

## **LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN – Otorgada en tanto no se trata de una casa de prostitución**

Relacionando los preceptos señalados por el demandante, por el fallo que se revisa y por el señor Fiscal del Consejo como vulnerados por la Resolución acusada, se llega a la conclusión de que la providencia de la Gobernación, que determinó la querrela contencioso-administrativa, no se halla afectada de nulidad. (...). [D]el dictamen pericial y de la inspección ocular en que se fundó la Gobernación para dictar la Resolución que se demanda, se desprende que el edificio donde el señor Yi proyecta fundar la sucursal de su establecimiento Shop Suey, dista más de una cuadra del local donde funciona la escuela urbana de varones, y que el frente del edificio del señor Yi no da vista a dicha escuela. (...). [E]s evidente que el aparte b) del artículo 29 de la Ordenanza 21 de 1933 estatuye que a menos de mil metros de una escuela no pueden establecerse casas de prostitución y tolerancia; que el artículo 23 del Decreto 471, de la Gobernación, prescribe que no podrá quedar estanquillo cercano a escuela o establecimiento de educación, y que el 89 de la Ley 88 de 1925 estatuye la prohibición de mantener cantinas y billares a menos de una cuadra de las escuelas y colegios. Con todo, ninguna de las normas que se dejan citadas afecta el derecho que asiste al señor Yi para que se le conceda el permiso solicitado ante la Alcaldía de Cartagena, porque las disposiciones de la Ordenanza 21 invocadas por el señor Francisco López y por el Tribunal sentenciador no son aplicables a la situación controvertida, comoquiera que ellas contemplan un caso fundamentalmente distinto, como es el establecimiento de casas de prostitución y tolerancia, y el señor Yi proyecta abrir en el barrio de El Prado una sucursal del Shop Suey, que, al decir del propio demandante, es un establecimiento donde se expenden licores departamentales y en donde funcionan billares, pues si el Shop Suey fuera un lugar de prostitución y tolerancia no se explicaría su funcionamiento nada menos que frente a la Alcaldía Mayor, en una de las plazas principales de la ciudad, y sería inconcebible que el Jefe de la Administración seccional, después de practicar una inspección ocular, resolviera que el Alcalde permitiera la apertura de la sucursal susodicha. (...). [E]n presencia de la realidad que proyecta el expediente, no puede considerarse la Resolución acusada como violatoria de las ordenanzas ni de las leyes, y ni siquiera de los Decretos citados en los autos, y, por consiguiente, es insostenible la sentencia recurrida, la cual debe revocarse por más que haya buscado como finalidad el abrir una campaña moralizadora que no tiene respaldo sólido en la actual legislación. (...). Los actos de los Gobernadores sólo son anulables por ser contrarios a la Constitución, la ley o las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles al tenor de lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley 130 de 1913, norma que tiene su fundamento en que los Gobernadores pueden modificar, adicionar o revocar sus propios actos. (...). Lo dicho es bastante para hacer visible el error del Tribunal "a quo" al apoyar el fallo de nulidad de una resolución del Gobernador en que ella viola decretos de la misma Gobernación, sin tener en cuenta que en el supuesto de que el acto de la Gobernación fuera anulable por ese concepto, carecería el Tribunal de jurisdicción para pronunciar la nulidad.

**FUENTE FORMAL:** LEY 88 DE 1925 – ARTÍCULO 89 / LEY 130 DE 1913 – ARTÍCULO 111

## **CONSEJO DE ESTADO**

**Consejero ponente: NICOLÁS TORRES NIÑO**

Bogotá, quince (15) de noviembre de mil novecientos treinta y ocho (1938)

**Radicación número:**

**Actor: FRANCISCO LOPEZ C**

**Demandado: GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**

El señor Francisco López C. instauró, ante el Tribunal Administrativo de Cartagena, el 28 de marzo de 1936, demanda contra la Resolución sin número, de fecha primero de febrero del mismo año, dictada por el Gobernador del Departamento de Bolívar, recaída a la solicitud de revocatoria formulada por el señor José Yi, respecto de la providencia de 10 de julio de 1935, proferida por la Gobernación con motivo de la petición hecha por el mismo señor Yi, ante la Alcaldía de Cartagena, para que se le concediera permiso de establecer en el barrio de El Prado una sucursal de su establecimiento Shop Suey, que viene funcionando en la Plaza del Ecuador, frente al edificio de la Alcaldía.

Como el Tribunal del conocimiento desatara el litigio declarando la nulidad de la Resolución demandada, el apoderado del señor Yi interpuso recurso de apelación para ante esta Superioridad.

Concedida la alzada y tramitada la segunda instancia sin que la actuación presente nulidad alguna, es de rigor decidir el recurso, a lo cual se procede con base en las siguientes consideraciones:

La Resolución acusada dice:

"Gobernación del Departamento, Cartagena, febrero primero de mil novecientos treinta y seis.

