

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expediente 2005 03782

Recurso de apelación contra la sentencia de 20 de marzo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Actores: FERNANDO YEPES GÓMEZ Y DAGOBERTO BUENDÍA RAMÍREZ

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por FERNANDO YEPES GÓMEZ Y DAGOBERTO BUENDÍA RAMÍREZ contra la sentencia de 20 de marzo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó todas las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1.La demanda

Los señores Fernando Yepes Gómez y Dagoberto Buendía Ramírez, presentaron demanda en ejercicio de la acción de simple Nulidad contra el Municipio de Santiago de Cali con el fin de que: (i) se declare la nulidad del Decreto No. 0603 de 2 de septiembre de 2005 expedido por el Alcalde (E) del municipio de Santiago de Cali, por medio del cual se regulan algunas actividades del municipio; (ii) se ordene a la demandada cumplir la sentencia en el término indicado en los artículos 176 y 177 del C.C.A.; (iii) se condene en costas a la demandada.

I.1.1. Fundamentos de hecho y derecho

I.1.1.1. Como antecedentes de hecho se mencionan los siguientes:

La administración de Santiago de Cali, ha regulado la actividad de los establecimientos públicos destinados al expendio de licor, bien sea bajo la denominación de taberna,

restaurante, discoteca, grill etc., fijando y restringiendo el horario para su funcionamiento.

De conformidad con el Decreto 007 de enero de 2005, este tipo de establecimientos pueden mantener su atención al público los días lunes a jueves desde las diez de la mañana (10 a.m.) hasta las dos de la mañana (2 a.m. del día siguiente, los días viernes y sábado desde la misma hora hasta las tres de la mañana (3 a.m.) y el día domingo hasta las diez de la noche (10 p.m.).

Teniendo en cuenta la naturaleza de los Clubes Sociales y/o Centros Sociales Privados y/o Clubes Privados y/o Asociaciones sin ánimo de lucro y/o clubes, su horario de atención a sus asociados o invitados son establecidos en forma autónoma, es decir no cobijados por las normas que regulan a los establecimientos de atención mencionados en el párrafo anterior, por tratarse de un domicilio privado de conformidad con el Código Nacional de Policía.

Mediante la norma demandada se determinó el horario para los establecimientos de comercio donde esté autorizado el expendio y/o consumo de bebidas embriagantes en el Municipio de Santiago de Cali (Zona urbana y rural), y se incluyeron dentro

de esta limitación las personas jurídicas que se hayan constituido o registrado en el Municipio de Santiago de Cali, bajo la denominación de clubes sociales y/o centros sociales privados y/o clubes privados y/o asociaciones sin ánimo de lucro y/o clubes, que ofrezcan servicios o actividades de recreación, expendio y consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, o cualquier tipo de espectáculo que no sea dirigido exclusivamente a sus asociados de conformidad con las normas del derecho privado, sino a toda clase de público o de modo que trascienda de lo **privado** con un fin eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo, los cuales se regirán por las ordenanzas, los acuerdos, decretos y reglamentos de policía vigentes sobre la materia y su incumplimiento acarreará las sanciones previstas en los mismos.

I.1.1.2. La actora señala como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 123, 124, 125 y 315 de la Constitución Nacional, las Leyes 153 de 1887 y 136 de 1994 y los Decretos 1355 de 1970, 2055 de 1970 y 522 de 1971

I.1.1.3. El concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los términos que se resumen a continuación:

Señala que la administración con miras a conservar el orden público puede restringir la actividad de los gobernados, pero dicho control es limitado en tanto existen esferas del ámbito privado que deben ser respetadas por el Estado.

Indica que no obstante, la administración no podía regular la actividad de establecimientos para atención al público destinados al expendio de bebidas alcohólicas, alimentos etc., y entre ellos los clubes sociales y/o centros sociales privados y/o clubes privados y/o asociaciones sin ánimo de lucro, pues este tipo de establecimientos se asimilan a domicilios privados cuya actividad no puede ser restringida por autoridad pública, por expresa prohibición del artículo 73 del Código Nacional de Policía.

