente a medidas directamente restrictivas de los derechos de grupos marginados

Resalta el demandante, que a pesar de que según el inciso segundo del artículo 13 de la Carta, el Estado está obligado a tomar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, la Ley 142 de 1994 y sus normas reglamentarias establecen una medida claramente restrictiva de los derechos de "organizaciones autorizadas" que agrupan sectores tradicionalmente marginados. Por esta razón, sostiene, para examinar la constitucionalidad de las normas cuestionada lo que corresponde es un juicio de igualdad llamado por la jurisprudencia de intensidad intermedia.

Por su parte, varios de los intervinientes afirman que la regulación de los servicios públicos y de la libertad económica es una de las materias en las que el Legislador goza de una amplia

potestad de configuración, por lo cual lo que procede es un juicio de igualdad de intensidad llamado por la jurisprudencia leve o flexible.

Tal como se señaló anteriormente, el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que se aplica el juicio de igualdad a una medida legislativa, es preservar el principio democrático (Artículo 1, CP), así como los principios de separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (Artículo 113 inciso 2, CP) y el de primacía de los derechos inalienables de la persona (Artículo 5, CP). Estos principios deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en cada caso concreto de forma que al examinar posibles violaciones al derecho a la igualdad se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional.52

En el caso bajo estudio, es necesario ponderar varios aspectos, a saber: 1) el asunto de que trata la regulación: un asunto económico relacionado con la prestación de servicios públicos; 2) el tipo de derechos limitados por la regulación acusada: la libre competencia; 3) la naturaleza del grupo afectado con la medida: "organizaciones autorizadas" dentro sectores marginados.

En materia de regulación de asuntos económicos, la Corte ha dicho que este es un criterio que propende por la procedencia de un juicio de igualdad llamado por la jurisprudencia leve o flexible porque se trata del examen de constitucionalidad de materias cuya regulación se encuentra librada al principio democrático.53 No obstante, dado que en el caso en estudio se trata del establecimiento de condiciones para la prestación de servicios públicos domiciliarios, cuya regulación está sujeta al logro de fines constitucionales específicos trascendentales dentro de un Estado Social y democrático de derecho, así como a los principios de universalidad, solidaridad y eficacia, el ejercicio de tal potestad de configuración no es tan amplia como lo sugieren los intervinientes. Además, la norma en cuestión no solo regula el ejercicio de una actividad económica sino que excluye de dicha actividad a unas personas en razón de un criterio de orden territorial. Dicha exclusión, al tenor de la ley, es absoluta para las llamadas "organizaciones autorizadas".

Por otra parte, ha establecido esta Corporación que ciertos factores conducen a aplicar a un juicio de igualdad más riguroso. "Conforme a esa evolución jurisprudencial,54 el escrutinio judicial debe ser más intenso al menos en los siguientes casos: de un lado, cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la Carta indica que todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades (CP Artículo 13). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías (CP Artículo 13). En tercer término, cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP, Artículo 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada. Y, finalmente, cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado (CP, Artículo 13)."55 Estos factores de análisis no tienen que ser concurrentes. Cada uno es considerado y ponderado separadamente caso por caso.

En el caso bajo estudio, no se está ante la utilización de criterios prohibidos, como la raza, sino frente al establecimiento de una limitación de derechos con base en un criterio prima facie neutro: el tipo de zona o área donde se prestará el servicio público domiciliario. Adicionalmente, tampoco se ha restringido el ejercicio de un derecho fundamental sino de la libertad de empresa en materia de servicios públicos, por lo cual no concurre otro de los elementos que justificarían la aplicación del juicio de igualdad a partir de los parámetros más estrictos.56 Sin embargo, dada la importancia que le otorga la Constitución a la participación de las comunidades organizadas en la prestación de los servicios públicos (Artículo 365 Superior) y habida cuenta de que la medida acusada supone la exclusión de sectores marginados de la posibilidad de competir en tanto "organizaciones organizadas", estos elementos señalan la necesidad de aplicar un juicio de mayor intensidad.

En el mismo sentido apunta la constatación de que cuando se trata de medidas que afectan los derechos de grupos tradicionalmente marginados, el Estado está obligado a tomar medidas a su favor,57 ya que la Carta exige que "[se promuevan] las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y [se adopten] medidas en favor de grupos discriminados o marginados." (Artículo 13 CP).

En el caso bajo estudio, el demandante alega que las disposiciones cuestionadas afectan los derechos de grupos tradicionalmente marginados, en particular a las "organizaciones autorizadas" que reúnen a recicladores y a población desplazada para la prestación del servicio de aseo y saneamiento básico.

Aun cuando la Constitución no define qué debe entenderse por "grupo marginado o discriminado" (Artículo 13, inciso 2, CP), la jurisprudencia de esta Corporación ha tutelado los derechos de personas pertenecientes a grupos marginados o discriminados, y a partir de estos fallos es posible identificar criterios para determinar cuándo se está ante estos grupos. Así, por ejemplo, ha protegido los derechos de minusválidos;58 de personas afectadas por enfermedades que causan discriminación, como la lepra o el VIH/SIDA;59 de sectores marginados por razón de su condición de pobreza extrema;60 de personas de la tercera edad, y de otros grupos en condiciones de debilidad manifiesta.61

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, y tan solo a manera de ejemplo, un grupo marginado puede estar compuesto por (i) personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta;62 (ii) personas que en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales;63 (iii) diminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incomprensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento;64 (iv) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana;65 o (v) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan.66 Así, el concepto de grupo marginado es más amplio que el de grupo discriminado. Comprende no solo a personas que han sido colocadas en una situación de desventaja por decisiones estatales, políticas públicas o prejuicios sociales, sino además a quienes dadas las condiciones reales en que viven, sin importar la causa, están en una situación de exclusión social, no se han incorporado a las

actividades económicas acudiendo a las formas ordinarias para ello o están en la imposibilidad material de acceder a los beneficios de una sociedad organizada.