"Por memorial de 17 de noviembre del pasado año, el señor José Yi reclama de la providencia de la Gobernación, de fecha 10 de julio del mismo año, pero, notificada el mismo día de la presentación de su reclamo, providencia en virtud de la cual se confirmó la de la Alcaldía de esta ciudad, que dispone negar al memorialista el permiso para establecer una sucursal de su establecimiento de la ciudad, denominado Shop Suey. .... Por la simple lectura del expediente se observa que para dictaminar si del punto en donde el señor José Yi desea establecer su negocio hay las distancias que señalan el Código de Policía y las ordenanzas que lo reforman, con respecto a una escuela pública que funciona en el mismo Corregimiento, que lo es el del Pie de La Popa, se practicaron varias inspecciones oculares. Esas diligencias de inspección son

contradictorias, pues los señores peritos que actuaron en una, conceptúan que el establecimiento de la sucursal del señor José Yi, en el punto en que él indica, pretermitiría el aludido Código, en lo que respecta a la distancia que éste establece para que funcionen cantinas y escuelas; y, por su parte, el señor Ingeniero Municipal y el Oficial Mayor de la Alcaldía del conocimiento, consideran que no hay inconveniente en acceder a lo pedido por el señor José Yi, porque 'no existe la distancia que exige la ley', agregando el funcionario citado, en primer término, que la situación en que está la escuela de niñas, está muy alejada, y la posición oblicua no afecta en nada/ De la inspección ocular que se dice practicada por anterior personal de la Gobernación, no se hace mención especial alguna, ya que la diligencia carece de valor, desde luego que no lleva la firma del Gobernador. En presencia de esta disparidad de opiniones, el suscrito dispuso practicar personalmente, en forma semioficial, una inspección al local en que se desea establecer la cantina y en el que está la escuela, y en tal acto pudo constar, por propias percepciones, que no sólo la distancia sino la posición de dicho plantel, con respecto al local que tiene el señor José Yi para su sucursal, no afecta en nada dicha escuela, ni hay razón para pensar que sea motivo de que las alumnas presenciaren actos reñidos con la moral. La escuela queda situada al frente de uno de los lados del Matadero Moderno, dentro de la línea de la calle, y el local del memorialista tiene frente a la carretera que conduce al Bosque, de tal suerte que para presenciar los hechos que ocurran en la cantina, con respecto a la situación del local de la escuela, habría que trasladarse a aquel lugar, pues se hace imposible observar nada por razón de la posición de ambas propiedades. Por otra parte, las autoridades de policía están obligadas a vigilar el funcionamiento de los establecimientos públicos, a imponer las sanciones a que haya lugar y hasta ordenar la clausura de ellos por contravención a las leyes y ordenanzas relativas al orden y moralidad públicos; y es claro que para que puedan sancionarse tales contravenciones, hay necesidad de que previamente se cometan. Pensar de otra manera sería establecer un criterio cerrado y sentar un prejuicio.

"Por las razones que anteceden, la Gobernación (sic), y en su lugar resuelve que el señor Alcalde Mayor conceda el permiso que se solicita por el señor José Yi para establecer una sucursal de su establecimiento Shop Suey, con las advertencias y prevenciones de rigor, y estableciendo la debida vigilancia a fin de que no ocurran contravenciones a las disposiciones de policía.

"Copíese, notifique se y devuélvase a la oficina de su procedencia. Cúmplase.  
“(Firmado), Manuel F. Obregón, El Secretario de Gobierno (firmado), Miguel Gómez Fernández”

Afirma el demandante ser vecino del barrio de El Prado, de Cartagena, situado a inmediaciones del Matadero Moderno, y en la vía que conduce al barrio del Bosque; que contigua a su casa funciona una escuela pública de niños desde hace algún tiempo; que frente a estas propiedades ha construido el señor José Yi, de nacionalidad china, un edificio especial para cabaret, y como solicitó a la Alcaldía permiso para abrir allí un establecimiento con el pretexto de que se trata de una sucursal de su establecimiento Shop Suey, que funciona frente al edificio de la Alcaldía, en la Plaza del Ecuador, el cual no es sino un

estanquillo, se opuso a que se otorgara la licencia; que la Alcaldía, después de practicar una inspección ocular, negó a Yi el permiso, mas como éste apelara ante la Gobernación, obtuvo el recurrente la revocatoria de la Resolución de la Alcaldía, por medio del acto que demanda.