Destaca la falsa motivación del acto acusado, la cual funda en el hecho que en el se afirma que existe información suministrada por organismos de seguridad del Estado, conforme a los cuales en el municipio de Santiago de Cali se han incrementado los establecimientos que se publicitan como clubes sociales y/o centros sociales privados y/o clubes privados, donde se realizan actividades con fines eminentemente comerciales y por tanto lucrativos, operando como sala de baile, discoteca, grill o similar.

Manifiesta que la administración presume que dichos establecimientos no cumplen con sus finalidades, y que si lo que pretenden es corregir una anomalía con el funcionamiento de clubes, ello deberá hacerse a través de los respectivos procedimientos policivos y/o administrativos, cuando pueda demostrarse la actividad lucrativa de los mismos, para aplicarles la sanción y la correspondiente advertencia en cuanto al horario permitido para su funcionamiento.

I.2. La contestación de la demanda.

I.2.1.El municipio de **SANTIAGO DE CALI** contestó la demanda y solicitó denegar las pretensiones de la misma, con los argumentos que se resumen a continuación:

Considera la demandada que no hay razón para declarar la nulidad del acto atacado, toda vez que fue derogado por el decreto 008 de 6 de enero de 2006, modificado posteriormente por el decreto 0098 de 2006, por lo cual no existe razón para declarar su nulidad.

Añade que en todo caso, el Alcalde del municipio de Santiago de Cali está plenamente facultado para dictar las medidas

necesarias con el fin de garantizar el mantenimiento del orden público y la seguridad en dicha entidad territorial.

Advierte que los artículos 7 y 111 del Código Nacional de Policía permiten a los alcaldes en desarrollo de la función de policía, la reglamentación del ejercicio de la libertad desarrollada en un lugar público o de modo que trascienda la esfera de lo privado, siendo ésta la función ejercida mediante el decreto demandado.

Indica que situaciones constantes de accidentes, lesiones personales y muertes causadas por el alcohol y las drogas, quejas por el ruido, ocupación del espacio público etc., motivaron la aplicación de horarios haciendo primar con ello el interés general sobre el particular.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se exponen a continuación:

En primer lugar aclara que el hecho de que el acto acusado haya sido derogado no impide que el juez se pronuncie sobre su legalidad o ilegalidad, dado que solo de esa forma se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que se logra solamente con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso y no con la derogatoria de la norma.

Señala que, para la expedición de la normativa atacada, el Alcalde del municipio de Santiago de Cali cuenta con las facultades que le confieren los artículos 315 de la Carta Política, 91 de la ley 136 de 1994 y 7 del Decreto 1355 de 1970 (Código nacional de Policía).

Deriva de lo anterior que el alcalde municipal es en esa entidad territorial la máxima autoridad en materia de orden público y para conservarlo puede establecer restricciones, en la circulación de personas por las vías y lugares públicos, en el expendio y consumo de bebidas embriagantes, en la libertad, etc.

En relación con la libertad, señala el Tribunal que el ejercicio de ella puede reglamentarse cuando ella se

desarrolla en un lugar público o en un lugar abierto al público o de modo que trascienda el ámbito privado.

Indica que si bien el Código Nacional de policía considera como domicilio los establecimientos de educación, los clubes sociales, los círculos deportivos, los lugares de reunión de las corporaciones privadas, las oficinas, los talleres y los demás recintos donde se trabaja, entre otros, no puede afirmarse que el acto administrativo demandado pueda haber vulnerado el principio de inviolabilidad del domicilio, por cuanto claramente introduce un requisito, o más bien una condición que es la que permite su aplicación, y es la realización de actividades que trasciendan lo privado, condicionándose de esta forma la facultad de la administración de regular y/o controlar su actividad.

Advierte el a quo que, si los referidos clubes y/o establecimientos privados, no realizan esta clase de actividades públicas, sino por el contrario ellas se dirigen exclusivamente a sus asociados, no podrán ser controlados y/o restringida su actividad, horarios etc., por la administración, pues, en este evento, ciertamente se estaría afectando la protección legal que la ley confiere al domicilio, situación ésta que no se presenta en el sub lite.