En el caso bajo estudio, la referencia a “organizaciones autorizadas” que trae la Ley 142 de 1994 en su artículo 15.4, no permite concluir, prima facie, que bajo esta forma de organización se agrupen personas tradicionalmente marginadas. No obstante, en la práctica constituyen la principal alternativa a través de la cual sectores de la población tradicionalmente marginados 67 y “organizaciones autorizadas”, pueden participar en la prestación de servicios públicos. Es a través de este tipo de organizaciones que estos sectores pueden superar las condiciones de marginación y participar activa y efectivamente en la vida económica y social del país. Por ello, una medida que les restrinja la posibilidad de competir en el mercado, constituye una barrera de entrada que perpetúa su condición de marginación. Tal como lo reconoce uno de los intervinientes, la medida tiene como finalidad reconocer una situación práctica, “que no en todas las zonas del país habrá interés de los particulares en prestar los servicios públicos porque no existe el mercado suficiente para prestarlos.” Así, cuando el mercado no es atractivo, se permite que las “organizaciones autorizadas” presten los servicios que las empresas no están dispuestas a prestar. Es decir, que la medida estaría justificada para que en aquellas zonas donde no es lucrativo la prestación de servicios públicos, puedan participar las “organizaciones autorizadas”, pero en donde el mercado resulta atractivo, solo quienes persigan un ánimo de lucro tendrían el privilegio de entrar. Los datos estadísticos enviados por la Superintendencia de Servicios Públicos dentro de este proceso, evidencian esta situación. La participación de las “organizaciones autorizadas” para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, está concentrada en municipios menores y áreas rurales (1149 de las 1201 “organizaciones autorizadas” que participan en la prestación de este servicio están concentradas en estas zonas), mientras que hay solo 37 “organizaciones autorizadas” prestando estos servicios en zonas urbanas específicas las cuales, además, corresponden a los estratos más bajos, los estratos 1 y 2. En el resto del país, compiten sin limitación en el ámbito territorial, las empresas de servicios públicos.

Por lo anterior, dado el impacto directo y gravoso que la medida cuestionada tiene sobre grupos marginados y habida cuenta de la importancia de la participación como principio orientador de toda la Constitución, en esta oportunidad, la Corte no aplicará un juicio de igualdad leve o flexible, como lo solicitan los intervinientes sino un juicio más severo, como lo solicita expresamente el demandante.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación antes citada, en el juicio de igualdad aplicable cuando el legislador dispone de un margen de configuración ordinario, se requiere (1) que el fin o los fines no sólo sean legítimos sino también constitucionalmente importantes, en razón de que promueven intereses públicos valorados por la Carta o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver; (2) que el medio sea legítimo; y (3) que el trato diferente sea no sólo adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin o los fines buscados por la norma sometida a control judicial.

Pasa la Corte a aplicar el método propuesto al caso bajo estudio.

5.4.2. El logro de la eficiencia, la garantía de continuidad y la ampliación de la cobertura

de los servicios públicos domiciliarios, así como facilitar la inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de tales servicios, son fines legítimos e importantes

Como ya se anotó, la eficiencia, la continuidad y la universalidad de la cobertura de los servicios públicos son fines legítimos y, además, constitucionalmente importantes para el logro del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. En efecto, tal como lo establece el artículo 365 Superior, el Estado debe asegurar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente en todo el territorio nacional. Por su parte, el artículo 367 constitucional, junto con el artículo 365, resaltan el deber del Estado de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Igualmente, de conformidad con el artículo 366 de la Carta, la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento básico y de agua potable es un objetivo fundamental de la actividad del Estado, y está orientado a la consecución de los fines sociales del Estado. Y por ello, tal como lo consagra el artículo 365, inciso 2 de la Carta, "el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios," ya sea que sean prestados "directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares."

Así lo reconocen tanto el demandante como los intervinientes, quienes destacan la importancia de estos fines, y la forma como la regulación de los servicios públicos debe estar orientada al cumplimiento de los mismos. Coinciden en que las medidas que adopte el legislador al regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios, deben garantizar su prestación eficiente, su cobertura en todo el territorio nacional, aún en zonas alejadas o marginadas y la continuidad del servicio. Igualmente reconocen la importancia de asegurar que las funciones de control, inspección y vigilancia en la prestación puedan ser llevadas a cabo.

Si bien los fines que persiguen las disposiciones de la Ley 142 de 1994 acusadas, son en efecto legítimos e importantes, el demandante cuestiona el medio empleado por el legislador, pues considera que no garantiza ni la eficiencia de la prestación ni su continuidad.

Por ello, pasa la Corte a examinar si el medio escogido por el legislador es legítimo y, posteriormente, si es efectivamente conducente para lograr los fines perseguidos.

5.4.3. La determinación de la zona o área en la que se va a prestar el servicio público es un medio legítimo, no prohibido por la Constitución

En esa medida, podía el legislador legítimamente fijar condiciones especiales para asegurar que en zonas marginadas y municipios menores la prestación de los servicios públicos estuviera sometida a un régimen menos oneroso, que a la vez que asegurara la eficiencia, continuidad y cobertura adecuada de los servicios públicos, facilitara su fiscalización y control. Además, la delimitación de zonas de prestación de servicios públicos domiciliarios, a partir de criterios como "municipios menores", áreas "rurales" y zonas urbanas específicas, pone de presente que el legislador acudió a parámetros no prohibidos por el artículo 13 de la Constitución, y, por lo tanto, legítimos.

No obstante lo anterior, si bien era posible que el Legislador fijara condiciones particulares

que atendieran las necesidades de los municipios y zonas más pobres del territorio nacional, fue más allá de fijar un régimen especial teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas de los distintos municipios, y estableció una restricción para la prestación de servicios públicos por quienes no estuvieran organizados como sociedades por acciones. La Corte pasa a examinar si ésta medida resulta efectivamente conducente para el logro de los fines propuestos.

5.4.4. Restringir la posibilidad de participación de las "organizaciones autorizadas" a un ámbito territorial específico no es un medio efectivamente conducente para lograr los fines propuestos

Según el demandante, la limitación del ámbito territorial en el cual pueden participar las "organizaciones autorizadas" en la prestación de servicios públicos, constituye una medida que no resulta efectivamente conducente para asegurar ni su eficiencia ni su continuidad, pues la naturaleza de la empresa prestadora no tiene como consecuencia necesaria una prestación eficiente. Como sustento de su afirmación cita casos exitosos de "organizaciones autorizadas" que prestan el servicio de aseo, así como ejemplos de fracaso en la prestación de servicios públicos a cargo de sociedades por acciones. Por su parte los intervinientes señalan que no se trata de una medida discriminatoria, sino de un medio adecuado para asegurar la calidad en la prestación y la continuidad del servicio en municipios rurales y en zonas marginadas.

Observa la Corte que si bien el legislador puede legítimamente regular las condiciones para la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las condiciones geográficas, sociales, económicas y tecnológicas requeridas, la restricción del ámbito territorial para la participación de "organizaciones autorizadas" no resulta efectivamente conducente para tales fines.

En efecto, si una organización solidaria puede prestar eficientemente servicios públicos en municipios menores, en zonas rurales o en zonas urbanas específicas donde, como lo afirma alguno de los intervinientes, el control del Estado es más débil, no parece razonable que a esas mismas organizaciones se les impida, a priori, participar en la prestación de servicios públicos en municipios con condiciones diferentes a las indicadas en el artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994.

La norma acusada es efectivamente conducente al fin de ampliar la cobertura de los servicios públicos facilitando que "organizaciones autorizadas" presenten tales servicios en zonas o áreas donde probablemente no llegarían otros prestadores de estos servicios. Por eso, no procede declarar su inexequibilidad.

Sin embargo, la restricción no es efectivamente conducente para alcanzar otros fines importantes. Así, la calidad de un servicio y la eficiencia en su prestación no se asegura creando barreras de entrada infranqueables para las "organizaciones autorizadas". Al contrario, dentro de la visión que inspiró a la Ley 142 de 1994 esta calidad y eficiencia se logra cuando se dan condiciones que permiten confiar la prestación del servicio a la mejor propuesta dentro de la mayor diversidad de ofertas. Adicionalmente, excluir de manera absoluta con un criterio de orden territorial a las "organizaciones autorizadas" podría llegar a ser contraproducente para el logro de los fines mencionados cuando tales organizaciones

estén en capacidad de prestar el servicio en mejores condiciones de calidad y eficiencia o de relación entre la calidad y el costo. Esto nunca se podrá realmente saber si a tales "organizaciones autorizadas" se les niega la posibilidad de competir con otros prestadores de servicios públicos en municipios que no sean menores, en zonas urbanas o en áreas de ciudades que no pertenezcan a los estratos 1 y 2.

Esto conduce a la Corte a condicionar la exequibilidad del numeral 15.4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 parcialmente acusado a que tales organizaciones también podrán competir en otras zonas y áreas, es decir, en cualquier lugar del territorio nacional. No le corresponde a la Corte indicar las condiciones en que éstas podrán participar en dicha competencia puesto que la fijación del régimen de la prestación de los servicios públicos ha sido atribuida al legislador y es éste, por lo tanto, el que señala las condiciones en que pueden hacerlo. Éstas deben respetar el mandato constitucional según el cual el Estado, no solo el legislador, promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13, inciso 2, C.P.), sin que ello implique desconocer los otros parámetros constitucionales que protegen los derechos de los usuarios de los servicios públicos y garantizan el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

IX. DECISION

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "en municipios menores, en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas especificas" contenida en el numeral 15.4, del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 en el entendido de que tales organizaciones también podrán competir en otras zonas y áreas siempre que cumplan las condiciones establecidas en la ley.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "son sociedades por acciones" contenida en el inciso primero del artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-741/03

DERECHO A LA IGUALDAD-Prestación de servicios públicos por personas jurídicas privadas (Aclaración de voto)

IGUALDAD-Conceptos descriptivos/IGUALDAD-Características personales (Aclaración de voto)

IGUALDAD DE TRATAMIENTO (Aclaración de voto)

REGLAS DE DISTRIBUCION IGUALITARIAS E IGUALDAD DE TRATAMIENTO-Diferencias (Aclaración de voto)

IGUALDAD-Reglas de distribución (Aclaración de voto)

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-Finalidad (Aclaración de voto)

IGUALDAD Y CAPACIDAD JURIDICA-Límites (Aclaración de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Utilización reglas de distribución de igualdad (Aclaración de voto)

IGUALDAD FORMAL O ANTE LA LEY-Privilegios y discriminaciones (Aclaración de voto)

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Trato desigual requiere justificación (Aclaración de voto)

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Igualdad formal y material (Aclaración de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Guarda de la supremacía e integridad de la Constitución (Aclaración de voto)

CONSTITUCIONALIDAD EN NORMA ACUSADA-Aplicación de intensidad del test (Aclaración de voto)

TEST LEVE DE RAZONABILIDAD EN MATERIA ECONOMICA-Trascendencia jurídico constitucional (Aclaración de voto)

INTENSIDAD DEL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD-Clasificación de casos (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Confrontación con normas inferiores (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD-Límite legislativo (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD-Fuente de las denominadas “lagunas axiológicas” (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación test de razonabilidad del criterio de igualación (Aclaración de voto)

TEST DE RAZONABILIDAD DEL CRITERIO DE IGUALACION-Aplicación a todos los derechos fundamentales/TEST DE RAZONABILIDAD DEL CRITERIO DE IGUALACION-Límites (Aclaración de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Exigencia de máxima realización posible o prohibición de protección deficiente (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-4405

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial) y 17 (parcial) de la Ley 142 de 1994.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito aclarar el voto sobre algunos de los aspectos motivos de la sentencia.

I. En la página 40 en el pie de página número 18, debo manifestar que en la sentencia C-617 de 2002 salve el voto.

II. Numeral 5º de las consideraciones y fundamentos intitulado El derecho a la igualdad y la prestación de servicios públicos por personas jurídicas privadas.

1. La igualdad puede predicarse de características personales; de la distribución hecha entre dos personas o grupos de personas; o de las normas que señalan como se hacen esas distribuciones.

1.a. Igualdad de características personales. La igualdad o desigualdad de características personales, son conceptos descriptivos, por ejemplo, cuando yo digo que una persona tiene la misma estatura, edad, ingreso y raza que otra, esas características se pueden comprobar empíricamente y por lo mismo no son normativas y constituyen verdaderos juicios de valor caracterizantes.

1.b. Igualdad de tratamiento. Si esas mismas dos personas son tratadas por una tercera, de igual manera, es también un concepto descriptivo; por ejemplo, si a una persona se le impone una misma carga o un mismo beneficio que a otra, decimos que son tratadas iguales por un tercero.

1.c. Reglas de distribución igualitarias. El tema de igualdad de tratamiento es diverso al del carácter igualitario de la regla misma; pues, en el primer caso en realidad se esta mirando cómo se aplica la regla y lo que ahora preguntamos es si la regla misma es igualitaria o no con prescindencia de su consideración de valor o normativa.

No sobra recordar que la regla de distribución tiene la siguiente formulación general: Cualquier gravamen o beneficio debe distribuirse o negarse a una persona si tiene o no cierta característica específica, por ejemplo, su capacidad económica, su edad, etc..

2. Algunas reglas de distribución. Con el fin de lograr la igualdad se han esbozado diversas reglas de distribución:

2.a. Partes iguales para todos. Un sistema jurídico o moral es igualitario si todos los cargos o beneficios se distribuyen en partes iguales a todos. Como dijera Aristóteles en la Política (1301 b): “Ser tratado de una manera igual o idéntica en el número y cantidad de las cosas que se reciben”, es la denominada igualdad numérica.

Una aplicación practica de este criterio, es la que se hace cuando decimos que a todas las personas se les debe reconocer los mismos derechos fundamentales.

2.b. Partes iguales a los iguales. Es la regla consagrada por Aristóteles en su ética a Nicomaco (1131 a): “Cuando los iguales tienen partes desiguales o los no iguales tienen partes iguales”. De esta expresión se deducen dos reglas: a) se debe dar igual a los iguales y b) desigual a los desiguales. Esta segunda regla sin embargo plantea otro problema; si el objetivo es lograr la igualdad, en qué proporción desigual le damos a los desiguales? y la respuesta no puede ser otra que en la misma proporción de la desigualdad. Matemáticamente podemos expresar el concepto así: Si A tiene 2 y B tiene 5 y a B le damos adicionalmente 1 o sea 5+1=6, tendríamos que darle a A 4 adicionales para hacerlo igual a B

o sea 2+4=6, A=2+4=6, con el fin de hacer iguales a A y a B. Otra manera de lograr la igualdad de los desiguales sería quitándole al que tiene más y dándosele al que tiene menos, por ejemplo: Si A tiene 6 y B tiene 2 a A le quitamos 2 y se los damos a B; esta podría expresarse así: A=6-2=4, B que tenía 2 le doy los 2 que le quito a A y queda también con 4.

2.c. Partes iguales a un grupo relativamente grande. Esta regla de distribución lo que quiere significar es que cuando se distribuyen beneficios, es más igualitaria la distribución cuanto mayor es la cantidad de personas que lo recibe, si se compara con el número de personas excluidas. De igual manera la norma que establece gravámenes es considerada más igualitaria cuando mayor es el número de personas a las que se les impone.

2.d. Igualdad según los méritos. Otra regla de distribución señalada por Aristóteles en la Política (1.301 a) y que se puede expresar de la siguiente forma: Las personas que tienen iguales méritos merecen partes iguales. Quien tiene más méritos debe tener una parte mayor y quien tiene menos una parte menor.

Esta regla de igualdad no deja de tener problemas, ya que si bien el valor de la cosa dada puede ser medido y objetivamente comprobado y también algunas características de las personas como la edad, la raza, etc.; el valor de la persona que recibe es subjetivo y no es susceptible de comprobación objetiva. Decir que una persona tiene doble mérito que otra (entendido como mayor valor moral), no es más que un subjetivo juicio de valor que hacemos sobre unas personas. Hay que resaltar aquí a diferencia entre la filosofía estoica que consagró la igualdad de mérito o dignidad de todas las personas, por oposición a la Aristotélica – Platónica que consideraba que los hombres tenían un mérito o valor desigual.

Instituciones como la carrera administrativa, judicial, militar, etc. no son más que aplicaciones de las reglas de la igualdad con base en los méritos o el principio laboral de salario igual a trabajo igual, no es más que concreción de esta regla de distribución.

2.e. Regla de distribución. A cada una según sus actos. Esta regla busca medir los actos realizados por cada uno y se usa frecuentemente para determinar el resarcimiento de los daños ocasionados o la retribución del trabajo. Este principio de igualdad a veces se transforma en principio de proporcionalidad entre los actos realizados y el resarcimiento o retribución recibida; por ejemplo, el principio de igualdad de la Biblia, ojo por ojo diente por diente, puede mutarse para el proporcional, cuando la pérdida del ojo se resarce con una adecuada suma de dinero.

Una regla de distribución sólo es igualitaria o no, si se le mira en relación con la distribución anterior a ella. Sólo es igualitaria si se le relaciona con la distribución anterior, pues si deja intactas las desigualdades de cargas o beneficios anteriores o los aumenta no es igualitaria y sólo lo será si reduce las diferencias o las elimina.

2.f. Igualdad de oportunidades. Dos personas sólo tienen igual oportunidad de ganar en una competencia si parten del mismo lugar, si Y se encuentra detrás de Z debe desplazarse hasta donde se encuentra Z para tener la misma oportunidad que Z, de vencer. La igualdad de oportunidades, lo que busca es un punto de partida igual para todas las personas, de modo que el orden de llegada dependa del esfuerzo individual de cada uno y no de sus circunstancias económicas o sociales.

Esta regla nos lleva a otra íntimamente emparentada con ella, que es la de igual satisfacción de las necesidades fundamentales ya que existe un mínimo de necesidades fundamentales que son sustancialmente idénticas, en una determinada sociedad y tiempo para todas las personas y deben ser satisfechas por todas las personas. Su proyección más radical se encuentra en el principio de distribución comunista que dice: "de cada quien según su trabajo y a cada quien según su necesidad" o como lo expresa el Presidente F. D. Roosevelt "Los hombres menesterosos no son hombres libres".

2.g. Igualdad y capacidad jurídica. La aspiración milenaria de los hombres al reconocimiento de una igual capacidad jurídica, a pasado desde la abolición de la esclavitud hasta las luchas revolucionarias burguesas y socialistas y se a centrado en la supresión de las discriminaciones. La eliminación de las limitaciones de la capacidad presentan algunos obstáculos que es necesario reseñar pues a pesar de que no se admiten aquellas limitaciones que tienen un claro objetivo de dañar y discriminar, es difícil eliminar aquellas que tienden a proteger a ciertos sujetos; piénsese por ejemplo, en el caso de los niños o de las personas con enfermedades mentales a quienes se les recorta su capacidad con el fin de protegerlos.

Debemos advertir la gran carga ideológica de este argumentación, ya que aún las limitaciones de la capacidad que tienen el claro objetivo de dañar, han sido frecuentemente justificadas con la necesidad de proteger a la persona cuya capacidad se limita.

3. Como se puede observar de lo dicho hasta ahora en el ordenamiento periódico no existe una sola regla de igualdad. En realidad utilizamos diversas reglas de igualdad que tienen aplicación en ciertos sectores del ordenamiento y no en otro. Por ejemplo, en el tema de carreras (administrativa, judicial) utilizamos la regla de distribución de igualdad con base en le mérito. En cambio, en materia de derechos fundamentales utilizamos la regla de partes iguales para todos o igualdad numérica ya que les reconocemos los derechos fundamentales a todas las personas.

4. La igualdad formal o ante la Ley. Esta igualdad significó una verdadera revolución, que sólo podemos captar en su justa dimensión cuando observamos que en la sociedad feudal los hombres no eran iguales ante la ley y que sus derechos y obligaciones dependían de la clase social a la que pertenecían de modo que el miembro de la nobleza tenía derechos mayores que los de las otras clases (clero, naciente burguesía, ciervos de la gleba, etc.) mientras la naciente burguesía tenía muchas obligaciones, y muy pocos derechos (con razón Sieyes decía que el tercer estado era todo, pero que no tenía ningún derecho). Por esta razón cuando las revoluciones burguesas hicieron a todos los hombres iguales ante la ley dieron un gran paso hacia la dignidad del hombre.

La igualdad formal o ante la ley se rompe de dos maneras:

A. Dándole algo a alguien, que no le damos a los demás, esto es lo que se denomina privilegios; concediendo privilegios.

B. También se rompe la igualdad ante la ley cuando no le damos a algunos, lo que le doy a todos los demás; esto es lo que se denomina discriminaciones; por ejemplo, no le doy el derecho al voto a los negros, que le doy a todas las demás personas.

La igualdad formal o ante la ley, se puede romper hacia arriba, concediendo privilegios o hacia abajo, discriminando. Queremos advertir que las formas de discriminación previstas en el artículo 13 de nuestra Constitución no son las únicas que pueden existir.

La regla general en el estado de derecho es que los hombres son iguales y la excepción es que son desiguales. La desigualdad es la que requiere justificación; la justificación de por que hay que tratar de forma desigual, el trato desigual requiere una justificación; una prueba y una carga argumentativa que no requiere la igualdad formal. La igualdad de trato tampoco requiere justificación; en cambio la disparidad de tratamiento necesita siempre ser justificado.

Esta nos lleva a otro tema que es el de la igualdad material.

5. Igualdad material. Frente a la igualdad de la ley, que era la igualdad burguesa o liberal, su competidor ideológico, que era el socialismo, y que defendía los intereses de la otra clase social que había nacido como hija de la revolución industrial, está es el proletariado; le hizo una grave acusación consistente en que los hombres que eran iguales ante la ley, en los hechos eran profundamente desiguales, pues mientras unos tenían medios económicos para hacer efectivos sus derechos otros carecían de ellos y sus derechos y libertades se quedaban en el papel. Max señalaba cómo en una sociedad como la capitalista, donde los hombres eran desiguales la única manera de hacerlos iguales era con un derecho desigual.

Esta distribución desigual debe corresponder no a cualquier diferencia entre los hombres sino a diferencias relevantes, en relación con el fin que se persigue; por ejemplo, la edad es relevante en relación con el derecho de voto; la riqueza es relevante respecto a los impuestos, en cambio, el color de la piel no es relevante respecto de los tributos que debe pagar una persona; en consecuencia una diferencia de trato requiere una prueba, y una justificación de la diferencia relevante existente entre dos personas o grupos de personas.

5. 1 El problema de la igualdad.

Desde el punto de vista filosófico y jurídico, en principio la igualdad de una persona sólo se predica respecto de si misma, de tal manera que Pedro Pérez sólo es igual a Pedro Pérez y esto desde una perspectiva del principio lógico de identidad, el cual implica necesariamente que nos estamos refiriendo a las mismas dimensiones de espacialidad y de temporalidad, pues si aplicamos una concepción dialéctica respecto del elemento temporalidad, ni siquiera el Pedro Pérez de ayer será el mismo Pedro Pérez de hoy, ni el mismo Pedro Pérez de mañana.

Si es claro entonces que la igualdad sólo puede predicarse de una persona en una concepción estática y no dialéctica; con mayor razón deja de ser cierto que existen dos personas iguales, de tal manera que Pedro Pérez jamás será igual a María Martínez.

En realidad, cuando queremos hacer iguales a dos personas necesitamos abstraernos de una serie de diferencias que ellas tienen y fijarnos sólo en las similitudes relevantes que poseen; de modo que para igualar, siempre debemos ignorar diferencias y poner el acento en los elementos similares, que además de ser similares, deben ser también relevantes, para la concesión de un derecho. Por ejemplo, la diferencia racial no se tiene en cuenta para el pago

de impuestos, de modo que una mujer blanca paga el mismo impuesto que un hombre negro que tiene su misma capacidad económica; este ejemplo muestra claramente que hacemos abstracción de la diferencia de raza y de género (blanca y negro, mujer y hombre) y nos fijamos en la similitud de capacidad económica.

6. Intensidad del test

Por cuanto, no estoy de acuerdo con incluir en la motivación de la sentencia que el examen de constitucionalidad de una norma pueda realizarse aplicando lo que allí se denomina un "test" de "intensidad" variable según la materia a que se refiera, de tal suerte que él será "leve" si se trata de "materias económicas, tributarias o de política internacional", pues lo que a la Corte le confía el artículo 241 de la Carta es la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, sin que pueda establecerse de manera subjetiva que en unos casos debe ser más estricta que en otros, pues lo único que ha de guiar su labor es el ejercicio de la función de control que se le atribuye por la citada norma "en los estrictos términos" que la propia Constitución le señala.

Mi oposición a que la Corte aplique al decidir sobre la constitucionalidad de normas sometidas a su control el concepto de intensidad del test (leve, mediano o estricto), se funda además en que puede ser subjetivo y caprichoso por cuanto habría que preguntarse ¿quién determina la intensidad del test? ¿porqué a unas materias se aplicaría un test leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto?. Interrogantes estos que nos podrían conducir en esa materia a preguntar ad infinitum.

Por otra parte, aplicado en una de esas modalidades subjetivas ese "test" siempre debería hacerse así en el futuro. Eso lleva a que la Corte Constitucional "se case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un test de intensidad determinada", que la Constitución no autoriza.

Afirmar que en materias económicas el análisis de constitucionalidad se oriente mediante "un test leve de razonabilidad" compromete a la Corte en un sentido determinado y la pone a andar un camino que después no puede deshacer y, en cambio, le impide examinar con objetividad cada caso concreto. No es verdad que todo lo que se refiere a materias económicas tenga la misma trascendencia jurídico – constitucional. Por eso, resulta imposible, de antemano, afirmar que el análisis debe ser "leve" en esas materias, pues, como se sabe, hay unas de mayor importancia y trascendencia que otras, aún siendo todas de contenido económico. Así, no es lo mismo una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales superviven muy pocas personas) que la ley que adopta el Plan de Desarrollo e Inversiones Públicas, para juzgarlas ambas con poco rigor, con un "test leve". La dificultad se evita si, en los dos casos, se juzga aplicando sin esguinces la Constitución Política. Lo mismo sucedería con un tratado internacional, si se juzga con fundamento en la Constitución uno destinado al intercambio cultural entre Colombia y Venezuela por ejemplo, que otro que estableciera la pena de muerte para quienes crucen la frontera como indocumentados. En los dos casos, aunque son diversos, la constitucionalidad ha de juzgarse única y exclusivamente con aplicación de las normas previstas por la Carta en una y otra hipótesis, sin necesidad de acudir a la "intensidad" de test no prevista en la Constitución.

Conviene recordar que esa técnica jurídica de la “intensidad de los test” de constitucionalidad producto de la experiencia constitucional Norteamericana, permite clasificarlos de tal suerte que unos serán estrictos, otros medianos y otros leves, dependiendo del intérprete y dejando sin resolver porqué apenas se considerarían esas tres categorías y no otras adicionales, que llevarán, por ejemplo, a “un test estrictísimo”, a un “test levísimo”, a uno “medio estricto”, o a otro “medio leve”, y para agravar la incertidumbre cabría preguntarse ¿quién determina el test que se escoge?; ¿existen criterios objetivos para escogerlo? O ¿más bien es el intérprete quien escoge subjetivamente un test y luego, a posteriori trata de justificarlo? Y, ¿con qué fundamento constitucional?.

A mi juicio, el rigor en el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos al mismo por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquella, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma causada dentro de la Constitución según la materia a que ella se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alarga o se acorta según convenga, al igual que ocurría con el “lecho de Procusto” en el que, para que el usuario cupiera se le estiraba o se cercenaba para que de todas maneras diera la medida.

7. El test de razonabilidad.

El objeto de esta aclaración de voto es el de hacer unas reflexiones que muestren toda la problemática que existe detrás del concepto de razonabilidad, algunas de estas cogitaciones las he expresado yá en la Sala Plena y en otras aclaraciones de voto.

Este principio ha tenido origen en la interpretación que se ha hecho del principio de igualdad y especialmente de la regla de la igualdad que establece que los casos iguales deben ser tratados por el legislador del mismo modo y los desiguales deben ser tratados de manera diferente.

Esta regla de igualdad, sin embargo, no resuelve el problema, sino que lo traslada a otro lugar, pues plantea el problema de decidir cuáles son los casos iguales (para darle igual tratamiento) y cuáles no lo son (para darles distinto tratamiento); dicho de otra manera, cuáles distinciones se justifican y cuáles no (y por lo mismo son discriminatorias).

El principio de razonabilidad trata de dar una respuesta a esta pregunta, sin embargo, implica una contradicción lógica ya que, como lo dijera Riccardo Guastini, es una respuesta tautológica, pues las distinciones hechas por el legislador deben ser razonables para no ser discriminatorias. Lo que significa que para distinguir deben existir razones. Razones, que deben ser buenas razones, buenos argumentos, que equivalen a justificaciones. Por esa razón, Guastini señala que, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada y esto, desde el punto de vista lógico, es una tautología.

El principio de razonabilidad es también una fuente de las denominadas “lagunas axiológicas”. Se denomina laguna axiológica no a la falta de cualquier norma sino a la falta de una norma justa, es decir, de una norma jurídica que no existe, pero que debería existir a causa del sentido de justicia del intérprete o para la justa aplicación de una norma superior

(constitucional).

Cuando el legislador trata de modo igual casos que al intérprete (de la Constitución, o más exactamente, al tribunal constitucional), le parecen diversos, o sea cuando el legislador no distingue cuando debería distinguir, entonces el tribunal constitucional dirá que falta una norma diferenciadora (existe una laguna, pues falta la norma diferenciadora). Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete de la Constitución parecen iguales y, en consecuencia, el legislador ha distinguido sin razón, entonces el intérprete manifestará que falta una norma igualadora (en este caso también existe laguna, ya que falta la norma que iguala y que confiere el mismo derecho).

Como se puede observar, el principio de razonabilidad es una máquina creadora de lagunas jurídicas y es, hay que decirlo claramente, un instrumento de poder en manos de los tribunales constitucionales para revisar discrecionalmente las decisiones del legislador, e incluso para suplantarlo. Precisamente por ser un instrumento tan poderoso es que requiere un uso muy prudente y es por lo que hay que despojarlo de todas sus mitificaciones.

Si bien es cierto las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica denominada “Test de razonabilidad del criterio de igualación”, esta técnica se aplica no sólo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.

Este método busca proteger los derechos fundamentales aún frente al propio legislador, ya que la posibilidad que éste tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso sólo puede restringirlos cuando estas restricciones se hacen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario o sea que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz, pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor, el derecho fundamental.

Los derechos fundamentales exigen su máxima realización posible, o lo que es lo mismo, está prohibida su protección deficiente, de modo que en caso de conflicto entre principios se deben mirar la relación costo beneficios, pues si un derecho se realiza como un medio en un grado mayor que otro pero afecta con mayor intensidad otro derecho, puede no ser el adecuado; en cambio si otro medio que realiza menos un derecho afecta de una manera menor los bienes y derechos que juegan en sentido contrario, el más adecuado. Por ejemplo, si con el medio A, se realiza un derecho en un 95% pero afecta a otro derecho en un 90%, y el medio B realiza un derecho en un 85%, pero afecta al derecho que juega en un sentido contrario solo en un 10%, será preferible este último medio en vez del primero pues tiene una mejor relación costo beneficio.

Como se puede observar, esta técnica que, como toda técnica, es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

a. ¿Quién determina el fin perseguido?

b. ¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?

c. Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿por qué se privilegia un fin frente a los otros?

d. ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

a. ¿Qué es la razonabilidad?;

b. ¿Quién determina lo razonable?;

c. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?;

d. ¿Qué es lo irrazonable?;

e. ¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;

f. ¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales?

Unos pocos ejemplos nos demuestran cómo lo razonable es un concepto histórico. Aristóteles, descubridor de la lógica, que no es más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar, consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres y que las mujeres fueran inferiores a los hombres.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el apartheid en las escuelas; y aún después de reconocer la igualdad entre negros y blancos, se regía por el principio de “iguales, pero separados”. Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no eran iguales y después cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados y sólo hasta el año 1954, en una célebre sentencia, dio la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos muestran cómo el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de éste como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario? etc.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

2 Artículo 18, Ley 142 de 1994, Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes.

3 Código de Comercio, Artículo 373.- La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S.A."

4 Código de Comercio, Artículo 374.- La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.

5 Reyes Villamizar, Francisco. Transformación, fusión y escisión de las sociedades. Editorial Temis, Bogotá, 2000.

6 Cfr. Folio 222.

7 Cfr. Folios 50 a 219.

8 Cfr. Folios 220 a 221. La participación de las organizaciones solidarias en la prestación del servicio de energía fue regulada por la Ley 143 de 1994, artículos 27, 59 y 77. En el informe enviado por la Superintendencia de Servicios Públicos, no se indica el porcentaje del total de empresas prestadoras de servicios públicos al que corresponden las cifras suministradas.

9 Cfr. Folios 48 y 49.

10Autos de 29 de enero y febrero 28 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Con el fin de emplear el término más amplio posible que abarque a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, se empleará el término organizaciones solidarias, el cual cobija, entre otras, las fundaciones, asociaciones de beneficio común y las cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el

presente capítulo, a que hace referencia el parágrafo 2 del artículo 6° de la ley 454 de 1998.

12 Constitución Política, Artículos 150, numeral 23, 365, 367, 368, 369 y 370.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-247 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, donde la Corte examina la constitucionalidad de una norma que obliga a pactar, en todos los contratos de sociedad de las empresas de servicios públicos "ESP", una cláusula compromisoria que permite resolver mediante la decisión de un tribunal de arbitramento las controversias que surjan de ellos. Como parte de su análisis, la Corte precisó la visión constitucional general para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, donde la Corte examinó las competencias constitucionales para la regulación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios.

15 Ver entre otras, las sentencias C-284 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell, C-263 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell; y C-517 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, ya citada.

17 Ibidem.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-617 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño, donde la Corte declaró exequible el artículo 88 de la Ley 715 de 2001, que establece un término mínimo de 5 años en la prestación de los servicios de educación y de salud en forma asociada.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-483 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell, donde la Corte declaró la exequibilidad del parágrafo 1 del Artículo 17 de la Ley 142 de 1994, que establece que las entidades descentralizadas del nivel territorial o nacional que no quisieran que su capital esté representada por acciones, debían asumir la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-585 de 1995, MP: Hernando Herrera Vergara.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2003, MP: Jaime Córdoba Triviño.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo, donde la Corte encontró conforme a la Constitución que el Presidente pudiera delegar sus funciones de señalar políticas generales en materia de servicios públicos a las Comisiones de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, de Energía y Gas Combustible, y de Telecomunicaciones.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2002; MP. Clara Inés Vargas Hernández, donde la Corte reiteró que era competencia del Legislador fijar el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios.

24 Algunos de los aspectos regulados por la Ley 142 de 1994 son: Articulo 1°, el ámbito de

aplicación de la ley; Artículos 2 y 3, la forma como interviene el Estado en los servicios públicos; Artículo 4, la determinación de los Servicios Públicos Esenciales; Artículos 5 a 8, la competencia de las entidades territoriales para la prestación de los servicios públicos; Artículo 9, los derechos de los usuarios; Artículo 10, la libertad de empresa; Artículo 11, las obligaciones de las entidades prestadoras de servicios públicos para garantizar la función social de la propiedad; Artículo 12, los deberes especiales de los usuarios del sector oficial; Artículo 15, las personas que prestan servicios públicos (parcialmente demandado en este proceso); Artículo 16, la forma como se aplica la Ley 142 a los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; Artículo 17, la naturaleza de las empresas de servicios públicos (parcialmente demandado en este proceso); Artículo 18, el objeto de las empresas de servicios públicos; Artículo 19, el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos; Artículo 20, el régimen de las empresas de servicios públicos en municipios menores y zonas rurales; Artículo 22, el régimen de funcionamiento de las empresas de servicios públicos; Artículo 23, el ámbito territorial de operación; Artículo 24, el régimen tributario; Artículo 27, la participación de las entidades públicas en empresas de servicios públicos; Artículos 28 y 29, los bienes de las empresas de servicios públicos; Artículos 30 a 40, el régimen contractual de las empresas de servicios públicos; Artículos 40 a 44, el régimen laboral de las empresas de servicios públicos; Artículos 45 a 55 y 62 a 85, el control y vigilancia de las empresas de servicios públicos; Artículos 56 y 57, la autorización para declarar de utilidad pública e interés social para la prestación de servicios públicos y para imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos; Artículos 58 a 60, las condiciones para la toma de posesión de empresas de servicios públicos; Artículos 86 a 104, el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios; Artículos 105 a 127, los procedimientos administrativos; Artículos 128 a 159, la naturaleza, condiciones, reglas y procedimientos del contrato de servicios públicos domiciliarios; Artículos 160 a 176, algunas reglas especiales para ciertos servicios públicos domiciliarios; Artículos 177 a 185, las reglas del régimen de transición.

25 De conformidad con el artículo 180 de la Ley 142 de 1994, las entidades descentralizadas de cualquier orden que al momento de entrar en vigencia la Ley 142 de 1994 estuvieran prestando servicios públicos domiciliarios, tenían la opción de transformarse en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del Estado. El plazo original para transformarse era de dos años contados a partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994. Esta disposición fue modificada por el artículo 2 de la Ley 286 de 1996, que estableció que todas las entidades descentralizadas y demás empresas estatales que estuvieran prestando servicios públicos a constituirse en empresas de servicios públicos y redujo el plazo de transformación obligatoria a 18 meses. Sobre este punto, ver Corte Constitucional, C-198 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1003, 10 de septiembre de 1997, MP: César Hoyos Salazar.

26 Ley 142 de 1994, Artículos 17 y 18.

27 Estas empresas podrán dedicarse a uno o varios de los servicios a que se refiere la Ley 142 de 1994, pero las comisiones de regulación pueden exigir que la dedicación sea exclusivamente a un servicio, cuando “la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario”. (Artículo 18, inciso 2, Ley 142 de 1994).

28 Ley 142 de 1994, Artículo 19.1.

29 Ley 142 de 1994, Artículo 18, inciso 3.

30 Ley 142 de 1994Artículo 19.3.

31Ley 142 de 1994, Artículo 19.15 y Código del Comercio, Artículo 375. Cada acción conferirá a su propietario los derechos de participación en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas, a recibir parte proporcional de los beneficios sociales establecidos en la ley o en los estatutos, negociar libremente las acciones, inspeccionar libremente los libros y papeles sociales dentro de los 15 días hábiles siguientes a las reuniones de asamblea, a recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación, una vez pagado el pasivo social. (Artículo 379, Código del Comercio).

32 Ley 142 de 1994, Artículo 19.9.

33 Ley 142 de 1994, Artículo 19.15 y Código del Comercio, Artículo 374.

34 La Ley 142 de 1994 señala además que los aportes en especie son posibles (Artículo 19.7.), y para su aceptación, no se requiere aprobación de autoridad administrativa, sino que puede hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores con el voto de las dos terceras partes de los socios o por la Junta Directiva. Los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

35 Ley 142 de 1994, Artículo 19.5. Según el Artículo 19.4., los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. “La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.”

36 Ley 142 de 1994, Artículo 19.6. En todo caso, la empresa deberá informar en sus estados financieros qué parte de su capital ha sido pagado y cuál no.

37 Ley 142 de 1994, Artículo 19.8. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre bienes que tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

38 Ley 142 de 1994, Artículo 19.17.

39 Ley 142 de 1994, Artículo 19.10.

40 Ley 142 de 1994, Artículo 23.

41 Ley 142 de 1994, Artículo 19.11.

42 Ley 142 de 1994, Artículo 19.12.

43 Ley 142 de 1994, Artículo 19.13.

44 Estos conceptos fueron definidos en el artículo 93 de la Ley 388 de 1997 así: “Prestación de servicios públicos domiciliarios. Para los efectos de esta ley y de la Ley 142 de 1994, considerénse ‘municipios menores’ los clasificados en las categorías 5ª y 6ª de la Ley 136 de 1994. Como áreas o zonas urbanas específicas se entenderán los núcleos poblacionales localizados en suelo urbano que se encuentren clasificados en los estratos 1 y 2 de la metodología de estratificación socioeconómica vigente.”

45 Código de Comercio, Artículo 110.- La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: 1. El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documentos de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia; 2. La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código; 3. El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución; 4. El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél; 5. El capital social, la parte del mismo que suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año; 6. La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad; 7. La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia; 8. Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse; 9. La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma; 10. La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie; 11. Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores; 12. El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados; 13. Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y 14. Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

46 Ver el Salvamento parcial de Voto de Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis a la Sentencia C-948 de 2001, MP: Clara Inés Vargas donde se declaró la constitucionalidad de una disposición que exigía a las cooperativas financieras obtener autorización de la Superintendencia Bancaria para convertirse por decisión de sus asociados en sociedades anónimas.

47 Corte Constitucional. Sentencias C-531 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz (SV. Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara); C-081 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero; C-093 de 2001, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-404 de 2001 (salvamento parcial de voto Dr. Jaime Araujo Rentería), MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, C-673 de 2001 (A.V. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis), MP: Manuel José Cepeda Espinosa y C-1191 de 2001, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño, AV: Jaime Araujo Rentería, donde la Corte declaró la constitucionalidad de una disposición que establecía la inversión mínima de los proyectos industriales en las zonas especiales económicas de exportación, cuestionada porque supuestamente establecía una condición discriminatoria para que un proyecto industrial pueda ser calificado como elegible.

49 Según la metodología de clasificación que establece el artículo 93 de la Ley 388 de 1997.

50 Ver al respecto el precursor artículo de Tussman & tenBroek, “The Equal Protection ot the Laws”, 37 Calif.L.Rev. 341 (1949).

52 Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte examinó la constitucionalidad de una disposición que establecía la edad mínima para adoptar.

53 Ver entre otras, las sentencias C-674 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño, AV: Jaime Araujo Rentería, AV: Manuel José Cepeda Espinosa; C-1108 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil; C-810 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-586 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis; C-676 de 1998, MP José Gregorio Hernández Galindo, C-265 de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero.

54 Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-309 de 1997, C-183 de 1998, C-481 de 1998 y C-112 de 2000.

55 Corte Constitucional, C-093 de 2001, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte declaró la exequibilidad de una norma que establecía la edad mínima para adoptar. La Corte aplicó en ese evento un test intermedio, dado que el criterio edad, no era un criterio prohibido.

56 Según la jurisprudencia de esta Corporación, un juicio de igualdad intenso exige lo siguiente: “El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el

cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida." (Sentencia T-638 de 1999; MP. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que ante una medida que impedía el acceso a un programa educativo con base en una clasificación entre videntes e invidentes, la Corte aplicó un test estricto de razonabilidad en materia de igualdad. Para la Corte, ese test era necesario porque la clasificación recaía sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta que pertenecen a una minoría insular y discreta –las personas que adolecen de dicha limitación).

57 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

58 Ver por ejemplo, las sentencias T-595 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, en donde la Corte tuteló el derecho a acceder a un medio de transporte público de una persona que debía desplazarse en silla de ruedas, debido a que los buses alimentadores del Sistema Troncal de Transmilenio, que son los que circulan cerca al lugar de residencia del accionante, no eran accesibles para personas que como él, deben desplazarse en una silla de ruedas. T-255 de 2001, MP: José Gregorio Hernández Galindo, en donde la Corte tutela el derecho a la educación de un menor de edad a quien no se le había renovado el cupo en el colegio, porque el centro educativo afirmaba no estar preparado para impartir educación especial a un niño hiperactivo.

59 Ver por ejemplo la sentencia T-411 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte tuteló los derechos de varios enfermos de lepra y empleados del Sanatorio de Agua de Dios, porque éste había suspendido de manera unilateral el pago del subsidio de tratamiento para los enfermos de lepra, con el argumento de que ellos contaban con una remuneración estable, a pesar de que diferentes servidores públicos del Municipio de Agua de Dios que se encontraban en condiciones similares seguían recibiendo el mencionado subsidio. T-177 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, donde la Corte tuteló los derechos de un enfermo de SIDA a quien se le negó el tratamiento médico requerido por estar pendiente su inscripción como beneficiario del SISBEN y la expedición del carné respectivo. Al enfermo y su familia se le exige pagar por su tratamiento médico, a pesar de que el enfermo depende económicamente de su madre, una mujer de 81 años que se dedica a lavar ropa en casas de familia y quien no recibe suficientes recursos para pagar el tratamiento. El enfermo fallece durante el transcurso de la tutela, sin que hubiera recibido el tratamiento requerido.

60 Ver por ejemplo la sentencia T-149 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis, donde la Corte tutela los derechos a la vida y a la seguridad social de un adulto cercano a la tercera edad quien padece una enfermedad grave que le impide trabajar para asegurar su propia subsistencia y la de su familia, y a quien se le niega la posibilidad de acceder a un auxilio para personas de la tercera edad en situación de pobreza extrema, al no suministrarle la información necesaria para acceder a dicha prestación.

61 Ver por ejemplo la sentencia SU-225 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte tutela los derechos de un grupo de padres de familia y de menores de edad, pertenecientes al sector informal de Puente Aranda, cuyos derechos habían sido vulnerados por la negativa del Ministerio de Salud y de la Secretaría Distrital de Salud de suministrarles a sus hijos, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen las enfermedades

conocidas como meningitis Meningococcica y meningitis por Haemophilus Influenzae.

62 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde se tutelaron los derechos de convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, a pesar de haber cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad.

63 Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, ya citada.

64 Corte Constitucional, Sentencia T-255 de 2001, MP: José Gregorio Hernández Galindo, donde la Corte tutela el derecho a la educación de un menor de edad a quien no se le había renovado el cupo en el colegio, porque el centro educativo afirmaba no estar preparado para impartir educación especial a un niño hiperactivo.

65 Corte Constitucional, Sentencia T-177 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, ya citada.

66 Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, ya citada.

67 Un ejemplo de ello, son las cooperativas de recicladores que han logrado organizarse para prestar el servicio de recolección de basura y de clasificación de material para reciclaje en áreas pertenecientes a los estratos 1 y 2.