El actor sostiene en su libelo que la Resolución que acaba de transcribirse viola la Ordenanza 21 de 1933, en los ordinales a) y b) del artículo 2º; el artículo 23 del Decreto 471, de 13 de junio de 1925, reglamentario de la Ordenanza 62 del mismo año, y el artículo 11 de la Ley 88 de 1923, que preceptúan:

El ordinal a) del artículo 2º de la Ordenanza 21:

"Desde la promulgación de la presente Ordenanza queda prohibido el establecimiento de casas de prostitución o de tolerancia en lugares de tránsito obligado y frecuentados por los habitantes de otro barrio o barrios adyacentes, o en lugares por donde tengan que transitar alumnos de escuelas urbanas o rurales y disten menos de quinientos metros (500) de la vía de tránsito obligada."

El ordinal b) del propio artículo:

"Queda igualmente prohibido el establecimiento de casas de prostitución o de tolerancia en el centro de los barrios habitados por familias honestas o en lugares que no disten menos de mil metros, como minimum, de planteles de educación o de enseñanza, iglesias, casas de beneficencia, hospitales, monasterios, gota de leche, casa de corrección y oficinas públicas, a excepción de las de Policía, que se estiman indispensables para la vigilancia y seguridad públicas."

El 23 del Decreto 471:

"No podrá quedar situado estanquillo cercano a escuela o establecimiento de educación o templo destinado al culto católico." Y el artículo 11 de la Ley 88 de 1923:

"La enseñanza antialcohólica es obligatoria en todos los establecimientos de educación. La Dirección Nacional de Higiene redactará una cartilla de enseñanza antialcohólica, en la que se hagan resaltar los funestos efectos del consumo de licores embriagantes, cartilla que será editada por el Gobierno y repartida profusamente en el público y en los establecimientos de educación."

El señor Yi se hizo reconocer en el negocio como impugnador y sus derechos de tal los ejerció por medio de apoderado, quien, como actividad visible de su gestión, desconoció la competencia del Tribunal para conocer de la querrela.

El Tribunal a quo falló la controversia así:

"Primero. El Tribunal sí puede revisar la Resolución acusada al tenor del artículo 111 de la Ley 130 de 1913, ya que por ella no se pone fin a ningún

juicio, ni es de carácter penal ni tampoco de carácter civil, sino meramente administrativa.

"Segundo. El ordinal b) del artículo 2º de la Ordenanza 21 de 1933, en armonía con el artículo 6º del mismo acto, prohíben el establecimiento de expendio de licores o bebidas fermentadas en lugares que no disten menos de un mil metros, como minimum, de los barrios habitados por familias honestas, de planteles de educación o de enseñanza, iglesias, casas de beneficencia, hospitales, monasterios, gota de leche, casas de corrección, etc., etc.; y,

"Tercero. El Decreto 471, de 13 de junio de 1935, de la Gobernación del Departamento, dispone que no podrá quedar situado ningún estanquillo cercano a escuelas, establecimientos de educación, etc. Igual prohibición hace el artículo 53 del Decreto 178 de 1934 de la Gobernación del Departamento, orgánico de la instrucción primaria.

"Con la diligencia de inspección ocular que se deja transcrita, queda ampliamente acreditado que el local del señor José Yi, en donde va a establecerse una cantina-restauran, queda a una distancia de 120 metros de una escuela, hecho que pugna con los artículos 29, ordinal b), en armonía con el 69 de la Ordenanza 21 de 1933, y también con los Decretos aquí citados."

El señor Fiscal del Consejo, en su vista de fondo, conceptúa:

"Considero que la sentencia recurrida debe confirmarse, porque, según la inspección ocular practicada por el Tribunal, efectivamente aparece que entre la escuela de varones del barrio de El Prado y el edificio donde va a establecerse la cantina - restauran del señor José Yi, hay una distancia de 120 metros, lo cual es violatorio de la Ordenanza 21 de 1933 y de la Ley 88 de 1925, que en su artículo 8º dice:

"Queda igualmente prohibido el establecimiento de cantinas y billares a menos de una cuadra de las escuelas y colegios."

Relacionando los preceptos señalados por el demandante, por el fallo que se revisa y por el señor Fiscal del Consejo como vulnerados por la Resolución acusada, se llega a la conclusión de que la providencia de la Gobernación, que determinó la querrela contencioso-administrativa, no se halla afectada de nulidad, como pasa a demostrarse.

Con efecto, del dictamen pericial y de la inspección ocular en que se fundó la Gobernación para dictar la Resolución que se demanda, se desprende que el edificio donde el señor Yi proyecta fundar la sucursal de su establecimiento Shop Suey, dista más de una cuadra del local donde funciona la escuela urbana de varones, y que el frente del edificio del señor Yi no da vista a dicha escuela. Estos aspectos salientes, objeto de las observaciones personales del señor Gobernador de Bolívar, del Ingeniero Departamental y del Oficial Mayor de la Gobernación, fueron posteriormente confirmados por los peritos que intervinieron en la inspección ocular que practicó el Tribunal de primera instancia. De ahí que dicha corporación, en la parte motiva del fallo materia de

la alzada, admita como establecido el hecho de que el local del señor Yi queda a una distancia de 120 metros de la escuela. Ahora bien: es evidente que el aparte b) del artículo 29 de la Ordenanza 21 de 1933 estatuye que a menos de mil metros de una escuela no pueden establecerse casas de prostitución y tolerancia; que el artículo 23 del Decreto 471, de la Gobernación, prescribe que no podrá quedar estanquillo cercano a escuela o establecimiento de educación, y que el 89 de la Ley 88 de 1925 estatuye la prohibición de mantener cantinas y billares a menos de una cuadra de las escuelas y colegios.

Con todo, ninguna de las normas que se dejan citadas afecta el derecho que asiste al señor Yi para que se le conceda el permiso solicitado ante la Alcaldía de Cartagena, porque las disposiciones de la Ordenanza 21 invocadas por el señor Francisco López y por el Tribunal sentenciador no son aplicables a la situación controvertida, comoquiera que ellas contemplan un caso fundamentalmente distinto, como es el establecimiento de casas de prostitución y tolerancia, y el señor Yi proyecta abrir en el barrio de El Prado una sucursal del Shop Suey, que, al decir del propio demandante, es un establecimiento donde se expenden licores departamentales y en donde funcionan billares, pues si el Shop Suey fuera un lugar de prostitución y tolerancia no se explicaría su funcionamiento nada menos que frente a la Alcaldía Mayor, en una de las plazas principales de la ciudad, y sería inconcebible que el Jefe de la Administración seccional, después de practicar una inspección ocular, resolviera que el Alcalde permitiera la apertura de la sucursal susodicha.

Pero hay más: el Decreto 473 no puede oponerse como determinante de nulidad de la Resolución demandada, toda vez que los actos de los Gobernadores sólo son anulables por ser contrarios a la Constitución, la ley o las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles, al tenor de lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley 130 de 1913, norma que tiene su fundamento en que los Gobernadores pueden modificar, adicionar o revocar sus propios actos. Por otra parte, si se tiene en cuenta que el artículo 23 del Decreto que se comenta no determina la distancia a que se contrae la prohibición, dado el alcance un tanto vago de la locución "no podrá quedar situado estanquillo cercano a escuela," incuestionablemente esa distancia a que se refiere la expresión "cercano" no puede ser mayor de la fijada por el artículo 8º de la Ley 88 de 1925, que es de una cuadra, en cuyo caso la Resolución cuestionada tampoco afecta el Decreto prenombrado. Todo lo cual es bastante para hacer visible el error del Tribunal al apoyar el fallo anulatorio que se revisa, en que la Resolución viola decretos de la misma Gobernación, sin tener en cuenta que en el supuesto que el acto de la Gobernación fuera anulable por ese concepto, carecería de jurisdicción para pronunciar la nulidad.

Resta examinar el problema de la nulidad de que se trata a la luz de los artículos 11 de la Ley 88 de 1923, y del 89 de la 88 de 1925. La Resolución querellada no contraría el estatuto de 1923 porque del hecho de que el legislador ordene que es obligatoria la enseñanza antialcohólica en las escuelas, no se sigue que se prohíban los expendios de bebidas alcohólicas situados a más de la distancia determinada por la ley, porque ello iría contra la libertad de industria y contra el ejercicio de una ocupación u oficio lícito; y, finalmente, el acto demandado no viola el artículo 89 de la Ley 88 de 1925,

porque esta norma de modo terminante no permite el funcionamiento de cantinas y billares a menos de una cuadra de las escuelas y colegios, y en la inspección ocular consumada por el Tribunal quedó plenamente acreditado que el local donde se propone el señor Yi poner la sucursal de su establecimiento Shop Suey dista más de una cuadra de la escuela de niños que funciona en el barrio de El Prado.

De donde resulta que en presencia de la realidad que proyecta el expediente, no puede considerarse la Resolución acusada como violatoria de las ordenanzas ni de las leyes, y ni siquiera de los Decretos citados en los autos, y, por consiguiente, es insostenible la sentencia recurrida, la cual debe revocarse por más que haya buscado como finalidad el abrir una campaña moralizadora que no tiene respaldo sólido en la actual legislación.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, en desacuerdo con su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, revoca la providencia apelada y en su lugar declara que la Resolución acusada no es nula por hallarse ajustada a la ley. Asimismo, levántase la suspensión provisional decretada.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

**TULIO ENRIQUE TASCÓN, NICOLÁS TORRES NIÑO, PEDRO MARTÍN QUIÑONES, ELIAS ABAD MESA, RAMÓN MIRANDA, GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS, RICARDO TIRADO MACÍAS, LUIS E. GARCIA V., SECRETARIO**