En cuanto a la falsa motivación del acto administrativo, considera el tribunal que ella no fue acreditada, pues en ningún momento aportó pruebas que permitan sostener que no son ciertas las razones aducidas por la administración en las motivaciones del acto acusado, por lo cual tampoco es de recibo la afirmación de la actora en el sentido que la administración está presumiendo que los establecimientos privados no cumplen con sus finalidades.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apelante, fincó su inconformidad, en esencia, en los mismos argumentos que esgrimieron en la demanda, esto es, básicamente: (i) inexistencia de los antecedentes fácticos que motivaron la expedición del acto impugnado; (ii) violación del Código Nacional de Policía al restringir el horario de actividades que se desarrollan en establecimientos que se asimilan a domicilio privado.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-El Decreto 0603 de 2 de septiembre de 2005 establece:

Decreto 0603 de 2005

(Septiembre 2)

Por medio del cual se regulan algunas actividades en el municipio de Santiago de Cali

El ALCALDE DE SANTIAGO DE CALI (E), EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES, en especial las contempladas en el artículo 315 de la Constitución Política, el literal b) numeral 2b) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, los artículos 7 y 111 del Decreto Nacional 1355 de 1970

CONSIDERANDO

(...)

Que según información suministrada por organismos de seguridad del Estado, en el municipio de Santiago de Cali, zona urbana y rural, en los últimos años se han incrementado los establecimientos que se publicitan como CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, donde se realizan actividades exclusivamente con un fin eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo operando como Sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, en los cuales se expenden y consumen licor y eventualmente alimentos.

(...)

ARTICULO PRIMERO.-Las personas jurídicas que se hayan constituido o registrado en el Municipio de Santiago de Cali, bajo la denominación de CLUBES SOCIALES Y/O

CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, que ofrezcan servicios o actividades de recreación, expendio y consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, o cualquier tipo de espectáculo que no sea dirigido expresamente a sus asociados de conformidad con las normas de derecho privado, sino a toda clase de público o de modo que trascienda de lo privado con un fin eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo, se regirán por las leyes, Ordenanzas, Acuerdos, decretos y Reglamentos de Policía vigentes sobre la materia y su incumplimiento acarreará las sanciones previstas en los mismos.

Cuando estas personas jurídicas prescriban en sus estatutos la ausencia de ánimo de lucro, la aprobación de los mismos deberá efectuarse conforme a las disposiciones civiles sobre la materia.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El presente Decreto rige a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Municipio de Santiago de Cali y deroga las normas que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

2. El apelante aduce los argumentos de la demanda, y hace énfasis en (i) la inexistencia de los antecedentes fácticos que motivaron la expedición del acto impugnado y (ii) la violación del Código Nacional de Policía al restringir el horario de actividades que se desarrollan en establecimientos que se asimilan a domicilio privado.

3. Al respecto, la Sala considera necesario recordar lo dicho en un caso semejante, cuyos argumentos se prohíjan en el presente asunto, donde se demandó el artículo 1° del Decreto

municipal 0008 de 2006, expedido también por el alcalde de Cali, donde se establecieron horarios de funcionamiento para todos los establecimientos de comercio donde esté autorizado el expendio y/o consumo de bebidas embriagantes en el Municipio de Santiago de Cali (Zona urbana y rural). Así mismo para personas jurídicas que se hayan constituido o registrado en el Municipio de Santiago de Cali, bajo la denominación de CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, que ofrezcan en zona urbana o rural servicios o actividades de recreación, expendio y consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, centros sociales, casas o salones de eventos o cualquier tipo de espectáculo o de modo que trascienda de lo **privado** con un fin eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo.

En esa oportunidad la Sala manifestó:

En segundo lugar, establece la condición de que las actividades de recreación, expendio y consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, centros sociales, casas o salones de eventos o cualquier tipo de espectáculo que ofrezcan las referidas personas jurídicas que se hayan constituido o registrado (...) bajo la denominación de CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, lo hagan con un fin eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo.

Todo lo anterior deja a salvo los referidos CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES

PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, que ofrezcan las mencionadas actividades sin ánimo de lucro y cuya actividad se circunscriba al ámbito **privado**, esto es, que en el desarrollo de sus actividades no opere como un establecimiento comercial de diversión, expendio de bebidas embriagantes y demás servicios propios de negocios como bares, griles, discotecas, casinos y de diversión nocturna en general, bajo el ropaje de club y/o centro **social privado**.

De modo que las organizaciones que no sólo se denominen, sino que realmente sean y operen como clubes y/o centros sociales o deportivos no resultan afectados en modo alguno por la disposición acusada, toda vez que de suyo su actividad va a estar limitada a su ámbito **privado** y enmarcada en condiciones y características que son muy reconocidas y fácilmente diferenciables de las organizaciones que no obstante su etiqueta de club **social** no son realmente negocios privados, de personas naturales o jurídicas, que explotan bajo esa apariencia las actividades de diversión nocturna para evadir los controles y limitaciones que las autoridades policivas han venido adoptando mediante normas y medidas de la misma naturaleza.

Al efecto, lo **privado** ha de entenderse bajo la primera acepción que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, según la cual es lo "Que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna", que es justamente lo que no sucede en los comentados lugares o sitios comerciales que funcionan bajo la denominación de club **social** o centro **social** o cultural, puesto que por su ubicación, condiciones físicas y la forma como se ofrecen los servicios y en que el público accede a ellos y se comporta dentro de los mismos es evidente su carácter de establecimiento comercial o, lo que es igual, que trasciende al público.

De esa forma, la disposición se encuadra en la facultad de los alcaldes señalada en el artículo 7° del Decreto 1355 de 1970, toda vez que justamente está reglamentando el ejercicio de la libertad en cuanto se "desarrolle en lugar que trascienda de lo **privado**"¹.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010).

De lo anterior se deriva que la disposición aquí atacada no vulnera, como lo afirma el demandante, el artículo 73 del Código Nacional de Policía pues éste prescribe que: "El acceso al domicilio o a sitio privado donde se ejerza trabajo o recreación familiar, requiere consentimiento de su dueño o de quien lo ocupe", mientras la norma demandada solamente está haciendo referencia a aquellas actividades que trasciendan lo privado.

En consecuencia el cargo no prospera.

4. Tampoco encuentra Sala falta de motivación o falsedad de la misma en la expedición del acto demandado que se funda básicamente en *"Que según información suministrada por organismos de seguridad del Estado, en el municipio de Santiago de Cali, zona urbana y rural, en los últimos años se han incrementado los establecimientos que se publicitan como CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, donde se realizan actividades exclusivamente con un fin*

eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo operando como Sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, en los cuales se expenden y consumen licor y eventualmente alimentos.

En el expediente obran como pruebas los antecedentes administrativos del Decreto demandado, y se encuentra el Informe Anual de Delitos de Mayor Impacto Social durante el 2004², elaborado por el Observatorio Social de la Alcaldía de Santiago de Cali-Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad Ciudadana.

El actor no ha desvirtuado lo que se afirma en el informe citado, y como lo señaló la Sala en el fallo antes mencionado, "en muchos casos son negocios privados camuflados o mimetizados en las aludidas formas nominativas, con lo cual se han convertido en modos de evadir la acción de las autoridades policivas y afectar impunemente el orden público, especialmente respecto de la seguridad, la salubridad y la tranquilidad ciudadana, así como para evadir el fisco en los diferentes órdenes territoriales, con perjuicio incluso de la

² Folios 4 a 30 del cuaderno 2.

imagen altruista o benéfica que corresponde a esas denominaciones o instituciones sociales".

Así las cosas, el a quo no erró al denegar las pretensiones de la demanda, por lo cual se impone confirmar la sentencia apelada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de marzo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída,
discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO