CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación Número: 25000-23-24-000-2011-00450-01

Actora: PROACTIVA DOÑA JUANA E.S.P. S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - SSPD.

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho – Fallo de Segunda Instancia

La Sala resuelve el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante, Proactiva Doña Juana E.S.P. S.A. –en adelante Proactiva Doña Juana-, contra la sentencia del 7 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que (i) declaró no probada la excepción de indebida representación propuesta por la demandada y (ii) denegó las pretensiones de la demanda instaurada contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios –SSPD en lo sucesivo-.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Proactiva Doña Juana, por medio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo –en adelante C.C.A.- presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones proferidas por la SSPD, que le impusieron una sanción de COP$200.000.000, por la violación al numeral 5 del

artículo 10 del Decreto 838 del 23 de marzo de 2005[1], en concordancia con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994[2].

1.1. Al respecto, formuló las siguientes pretensiones:

> ***"****1.- Declarar la nulidad de la Resolución No. SSPD-20094400044385 de 25 de septiembre de 2009 'Por la cual se impone una sanción' dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio radicado como expediente No. 2009440350600098E y en la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios declara previas consideraciones que el prestador de servicios públicos de aseo en actividad de disposición final ha incumplido normas técnicas, concretamente violación del numeral 5º del artículo 10 del Decreto 838 del 23 de marzo de 2005 en concordancia con lo establecido en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, y dosifica la multa en DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS.*
>
> *2. Declarar la nulidad de la Resolución No. SSPD-20104400010315 de 05 de abril de 2010, 'Por la cual se resuelve un recurso de reposición'. Recurso de Reposición presentado oportunamente por mi representada.*
>
> *3. A título de* ***restablecimiento del derecho****, condenar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios., al pago de los perjuicios irrogados a PROACTIVA DOÑA JUANA ESP SA., con ocasión de la expedición de las Resoluciones anteriormente citadas, vale decir, en primer lugar, a la restitución de la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($200.000.000), o la suma que haya cancelado la empresa PROACTIVA DOÑA JUANA ESP SA., a esa Superintendencia.*
>
> *4. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios –SSPD- al pago de los intereses moratorios que genere la suma precedentemente indicada, liquidados a la tasa establecida por la Superintendencia Financiera para establecer el límite de usura.*
>
> *5. Ordenar que la condena de que tratan las pretensiones No. 3 y 4, se ajuste en su valor, tomando como base el índice de precios al consumidor como lo indica expresamente el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, y a su vez, se ordene el pago del interés moratorio respecto*

---

[1] ***Artículo 10. Criterios operacionales.*** *La persona prestadora del servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, deberá garantizar, entre otras, el cumplimiento de las siguientes condiciones durante la fase de operación:*
(…)
5. Cubrimiento diario de los residuos.

[2] ***Artículo 136***. ***Concepto de falla en la prestación del servicio.*** *La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos.*

El incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio se denomina, para los efectos de esta Ley, falla en la prestación del servicio.

La empresa podrá exigir, de acuerdo con las condiciones uniformes del contrato, que se haga un pago por conexión para comenzar a cumplir el contrato; pero no podrá alegar la existencia de controversias sobre el dominio del inmueble para incumplir sus obligaciones mientras el suscriptor o usuario cumpla las suyas.

de las sumas que resultaren de las condenas ejecutoriadas hasta la fecha del pago efectivo.

6. Que a la sentencia que ponga fin a este proceso se le dé cumplimiento por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro del término establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo. Así como al pago de las costas del proceso.

7. Condenar en costas y agencias en derecho a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. –SSPD-."

1.2. Del análisis de la demanda, así como de los demás elementos obrantes en el expediente, la Sala puede extraer los siguientes hechos relevantes:

Proactiva Doña Juana es prestadora del servicio público domiciliario de aseo, en la actividad de disposición final (administración, operación y mantenimiento del Relleno Sanitario Doña Juana) desde el 8 de marzo de 2000, en virtud del contrato de Concesión No. C-11 del 7 de marzo de 2000, y según consta en el registro único de prestadores de servicios públicos llevados por la SSPD.

Mediante memorando No. 20084300116863 del 31 de diciembre de 2008, la Directora Técnica de Aseo de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo le solicitó a la Directora de Investigaciones de la misma Superintendencia Delegada que investigara a la sociedad demandante *por no cubrir de manera adecuada los residuos sólidos que recibe el relleno sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá* (violación del numeral 5 del artículo 10 del Decreto 838 de 2005).

Con fundamento en algunos documentos recaudados y en una visita realizada al relleno sanitario, la Dirección de Investigaciones de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo inició en contra de Proactiva Doña Juana la investigación por la presunta violación del numeral 5 del artículo 10 del Decreto 838 de 2005. Agregó que el pliego de cargos fue notificado el 5 de junio de 2009 y respondido oportunamente.

Indicó que la SSPD, mediante la Resolución No. SSPD-20094400044385 del 25 de septiembre de 2009, resolvió, previo análisis de los argumentos de descargos, imponer una multa de COP$200.000.000 a Proactiva Doña Juana porque consideró

probada la conducta de *no cubrir de manera adecuada los residuos sólidos que recibe el relleno sanitario*. Que, adicionalmente, ordenó al representante legal de la demandada que presentara ante la Dirección Técnica de Gestión de Aseo de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD, un plan de acciones concretas y un cronograma preciso que permita cumplir a cabalidad con las normas que establecen la forma de ejecutar la actividad complementaria de disposición final de los residuos sólidos dentro del Relleno Sanitario Doña Juana, en lo que a la cobertura temporal se refiere, acorde con las disposiciones legales y con la técnica adecuada.

Que, inconforme, presentó recurso de reposición, en el que solicitó la revocatoria tanto de la sanción pecuniaria, como de la formulación del plan de acciones, por cuanto el contrato de operaciones había terminado el 8 de octubre de 2009. Que, no obstante, los argumentos de la recurrente fueron desestimados parcialmente, mediante la Resolución No. SSPD-20104400010315 del 5 de abril de 2010, por la que se resolvió confirmar la multa y revocar la orden de presentación del plan de acciones concretas.

1.3. La actora dijo que los actos demandados violaron lo dispuesto en los artículos 3, 6, 9, 29, 49, 79, 123, 209 y 366 de la CP; en el artículo 6 del CPC y en el Decreto 838 de 2005.

Como sustento de las pretensiones de nulidad, la parte demandante explicó el alcance del concepto de la violación en tres cargos por desviación de poder, por transgresión a las normas superiores y por falsa motivación, que a continuación se resumen:

1.3.1. De la desviación de poder

La Sala advierte que la demandante, en este cargo, se limitó a definir en qué consistía la desviación de poder. A continuación, manifestó que siempre hubo diligencia por parte de Proactiva Doña Juana en el cumplimiento del contrato y, en especial, con el tema de la cobertura diaria.

Advirtió que el contrato de manejo de residuos se suscribió en el año 2000 y que la norma en la que se fundó la SSPD para aplicar la sanción es de 2005 (Decreto 838) y agregó que, en todo caso, la cobertura se ajustó a las técnicas implementadas para la vigencia del contrato mismo.

Sostuvo que el hecho por el cual se impuso la multa a Proactiva Doña Juana no se encuadra dentro de una conducta expresamente reprochada por la norma presuntamente violada, pues esta (Decreto 838) es una norma de planeación para los entes territoriales, creada para reglamentar contratos con terceros y dijo que la misma no encuadra en los respectivos reglamentos de los rellenos sanitarios, así como tampoco encaja en el concepto de falla en la prestación del servicio.

Indicó que la conducta presuntamente imputada como violatoria de normas legales (Decreto 838 artículo 10 numeral 5), en lo que respecta al cubrimiento diario de residuos, adoleció de una prueba técnica que llevara a esa entidad de vigilancia a adquirir una convicción plena de esa presunta violación, pues no se puede, por un informe que no es un dictamen pericial, señalar que el cubrimiento diario de residuos no se hace con una técnica idónea, y mucho menos después de nueve años de ejecución del contrato.

Que tampoco hubo quejas de los usuarios o suscriptores de aseo por fallas en el servicio ni de la entidad contratante, por lo que no es lógico que se atribuya a Proactiva Doña Juana responsabilidades porque el tipo de cobertura temporal empleada y las zonas descubiertas estaban permitiendo el ingreso de agua lluvia al interior de las zonas de confinamiento del relleno, lo que generó un importante impacto en la producción de lixiviados y en su posterior tratamiento.

Insistió en que el operador se ajustó al manual de operaciones en lo que tuvo que ver con la cobertura diaria de polietileno de baja textura, por tratarse de la técnica mejor sustentada en estudios especializados y no en material arcilloso que afectaría el flujo normal de los gases y lixiviados, aumentaría la presión de poros y la disminución del factor de seguridad en la estabilidad.

Dijo que la interventoría del contrato, en el informe rendido el 16 de junio de 2009, señaló que el componente de la cobertura temporal y la reposición de la misma estaban en completo cumplimiento. Que, precisamente, lo que el interventor indicaba era que, para el 28 de agosto de 2008, la cobertura se componía de retazos longitudinales de material impermeable, en diferentes tipos, que se encontraba en regular estado, pero que fue fácilmente reemplazado, a efectos de cumplir los términos del contrato.

Finalmente, sostuvo que el informe de visita presentado por la demandada en contra de Proactiva Doña Juana no tenía soportes sólidos que llevaran a determinar que el contratista había incumplido la labor encomendada en el contrato y que los reportes periodísticos allegados al expediente carecen de valor probatorio, pues se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado.

1.3.2. De la violación a las normas superiores

Sostuvo que se vulneró el artículo 38 del CCA, porque "*el proceso de sanción se inicia en agosto de 2008 después de tener vigencia la norma técnica presuntamente violada más de tres años".*

Que también se vulneraron los artículos 49, 123 y 209 de la CP., por cuanto los actos administrativos demandados fueron expedidos sin tomar en cuenta la realidad objetiva derivada de la ejecución de un contrato de concesión para la operación y mantenimiento del relleno sanitario desde el año 2000, época para la cual la norma presuntamente violada no había nacido a la vida jurídica.

Adujo que las sanciones impuestas a Proactiva Doña Juana se alejan de los intereses generales que debían inspirarlas, en lo que tiene que ver con el saneamiento ambiental y con todas las obligaciones dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el bienestar general.

1.3.3. De la falsa motivación

A juicio de la demandante, los actos demandados se fundan en motivos no expresados, por inexistentes, tanto en la petición que

originó la actuación, como en su tramitación. Que se basaron, por demás, en una razón irreal, que de paso viola el debido proceso al anular el derecho de defensa, pues nadie puede desvirtuar un motivo que ignora.

Dijo que la demandada, al momento de imponer la sanción, no tuvo en cuenta los planes de gestión integral de residuos sólidos –PEGIRS, los planes de ordenamiento territorial –POT, la licencia ambiental, el reglamento técnico del sector –RAS, ni el reglamento operativo, ni los citó en los actos administrativos, razón por la que los actos carecen de motivos suficientes para imponer la sanción.

2. Admisión de la demanda

Mediante auto del 10 de noviembre de 2011 (folios 76 a 78), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor y solicitó a la parte demandada aportar los antecedentes administrativos que originaron la expedición de los actos demandados.

3. Contestación

La **SSPD** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, en consideración a los siguientes argumentos:

Presentó la excepción de indebida representación, porque el representante legal de Proactiva Doña Juana podía asumir la vocería de la demandante, pero con una limitación de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes por asunto, que, a la fecha de presentación de la demanda, ascendía a la suma de COP$107.120.000, y que la cuantía del presente proceso era de COP$200.000.000. Que, en consecuencia, como con la demanda no se acompañó la prueba de la autorización de la Junta Directiva de la sociedad Proactiva Doña Juana que permitiera al representante legal asumir la vocería de la sociedad en asuntos cuya cuantía superara esos doscientos salarios mínimos, aquel no tenía facultad para presentar la demanda.
En relación con el asunto de fondo, adujo que la demandante incurrió en falta de técnica al plantear la desviación de poder, en

la medida en que el cargo realmente denunciaba una violación al debido proceso.

En su defensa, indicó que Proactiva Doña Juana consideró que como el contrato se suscribió antes de la expedición del Decreto 838 del 23 de marzo de 2005, en concordancia con el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, no le era exigible. Al respecto, manifestó que el Decreto 838 mencionado es una norma de carácter general que se encontraba vigente a la fecha de los hechos y que, en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios, estaba obligada a cumplir.

De la falta de tecnicidad de la prueba, sostuvo que si la demandante consideraba que la prueba de la visita de la Superintendencia no era técnica debió controvertirla. Y, agregó, que la SSPD sustentó el pliego de cargos con el informe de visita y sí cumplió con la carga probatoria que le correspondía.

De la violación a las normas superiores manifestó que la demandante confunde la caducidad y malinterpreta el artículo 38 del CCA al pretender que el término de tres años no cuente desde la fecha de ocurrencia de los hechos sino a partir de la vigencia de la norma que le impone la obligación al prestador, interpretación que consideró errónea, pues la fecha de caducidad se cuenta desde el momento en que se incurre en la falta, es decir del hecho que motiva la sanción y, en el caso específico, la resolución sancionatoria se profirió y notificó dentro del término de tres años establecidos en la norma citada, de tal forma que no operó el fenómeno de la caducidad.

Sobre el particular, dijo que la visita de la SSPD, en la que se constató el incumplimiento que originó la sanción se llevó a cabo el 28 de agosto de 2008, y la resolución sanción fue expedida el 25 de septiembre de 2009 y notificada el 1º de febrero de 2010, dentro del tiempo.

En relación con la falsa motivación, indicó que no es cierto que el fundamento del pliego de cargos y de la posterior sanción hayan sido las publicaciones de prensa de los periódicos El Tiempo del 19 de agosto de 2008, El Espectador del 28 de agosto de 2008 y El Colombiano del 9 de julio de 2008, pues el propio memorando 20084300116863 del 31 de diciembre de 2008, dirigido a la

Directora de Investigaciones de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, dice que la investigación se inició con fundamento en los hallazgos de la visita efectuada el 28 de agosto de 2008. Que distinto es que, con ocasión de dichas publicaciones, se haya agendado la visita al relleno sanitario.

Advirtió que el resultado del informe de visita arrojó que "*respecto a la cobertura temporal de la zona VIII se verificó que esta no brinda una adecuada protección para controlar el ingreso de aguas lluvias y vectores al interior del relleno",* el que, unido a otras pruebas, sustentó el pliego de cargos que culminó con la sanción ahora discutida.

Por todo lo anterior, pidió que se declarara probada la excepción propuesta o que se denegaran las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, pidió que se condenara en costas a la demandante.

4. Fundamentos de la sentencia recurrida

En sentencia del 7 de marzo de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, denegó las pretensiones de la demanda (fls. 187 a 224), con fundamento en razonamientos que pueden resumirse así:

Declaró impróspera la excepción propuesta por la SSPD, sobre la indebida representación, por considerar que la limitación al representante legal para realizar actos y contratos a nombre de la sociedad hasta por doscientos salarios mínimos se refiere al ejercicio de los actos propios del desarrollo del objeto social, como la compra y venta de inmuebles y la celebración de contratos, no para la representación judicial, pues si bien esta última es un acto que interesa a la sociedad, no se enmarca en las hipótesis establecidas en los estatutos de la empresa, en cuanto a las autorizaciones requeridas.

Luego de un recuento de las normas que rigen la actividad de servicios públicos y de la competencia de la SSPD para imponer sanciones, el Tribunal consideró que no se configuró la nulidad por desviación de poder alegada, en la medida en que sobre Proactiva Doña Juana recae la responsabilidad administrativa en los eventos de incumplimiento de la normativa a la que debe estar

sujeta, como es la consecuencia directa de la imposición de una sanción a cargo de la SSPD.

Expuso que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, no se requiere acreditar una relación de causalidad entre la presunta violación de la norma citada y el daño causado a usuarios y suscriptores, pues basta con que se verifique la comisión de una infracción, traducida en incumplimiento de una disposición del régimen de servicios públicos, para que la SSPD despliegue la actuación administrativa correspondiente e imponga las sanciones procedentes, cuando verifique el incumplimiento de las normas sobre prestación de servicios públicos.

También dijo el Tribunal que no es admisible que la parte demandante pretenda sustraerse del cumplimiento de los deberes legales, como son los operacionales, bajo el argumento de prestar el servicio en las condiciones previstas inicialmente en el contrato de concesión, pues, conforme con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 838 de 2005, la normativa sobre disposición final de residuos rige desde su promulgación, momento a partir del cual nace una obligación, si bien no convencional, que debe acatar el operador del servicio.

Que la SSPD tampoco incurrió en error de imputabilidad cuando se refirió a la generación del impacto en la producción de lixiviados y de vectores y olores, toda vez que esa es una consecuencia del incumplimiento de la norma sobre cobertura diaria de residuos sólidos, aspecto que sí se pudo verificar en la inspección y cuyos resultados fueron consignados en el informe de visita al Relleno Sanitario Doña Juana, en el que se verificó la falta de cubrimiento de los residuos sólidos en un área amplia de la Zona VIII, presupuesto que por sí mismo implica el incumplimiento de la norma y, en consecuencia, amerita la imposición de la sanción.

Advirtió que no es de recibo que la parte demandante insistiera en haberse ajustado al manual de operaciones en cuanto a la cobertura con polietileno, pues ello no la sustrae del deber de acatar lo dispuesto en la normatividad sobre disposición final de residuos sólidos, que es clara en exigir su cobertura diaria.

En cuando a los documentos periodísticos aportados, adujo que ese no fue el material que dio sustento a la sanción, sino los hallazgos reportados en el informe de visita.

Dijo que tampoco se invirtió la carga de la prueba, pues la administración acreditó con suficiencia que el operador no estaba cumpliendo con la obligación de cubrimiento diario de residuos sólidos, de modo que en el evento de no corresponder esa circunstancia con la realidad, correspondía al operador demostrar lo contrario.

En relación con la violación a las normas superiores, indicó que el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe contarse desde el momento en que se produce la conducta que daría lugar a la sanción, que, para este caso, ocurrió el 28 de agosto de 2008, fecha en la que se realizó la visita de la SSPD y se encontró que un área de la Zona VIII del Relleno Sanitario Doña Juana no tenía cobertura, lo que infringía el numeral 5 del artículo 10 del Decreto 838 de 2005. Que la resolución que impuso la sanción fue proferida el 25 de septiembre de 2009 y notificada el 1º de febrero de 2010, lo que indica que la potestad sancionatoria se ejerció en tiempo.

De la violación del artículo 209 de la CP., en particular, de la valoración de las condiciones del contrato de concesión y de la valoración de la prueba técnica, el Tribunal dijo que la demandante no aportó ninguna prueba que permitiera controvertir la visita que dio lugar al informe técnico elaborado por la SSPD, de tal suerte que existiera un elemento de juicio que permitiera concluir que no incurrió en la conducta sancionada.

Finalmente, en cuanto a la violación por falsa motivación, adujo el Tribunal que esta no se configuró en la medida en que es al operador al que le corresponde el cumplimiento de la norma, pues de lo contrario se hace acreedor a las sanciones correspondientes. Que, en este caso, la demandante no logró desvirtuar las razones que originaron la imposición de la sanción, razón por la que no era posible acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Fundamentos del recurso de apelación

La demandante, inconforme con la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentó recurso de apelación, mediante escrito radicado el 20 de marzo de 2013, que contenía los siguientes argumentos:

Dijo que la censura no está centrada en la competencia general de la SSPD para imponer sanciones, sino en la tipificación de la conducta endilgada, esto es, no en si se violó el numeral 5 del artículo 10 del Decreto 838 de 2005, sino en cómo la autoridad de control, en uso de la competencia, la interpretó erróneamente, "*pues como es posible que estando el contrato en ejecución por más de nueve años, y la norma por más de cuatro, nunca fue requerido el contratista por la entidad contratante UAESP, por el no cumplimiento de la cobertura diaria, pues esta si se llevaba a cabo, la SUPERSERVICIOS ataca es la técnica de la cobertura, e infiere consecuencias no probadas en el acto administrativo, y esa es la censura como tal (…)".* A continuación, transcribió apartes de la demanda, relacionados con este aspecto.

Sobre el particular, concluyó que el juez de primera instancia estudió únicamente la competencia general y no en relación con el caso concreto, pues, en los descargos del trámite sancionatorio Proactiva Doña Juana explicó las razones del porqué de la cobertura y de la consecuencia de la última prórroga del contrato, en la que se comprometió a cambiarla, prueba que aparece en el proceso.

Finalmente, dijo que debió hacerse un análisis más profundo de las censuras endilgadas a los actos administrativos, de tal forma que se ajusten a la realidad de la ejecución del contrato de concesión y a sus prórrogas, así como de los criterios de dosificación de la sanción, con base en el principio de la proporcionalidad de la conducta presuntamente violatoria y la sanción económica impuesta.

6. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por la Sección Primera de esta Corporación, mediante auto del 22 de julio de 2013 (folio 4, cdno ppal 2).

7. Alegatos de segunda instancia

7.1. De Proactiva Doña Juana

En escrito radicado el 12 de septiembre de 2013 (fls. 8 a 16, cdno ppal 2), la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

7.2. De la SSPD

En escrito del 24 de septiembre de 2013 (fls. 17 a 31, cdno ppal 2), la SSPD repitió los argumentos planteados en el escrito de contestación de la demanda.

8. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en los términos del artículo 129 del C.C.A., en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Actos demandados

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución No. SSPD-20094400044385 de 25 de septiembre de 2009 *"Por la cual se impone una sanción"* y de la Resolución No. No. SSPD-20104400010315 de 05 de abril de 2010, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

3. El problema jurídico

La Sala debe determinar, en el presente asunto, si debe modificar, revocar o confirmar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en la sentencia del 7 de marzo de 2013, que denegó las pretensiones de la demanda incoada por Proactiva Doña Juana contra la SSPD.

En concreto, se debe establecer si Proactiva Doña Juana S.A. incurrió en la presunta violación del numeral 5 del artículo 10 del Decreto 838 del 23 de marzo de 2005, y si, en consecuencia, por la comisión de dicha conducta se hizo acreedora de la sanción por COP$200.000.000 que le fue impuesta.

4. **De la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de los Superintendentes Delegados en materia sancionatoria.**

En reciente sentencia de 18 de abril de 2018[3], esta Sección tuvo oportunidad de referirse al tema en cuestión. En la comentada providencia, se indicó:

> *"La Constitución Política de 1991 fijó el marco para la regulación de los servicios públicos, consagrando los principales principios y confiando al legislador la potestad 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[4]."*

La Ley 142 de 1994 *-Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se establecen otras disposiciones-* concretó en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la mayoría de funciones de inspección, vigilancia y control de las prestadoras del servicio de aseo. Al respecto, el artículo 75 de la precitada Ley estableció:

---

[3] Consejo de Estado, Sección Quinta – Descongestión, Sentencia de 18 de abril de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, Radicación No. 63001-23-31-000-2006-01180-01.
[4] Corte Constitucional, Sentencia C-761 de 28 de agosto de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

> *“Artículo 75. Funciones presidenciales de la Superintendencia de servicios públicos. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.”*

Entre las competencias otorgadas está, entre otras, la de sancionar a las prestadoras del servicio público que contravengan las leyes y los actos a los que se sujetan. Sobre el particular, el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 -modificada por la Ley 689 de 2001-, dispuso:

> *"Artículo 79. Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:*
>
> *1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.*

En relación a la competencia del Superintendente Delegado, el Decreto 990 de 2002 -*Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*- consagró las funciones de las superintendencias delegadas, dentro de las cuales se destacan:

> ***ARTICULO 13.-Funciones de las superintendencias delegadas****. Son funciones de las superintendencias delegadas, en el ámbito de su competencia, las siguientes:*
> *…*
>
> *9. Vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten los servicios públicos domiciliarios, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados.*
>
> *10. Vigilar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios y adelantar las investigaciones correspondientes.*
>
> *11. Vigilar y controlar la correcta aplicación del régimen tarifario por parte de los prestadores.*

…

Adicionalmente y de conformidad con la Resolución No. 00021 del 5 de enero de 2005, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios delegó en los Superintendentes Delegados, en su ámbito sectorial, la función de imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos que violen las normas a las que deban estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta, sanciones que puedan adoptar la forma de amonestación o multa.

De lo expuesto en la sentencia referida y las normas transcritas, se colige que el Superintendente Delegado, en ejercicio de las funciones delegadas, estaba facultado para expedir la Resolución No. SSPD-20094400044385 de 25 de septiembre de 2009, por medio de la cual se impuso una sanción al prestador del servicio Proactiva Doña Juana S.A. E.S.P.

5. Naturaleza del servicio público de aseo, modalidades y régimen jurídico aplicable.

El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, concibe el servicio público de aseo como:

> *"Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*
> *…*
>
> *14.24 Servicio público domiciliario de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos."*

El Decreto 1713 de 2002 -*Por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo*- estableció como principios orientadores del servicio: *"(…) garantizar la calidad del servicio a toda la población, prestar eficaz y eficientemente el servicio en forma continua e ininterrumpida, obtener economías de escala comprobables, establecer mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso al servicio y su participación en la gestión y fiscalización de la prestación, desarrollar una cultura de la no basura, fomentar el aprovechamiento, minimizar y mitigar el impacto en la salud y en el medio ambiente, ocasionado desde la* ***generación hasta la eliminación de los residuos sólidos,*** *es decir en todos los componentes del servicio." (Resalta la Sala)*

Entre los componentes del servicio público de aseo, el Decreto 1713 de 2002 previó los siguientes:

> *"Artículo 11. Componentes del servicio público de aseo. Para efectos de este decreto se consideran como componentes del servicio público de aseo, los siguientes:*
> *1. Recolección.*
> *2. Transporte.*
> *3. Barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas, lavado de estas áreas.*
> *4. Transferencia.*
> *5. Tratamiento.*
> *6. Aprovechamiento.*
> *7**. Disposición final**."*

De igual manera, la Resolución CRA[5] 151 de 2001, que comprende la regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, señala los componentes del servicio público de aseo:

> *"**Componente Domiciliario del Servicio Ordinario**. Es la parte del servicio ordinario de aseo conformada por las actividades de recolección, transporte, transferencia **y disposición final de residuos sólidos.***
>
> ***Componente de Barrido y Limpieza del Servicio Ordinario**. Componente del servicio ordinario de aseo asociado con las actividades de barrido y limpieza de áreas públicas, con el objeto de dejarlas libres de todo residuo sólido diseminado o acumulado.*
>
> ***Componente de tratamiento y disposición final**. Es el conjunto de actividades relacionadas con el tratamiento y la disposición final de residuos sólidos, que forma parte del servicio integral de aseo".*

Descendiendo a las modalidades de prestación del servicio, el Decreto 1713 de 2002, artículo 12, precisó:

> *"La prestación del servicio de aseo se clasifica de la siguiente forma:*
>
> *1. Servicio Ordinario.*
> *2. Servicio Especial"*

Sobre el particular, el artículo 1º de la norma estableció las siguientes definiciones, a saber:

---

[5] Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

*"**Servicio especial de aseo**. Es el relacionado **con las actividades de recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos** que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso no puedan ser recolectados, manejados, tratados o dispuestos normalmente por la persona prestadora del servicio, de acuerdo con lo establecido en este decreto. Incluye las actividades de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; la recolección, transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de los residuos originados por estas actividades; el lavado de las áreas en mención; y el aprovechamiento de los residuos sólidos de origen residencial y de aquellos provenientes del barrido y limpieza de vías y áreas públicas.*

Servicio ordinario de aseo**. Es la modalidad de prestación de servicio público domiciliario de aseo para residuos sólidos de origen residencial y para otros residuos que pueden ser manejados de acuerdo con la capacidad de la persona prestadora del servicio de aseo y que no corresponden a ninguno de los tipos de servicios definidos como especiales. **Está compuesto por la recolección, transporte, transferencia, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades.

También comprende este servicio las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento, y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades."

***Servicio público domiciliario de aseo. Es el servicio definido como servicio ordinario por este decreto"**. (Negrillas fuera de texto)*

El análisis de las disposiciones transcritas permitió a esta Sala concluir en sentencia de 18 de abril de 2018[6], lo siguiente:

"Como consecuencia de esta diferenciación, para los efectos del caso concreto, la implicación jurídica de la modalidad del servicio de aseo –ordinario o especial– resulta de trascendental importancia, en la medida en que ésta determina el sometimiento o no al régimen tarifario dispuesto por la Comisión Reguladora, siendo esencial para determinar el grado de intervención que le es permitido al ente de inspección, control y vigilancia, así como la existencia misma de la infracción al régimen de servicios públicos domiciliarios que permite precisar la legalidad de la falta y de la sanción.

[6] Consejo de Estado, Sección Quinta – Descongestión, Sentencia de 18 de abril de 2018, C.P. Rocío Araújo
Oñate, Radicación No. 63001-23-31-000-2006-01180-01.

(…) Con fundamento en las referidas disposiciones jurídicas, se advierte que el servicio especial de aseo incluye las actividades de recolección, transporte y tratamiento de los residuos sólidos que tengan las características anotadas que impidan su recolección, manejo, tratamiento o disposición de manera normal por el prestador y, si bien es cierto que la norma consagra un componente de disposición final, únicamente lo incluye para las actividades de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas.

Contrario a ello, en la definición de servicio ordinario de aseo, se reitera que la disposición final constituye un componente de éste, con total independencia del volumen y peso de los residuos objeto de esta actividad."

Este desarrollo permite a la Sala concluir que las actividades desplegadas por Proactiva Doña Juana S.A. para la prestación del servicio concurren en la definición provista para "servicio ordinario de aseo" en la actividad complementaria de disposición de residuos sólidos.

6. Análisis del problema jurídico y de los cargos formulados en el recurso de apelación.

6.1. De la conducta atribuida a la demandante.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, las normas cuyo incumplimiento se atribuye a la demandante y que originarron la imposición de la sanción, son las siguientes:

Del Decreto 838 de 2005:

*"**Artículo 10. Criterios operacionales.** La persona prestadora del servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, deberá garantizar, entre otras, el cumplimiento de las siguientes condiciones durante la fase de operación:*
(…)

5. Cubrimiento diario de los residuos.

(…)"

De la Ley 142 de 1994:

> ***"Artículo 136**. **Concepto de falla en la prestación del servicio.** La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos.*
>
> *El incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio se denomina, para los efectos de esta Ley, falla en la prestación del servicio.*
>
> *La empresa podrá exigir, de acuerdo con las condiciones uniformes del contrato, que se haga un pago por conexión para comenzar a cumplir el contrato; pero no podrá alegar la existencia de controversias sobre el dominio del inmueble para incumplir sus obligaciones mientras el suscriptor o usuario cumpla las suyas."*

De conformidad con las normas atrás reseñadas, Proactiva Doña Juana es una empresa prestadora de servicios públicos, cuya obligación es prestar el servicio en condiciones de continuidad y calidad, so pena de incurrir en la conducta que, en la ley de servicios públicos, se denomina falla en el servicio. En consonancia con lo anterior, no es de recibo que la actora, a través de su apoderado, afirme que es un tercero respecto de las relación empresa – usuario, pues es la encargada directa de la prestación del servicio de aseo, en virtud del contrato de concesión C-11 de 2000.

En esa medida, sobre la empresa recae la responsabilidad de cumplimiento de todas las obligaciones de cumplimiento de la normativa a la que debe estar sujeta, pues, de lo contrario, se puede hacer acreedora de la imposición de una sanción por parte de la SSPD.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la SSPD tiene competencia para controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que deben sujetarse las empresas prestadoras de servicios públicos, cuando afectan de forma directa o indirecta a los usuarios o suscriptores. No se requiere, entonces, acreditar una relación de causalidad entre la violación de las normas y el daño causado a los usuarios y suscriptores para que se pueda imponer la sanción al prestador, pues basta con que se incumplan las disposiciones que regulan la prestación de los servicios públicos para que la SSPD despliegue la actuación tendiente a determinar dicho incumplimiento e imponga las sanciones correspondientes.

Tampoco considera la Sala la prosperidad del argumento de la demandante, en el que asevera que la prestación del servicio se

efectuó conforme con las normas previstas inicialmente en el contrato de concesión, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 838 de 2005, la normativa sobre disposición final de residuos sólidos rige desde su promulgación y es a partir de ese momento que el prestador del servicio debe acatarlas.

A lo anterior se suma que el artículo 14 del Decreto 838 de 2005, atribuye a las empresas prestadoras de servicios públicos, en la actividad complementaria de disposición final que se encontraran en operación al momento de la entrada en vigencia de la norma, la siguiente competencia:

> ***"Artículo 14. De la persona prestadora del servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final.*** *La responsable de la operación y funcionamiento de los rellenos sanitarios será la persona prestadora de esta actividad complementaria del servicio público de aseo, quien* ***deberá cumplir con las disposiciones que para el efecto se establecen en el Reglamento Técnico del Sector, RAS, en el PGIRS, en el presente decreto, en la licencia ambiental.*** *Asimismo, deberá responder ante las autoridades ambiental y de salud, según corresponda, por los impactos ambientales y sanitarios ocasionados por el inadecuado manejo del relleno sanitario."*

Ahora bien, la apelante, en el recurso consideró que la sentencia de primera instancia no hizo un análisis del asunto, a efectos de encuadrar la conducta atribuida como incumplida en cabeza de la demandante.

Sobre el particular, la Sala advierte que la demandante sí falló en el manejo de los residuos sólidos e incumplió la norma de cobertura diaria, pues según se advierte en el informe de visita de la SSPD (fl. 85 cdno 3), ocasionó un impacto en la producción de lixiviados y de vectores y olores, como pasa a verse:

> *"Uso de coberturas:*
>
> ***En la Zona VIII sitio actual de disposición,*** *se observan grandes áreas con cobertura temporal según manifestó la Ingeniera de Frente esta área corresponde a 147.000m2 (Dato suministrado por comisión de topografía de operador) (…)*
>
> ***La cobertura empleada se compone de retazos longitudinales de material impermeable de diferentes tipos, el cual se encuentra en regular estado (Rasgado y perforado).*** *Este material de cobertura se*

sobre pone uno con otro y en ocasiones se piza (sic) con piedras y llantas.

(…)

*La resolución CAR 628 de 2008 menciona que **el área ocupada por la Zona VIII corresponde a 45 hectáreas** y teniendo en cuenta el dato de cobertura temporal suministrado durante la visita se puede establecer **que el área con cobertura temporal corresponde aproximadamente al 32.6% del total del la Zona VIII.** En el anterior cálculo no se tiene en cuenta el frente de trabajo que varía entre 1.2. Ha y 1.4. Ha, las cuales permanecen descubiertas.*

*Teniendo en cuenta el panorama anteriormente descrito, se puede inferir que **el tipo de cobertura temporal empleada y las zonas descubiertas está permitiendo el ingreso de agua lluvia al interior de las zonas de confinamiento del relleno,** lo cual general un impacto importante en la generación e lixiviados y en su posterior tratamiento.*

Otro factor que está estrechamente relacionado con la calidad de la cobertura temporal es la generación de vectores y olores, ya que la cobertura sirve como barrera física para impedir el ingreso de vectores y su posterior reproducción, así como esta barrera ayuda a retener y conducir los gases generados por los residuos orgánicos.

Actualmente se inició cobertura permanente de la parte de la Zona VIII (Ver imagen 11), según manifestó la ingeniera de Frente este proceso se continuará paulatinamente, pero no suministró información de las metas de cobertura.

CONCLUSIONES

(…)

Respecto a la cobertura temporal de la Zona VIII, se verificó que esta no brinda una adecuada protección para controlar el ingreso de aguas lluvias y vectores al interior del relleno.

De acuerdo con los antecedentes documentales y fotográficos con los que cuenta esta Superintendencia, se puede establecer que la llamada "cobertura temporal" con la que cuenta la Zona VIII es una práctica permanente en el manejo del relleno sanitario, lo que implica riesgos tanto para la comunidad como para la viabilidad de los demás componentes en el sistema de tratamiento." (Negritas y subrayados de la Sala)

El informe parcialmente transcrito da cuenta de que una amplia área de la Zona VIII del Relleno Sanitario Doña Juana no contaba con la cobertura adecuada de los residuos sólidos, conducta que fue la atribuida a la demandante y que originó la imposición de la sanción que ahora se cuestiona.

De acuerdo con los términos del informe, la conducta establecida en el artículo 10 [numeral 5] del Decreto 838 de 2005 se configuró, en la medida en que la demandante no cumplió con el

criterio operacional de cubrimiento diario de los residuos sólidos, lo que produjo un efecto negativo en la producción de lixiviados y la generación de olores y vectores. Esta omisión, a juicio de la Sala, afecta la prestación del servicio de aseo en condiciones de calidad y continuidad, pues desatiende criterios operacionales de manejo de residuos sólidos y da lugar a la imposición de sanciones, como la que se discute.

En cuanto a la prueba técnica que la demandante manifiesta no es prueba suficiente para imponer la sanción materia de debate, la Sala advierte que la misma no fue controvertida, habida cuenta de que la actora no presentó ni solicitó la práctica de ninguna otra que permitiera desvirtuar el dicho del informe técnico de visita. En efecto, si la demandante consideraba que la información consignada en el informe rendido por el delegado de la SSPD no reflejaba la realidad, debió presentar los argumentos y las pruebas que pudieran desvirtuar el dicho de la administración. Por el contrario, manifestó la propia actora que sí existieron problemas en las coberturas pero que estos fueron resueltos antes de la finalización del contrato y que así lo constató la interventoría.

Tampoco encuentra lugar, a juicio de la Sala, que la demandante alegara que cumplió con el manual de operaciones en cuanto a la cobertura con polietileno, pues esto no desvirtúa los hallazgos reseñados en el informe de visita que dan cuenta de que una amplia área de la Zona VIII del Relleno Sanitario Doña Juana no brindaba una adecuada protección para controlar el ingreso de aguas lluvias y vectores al interior del mismo, omisiones que, por demás, generaba un impacto negativo en el medio ambiente, afectando a la comunidad.

Para la Sala, el aspecto relevante en este caso, en cuanto a que origina la imposición de la sanción contenida en los actos demandados, es el hecho de no haber realizado la cobertura diaria de los residuos sólidos de manera adecuada, omisión que se encuentra reseñada en el informe de visita de la SSPD y que la demandante no logró desvirtuar.

6.2. De la violación a las normas superiores

A juicio de Proactiva Doña Juana, la SSPD, al expedir los actos acusados no tuvo en cuenta la realidad objetiva del contrato de

concesión, en la medida en que, para el año 2000, que se suscribió el contrato, la norma de manejo de residuos sólidos cuyo incumplimiento le fue imputado aún no existía, razón por la que se desconoció la filosofía de los artículos 49 y 366 de la CP.

Al respecto, la Sala se atiene a lo dicho en el capítulo anterior, respecto de la obligatoriedad en el cumplimiento de las normas sobre manejo de residuos sólidos y la vigencia de dichas normas.

Adicionalmente, resalta que los actos administrativos no cuestionaron el cumplimiento del contrato de concesión. Simplemente se limitaron a verificar, mediante el informe técnico de visita, el cumplimiento de las normas sobre el tratamiento de residuos sólidos y su manejo diario. De dicha verificación se advirtió que la demandante no cumplió con las normas sobre disposición final de los mismos y esa omisión fue la que originó la sanción que ahora se debate.

En este punto, la Sala considera oportuno precisar que independientemente del material utilizado para las coberturas diarias de los residuos sólidos manejados por la demandante, que alega efectuó con polietileno, la SSPD pudo verificar que aquel no brindaba una adecuada protección para controlar el ingreso de aguas lluvias y vectores al interior del relleno sanitario, como se dijo en precedencia. Esa indebida cobertura y el manejo deficiente de los residuos sólidos en la actividad de disposición final fueron los que llevaron a la SSPD a imponer la sanción que ahora se cuestiona y que la demandante no logró desvirtuar a lo largo del proceso.

En ese orden de ideas, para la Sala este cuestionamiento tampoco está llamado a prosperar.

6.3. De la falsa motivación

La falsa motivación puede presentarse desde una perspectiva jurídica o fáctica. La primera ocurre cuando hay inexistencia de fundamentos de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública o esta le ha dado a los motivos de derecho un alcance que no tienen. La segunda se presenta cuando los hechos de la decisión adoptada por la Administración no

existieron o cuando la realidad fáctica no concuerda con la analizada.

Así, para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: (i) o bien que los fundamentos de hecho y de derecho que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa o no le eran aplicables; o (ii) que la Administración omitió tener en cuenta hechos y normas que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

La demandante considera que los actos demandados son nulos por falsa motivación, pues al imponer la sanción, la SSPD no tuvo en cuenta los planes de gestión integral de residuos sólidos, el POT, la licencia ambiental, el reglamento técnico del sector, ni el reglamento operativo, ni los citó en los actos administrativos, razón por la que los actos carecen de motivos suficientes para imponer la sanción.

A respecto, la Sala advierte que la motivación de los actos acusados se encaminó a determinar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 numeral 5 del Decreto 838 de 2005 y del lo establecido en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994. Del estudio del caso concreto, la SSPD determinó que el prestador de servicios, Proactiva Doña Juana, no cumplió con las normas sobre disposición final de los residuos sólidos y, en consecuencia, impuso la sanción correspondiente.

Para imponer la sanción en cuestión, la SSPD tuvo como motivos, entre otros, los siguientes:

Volviendo entonces de cara al argumento del prestador, es claro que de conformidad con el Decreto 838 de 2005, la cobertura diaria, está referida, a una "Capa de material natural y/o sintético con que se cubren los residuos depositados en el relleno sanitario durante un día de operación."

En este sentido debe entenderse que, cuando el numeral 5 del artículo 10 del mencionado Decreto se señala que debe ser un cubrimiento diario, el mismo consiste en la realización de una actividad técnica idónea que garantice, entre otros, brindar una barrera física capaz de evitar el ingreso de agua lluvia a las zonas de confinamiento, evitar el ingreso de vectores y retener y conducir los gases generados en el proceso.

Así las cosas, como ya se dijo antes de la presente investigación corresponden a unos hallazgos encontrados en un momento dado, esto fue en la Visita de inspección que se realizó al relleno sanitario el día 28 de agosto de 2008, en donde se encontró, entre otros aspectos, los siguientes:

- *Áreas descubiertas.*
- *El material de cobertura no es homogéneo.*
- *La cobertura se hace mediante retazos del material.*
- *La cobertura se hace con material rasgado y perforado.*
- *Las tiras de material no se ubican en el sentido de la pendiente.*
- *La pata del talud está totalmente descubierta.*

Por lo anterior, es evidente que se encontró (sic) áreas descubiertas e incluso la pata del talud totalmente descubierta, lo que significa que allí no se estaba aplicando ninguna cobertura, por lo cual, el argumento del prestador en señalar que la técnica que se ha venido empleando es idónea y que la misma se hace de acuerdo con el plan de manejo ambiental y los diseños presentados por el mismo operador, además que la autoridad ambiental no ha cuestionado la idoneidad de la misma, resulta totalmente inocua frente a estos hallazgos pues aquí el prestador no empleó ninguna técnica, pues según lo encontrado en la visita habían áreas descubiertas o en el caso de la pata del talud estaba totalmente descubierta.

También encuentra el Despacho que además de lo ya expuesto, el hecho alegado por el prestador se controvierte por el informe de visita y el registro fotográfico anexo al mismo, pues no puede calificarse como idóneo el cubrimiento dadas las evidentes fallas encontradas y ya relacionadas, como por ejemplo: que en algunas partes haya cubrimiento pero con material rasgado y perforado.

De lo expuesto, el Despacho concluye que de las pruebas arrimadas a la actuación no hay la menor duda de que el prestador incurrió en el cargo endilgado.

Para la Sala, los motivos que tuvo en cuenta el acto administrativo son suficientes para la imposición de la sanción, habida cuenta de que explicó, con razones suficientes, que la demandante incumplió lo dispuesto en el artículo 10 numeral 5 del Decreto 838 de 2005 e incurrió en la conducta denominada como falla en el servicio, consignada en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994. Acreditada la omisión del prestador de servicios públicos, la Sala considera que no era necesario que el SSPD evaluara lo dispuesto en los planes de gestión integral de residuos sólidos, el POT, la licencia ambiental, el reglamento técnico del sector, ni en el reglamento operativo, pues era obligación del prestador acatar lo dispuesto en el Decreto 838 de 2005 y en la Ley 142 de 1994, normas que, como se advirtió en precedencia, fueron incumplidas por la demandante.

En consecuencia, la Sala considera que se cumplieron los presupuestos para que la SSPD, en ejercicio de su competencia, impusiera la sanción correspondiente a Proactiva Doña Juana S.A., por no cumplir las obligaciones de cubrimiento de residuos diarios.

Finalmente, en cuanto al argumento del apelante en el que advierte que al momento de analizar el caso, el Tribunal debió tener en cuenta los criterios de dosificación de la sanción, con base en el principio de la proporcionalidad de la conducta presuntamente violatoria y la sanción económica impuesta, se advierte que este es un argumento nuevo, que no fue presentado con la demanda, razón por la que la Sala se abstiene de su estudio.

Por lo anterior, la Sala considera que los cargos formulados por la parte demandante carecen de vocación de prosperidad y, por ende, confirmará la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 7 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero