

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B**

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 25899-33-33-001-2015-00591-01
Actor: JUAN PABLO CARDONA GONZÁLEZ
Demandado: MUNICIPIO DE CAJICÁ
Referencia: NULIDAD SIMPLE – APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, esto es, el señor Juan Pablo Cardona González, contra la sentencia del 8 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Zipaquirá (fls. 200 a 208 vtos. cdno. no. 1), mediante la cual se dispuso lo siguiente:

- "1. Se niegan las súplicas de la demanda, atendiendo a lo expresado en la parte motiva del presente proveído.*
- 2. Sin condena en costas, de conformidad con lo expuesto.*
- 3. A costa de la parte interesada, expídanse las copias que sean solicitadas.*
- 4. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente." (fl. 208 vto. cdno. no. 1).*

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

Mediante escrito radicado el día 2 de octubre de 2015 en la Secretaría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, el señor Juan Pablo Cardona González, actuando en su propio nombre, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad (fls. 1 a 20 cdno. no. 1), con las siguientes súplicas:

"V. PRETENSIONES

Con fundamento en todo lo anterior, por vulnerar directamente el Decreto 131 de 1990 lo establecido por los artículos 29 y 333 de la Constitución; por violar directamente lo establecido por los artículos 116, 187, 188, 213 y 226 del Decreto Ley 1355 de 1970, "Por el cual se dictan normas sobre policía" solicito declarar nulo el **DECRETO No. 131 DE 1990 (DICIEMBRE 6) "POR EL CUAL SE DEROGA EL DECRETO No. 029 DEL 21 DE ABRIL DE 1987, SE PROHIBEN LAS VENTAS AMBULANTES Y ESTACIONARIAS SOBRE EL ESPACIO PÚBLICO EN LA JURISDICCIÓN MUNICIPAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"** acto administrativo suscrito y expedido por la Alcaldesa Municipal de Cajicá de aquel entonces doctora ANA LUCÍA MARTÍNEZ GAITAN, al carecer de competencia el Alcalde Municipal de Cajicá Cundinamarca para prohibir el ejercicio de las libertades económicas, como lo es hacerlo con las ventas ambulantes, y ordenar contravenciones de decomiso no estatuidas por el legislador, pues la prohibición del ejercicio de las libertades económicas, así como la ordenanza de los medios correctivos de policía tienen reserva legal."

2. Hechos.

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Informa que la alcaldesa Municipal de Cajicá – Cundinamarca de la época expidió el Decreto 131 de 1990, mediante el cual prohíbe las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público de dicho municipio y ordenó medidas correctivas de decomiso de mercancías a quienes contravinieran las disposiciones del mencionado decreto.
- 2) Comunica que, el aquí demandante, actuando como coadyuvante del señor Félix Arturo Palacios Arenas, mediante escrito del 19 de junio de 2015, solicitó la revocatoria directa del Decreto 131 de 1990, no obstante, la administración negó dicha solicitud mediante Oficio del 21 de agosto de 2015.

3. Disposición demandada.

**"DECRETO No. 131 DE 1990
(DICIEMBRE 6)**

POR EL CUAL SE DEROGA EL DECRETO No. 029 DEL 21 DE ABRIL DE 1987, SE PROHIBEN LAS VENTAS AMBULANTES Y ESTACIONARIAS SOBRE EL ESPACIO PÚBLICO EN LA JURISDICCIÓN MUNICIPAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES:

LA ALCALDESA MUNICIPAL DE CAJICÁ, en uso de sus atribuciones legales y en especial las que le confiere la Ley 9ª de 1989, y

CONSIDERANDO

- a) *Que el espacio público es patrimonio de todos los ciudadanos y en el Municipio se ha venido ocupando para diferentes usos.*
- b) *Que es deber de las autoridades velar porque las vías permanezcan al servicio de transeúntes y vehículos.*
- c) *Que es deber de las autoridades velar por el correcto uso y recuperación del espacio público.*

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: *Prohíbese todo tipo de venta ambulante y estacionaria dentro del territorio de la jurisdicción de Cajicá.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Toda persona que quiera comercializar productos fuera de locales comerciales debidamente autorizados con su correspondiente licencia de funcionamiento, deberá hacerlo en los días establecidos y dentro de la plaza de mercado.*

ARTÍCULO TERCERO: *En ocasiones extraordinarias y con motivo de festividades, celebraciones, actos públicos en que los ciudadanos soliciten licencias especiales para ventas al público, con ánimo lucrativo personal, el Ejecutivo autorizará y expedirá la Licencia Provisional, fijará el impuesto respectivo y en ningún caso podrá asignar un espacio público.*

ARTÍCULO CUARTO: *La violación y contravención a cualquiera de los Arts. de esta disposición, será sancionado con el decomiso de los productos materia de comercialización y entregados por parte de las autoridades Municipales a entidades beneficencia pública que funcionen dentro del Municipio.*

ARTÍCULO QUINTO: *El presente Decreto surte efectos a partir de la fecha de su expedición.*

Copias del mismo serán enviadas a los señores: Inspector de Policía y Tránsito, Comandante de Policía, Personera y Secretario de Hacienda, para efectos legales del caso.-

PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

La Alcaldesa,

ANA LUCIA MARTÍNEZ GAITÁN.-"

4. Normas violadas y concepto de la violación.

El acápite de normas violadas y concepto de la violación esgrimido por el demandante tuvo como fundamento los siguientes cargos:

4.1 Violación directa del artículo 116 del Decreto Ley 1355 de 1970 - Código Nacional Policía.

Indica el demandante que el Código Nacional de Policía vigente al momento de presentación de la demanda es el Decreto 1355 de 1970 "Por el cual se dictan normas sobre policía", el cual está dividido en libros, correspondiéndole al libro segundo lo correspondiente a: "DEL EJERCICIO

DE ALGUNAS LIBERTADES PÚBLICAS", acápiteme en el que se consideran las ventas ambulantes como una expresión más de las libertades de industria y comercio, que merecen ser objeto de reglamentación por parte de los entes territoriales locales.

Hace referencia al artículo 116 del Decreto 1355 de 1970 sobre las ventas ambulantes, para advertir que, se trata de una libertad económica que debe ser reglamentada, más no prohibida por los gobiernos municipales, como en efecto aconteció en el acto administrativo demandado (Decreto 131 de 1990).

Señala que, al analizar e interpretar el artículo 116 del Código Nacional de Policía, en sentencia del 31 de agosto de 1979, el Consejo de Estado determinó que los entes territoriales no tienen competencia para prohibir el oficio del vendedor ambulante sino para reglamentarlo.

Así, concluye el demandante que, ni el Concejo de Cajicá, ni mucho menos su alcalde municipal, tienen competencia alguna para prohibir el oficio de vendedor ambulante, sino para reglamentarlo, lo cual compete a los concejos municipales en cumplimiento del artículo 116 del Código Nacional de Policía vigente, y según la jurisprudencia referida. Por lo que, la prohibición de ventas ambulantes en el municipio de Cajicá impuesta por la alcaldesa de aquel entonces, vulnera y contradice flagrantemente el artículo 116 del Decreto Ley 1355 de 1970, por cuanto las autoridades de policía local ciertamente tienen competencia para reglamentar el oficio de vendedor ambulante, más no para prohibirlo, como en efecto aconteció en el Decreto 131 de 1990, al prescribir: *"ARTÍCULO PRIMERO: Prohíbese todo tipo de venta ambulante y estacionaria dentro del territorio de la jurisdicción de Cajicá."*

4.2 Violación directa del artículo 333 de la Carta Política por el Decreto 131 de 1990.

Hace mención el demandante del artículo 333 constitucional para advertir que, por mandato expreso del estatuto superior, las libertades económicas solamente pueden ser prohibidas o limitadas por el

legislador, reserva de ley que excluye, por mandato constitucional, a las demás autoridades administrativas del Estado, en este caso particular y concreto, al alcalde municipal de Cajicá, por la que, asegura que el Decreto 131 de 1990 vulnera el artículo 333 de la Constitución, pues, compete al Congreso mediante ley privativamente prohibir el ejercicio de las libertades económicas.

Transcribe el demandante apartes de la sentencia de Constitucionalidad C-352 de junio 20 de 2009, para asegurar que el alcalde municipal de Cajicá carece de competencia para prohibir en un su municipio la actividad económica de las ventas ambulantes, puesto que, ello solamente puede determinarse mediante ley de la república, mediante normas que rijan con fuerza de ley, en un plano de igualdad e imperio para todos los residentes en el territorio nacional. Pero además, que tal prohibición por la misma vía vulnera el artículo 333 de la Constitución, dado que el alcalde no forma parte del poder legislativo, y prohibir el ejercicio de las libertades económicas privativamente corresponde a la Rama Legislativa del poder público.

4.3 La medida correctiva de decomiso de los bienes de los vendedores ambulantes ordenada en el artículo cuarto del Decreto 131 de 1990 vulnera el principio de legalidad y el debido proceso al no ser autorizada por el Legislador.

Aduce el demandante que el artículo cuarto del Decreto 131 de 1990 demandado, dispone el decomiso de los bienes de los vendedores ambulantes, lo que, asegura, no ha sido ordenado por el legislador.

Señala que el Código Nacional de Policía (Decreto Ley 1355 de 1970), en su artículo 213, taxativamente determina las contravenciones que permiten el decomiso, ordenando imponer el decomiso de puñales, cachiporras, manoplas, de tiquetes para espectáculos cuando se pretenda su venta a un precio superior al autorizado, y de bebidas y comestibles en mal estado de conservación. Sin embargo, la norma vigente para la fecha del acto acusado no autoriza el decomiso de los

bienes que portan los vendedores ambulantes, como tampoco ninguna ley posterior ha autorizado ese decomiso.

Advierte que, según el artículo 187 del Decreto Ley 1355 de 1970 *"Ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo anterior"*, en tanto que, el artículo 188 *ibidem* precisa que, cuando el gobierno nacional, las asambleas y los concejos expidan reglamentos de policía, no podrán estatuir medidas correctivas distintas a las descritas en el decreto referido, por lo que, menos aún los alcaldes pueden estatuir dichas medidas correctivas, verbigracia el decomiso que estatuye la alcaldesa de Cajicá en el artículo cuarto del Decreto 131 de 1990, pues ese decomiso no ha sido autorizado por la ley, ni ha sido establecido por el legislador nacional.

Así, asegura el demandante que, el artículo cuarto del Decreto No. 131 de 1990, viola directamente los artículos 187, 188 y 213 del Decreto 1355 de 1970, al disponer una contravención de policía no autorizada por el legislador, violando además el principio de taxatividad de las medidas correctivas de policía, así como la prohibición que rige para estatuir medidas correctivas distintas. Pero, además, asegura que vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, referido al debido proceso y principio de legalidad, al consagrar contravenciones de policía más allá de la ley.

De otra parte, agrega el demandante que, el régimen contravencional de policía forma parte esencial y fundamental de lo que se conoce como la potestad punitiva del Estado, y que la potestad punitiva del Estado, en todos sus órdenes, le corresponde al legislador. Por lo tanto, está amparada por el principio de reserva de ley o legislativa (artículo 150 de la Constitución Política), de manera que solamente el Congreso de la República está constitucionalmente habilitado para establecer en un plano de igualdad e imperio limitantes a los derechos y las libertades públicas de la ciudadanía, mediante leyes; así como para definir la forma y términos en que los particulares pueden ser sancionados,

mediante la aplicación de medidas correctivas de policía, en caso de contrariar las leyes dictadas por el órgano legislativo.

Transcribe el demandante apartes de las sentencias C-593 de 2005 y C-671 de 2006, para asegurar que el Alcalde de Cajicá no tenía, ni mucho menos tiene y ejerce competencias de orden constitucional y legal para ordenar contravenciones de policía y castigos de policía, donde no lo ha hecho la ley y existe reserva legal, por ejemplo ordenar el decomiso de los bienes que portan los vendedores ambulantes, por lo que, viola directamente el artículo 226 del Código Nacional de Policía y desconoce lo resuelto por la Corte Constitucional en las sentencias referidas, las cuales, según el artículo 243 de la Carta Política, al haber sido dictadas por la Corte en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Precisa que, como las medidas correctivas de policía están amparadas por el principio de reserva de ley o legislativa, el alcalde municipal de Cajicá no puede usurpar funciones propias del órgano legislativo (Congreso de la República) para disponer prohibiciones y castigos a la ciudadanía, prohibiendo las ventas ambulantes en su municipio y seguidamente estatuir sanciones de decomiso como se hace en el Decreto 131 de 1990, pues, el alcalde municipal ejerce la función de policía para dar cumplimiento a las leyes, más no detenta el poder de policía para hacer las mimas, ya que el poder de policía lo detenta el legislador.

De otra parte, hace referencia el demandante a la sentencia C-1444 de 2000, para asegurar que los alcaldes no pueden complementar la ley, ni las contravenciones nacionales de policía, esto es, a la absoluta falta de competencia de la autoridad administrativa, como lo es el alcalde de Cajicá - Cundinamarca, para limitar las libertades públicas en aquellos aspectos en que no lo ha hecho la ley. Razón por la cual, toda medida de decomiso debe estar previamente autorizada por la ley para cada caso en particular, así las cosas, para decomisar, en este caso, los bienes que poseen los vendedores ambulantes, se requiere que una ley

con alcance nacional así lo disponga y autorice expresamente, como sanción a alguna disposición normativa.

Finalmente, advierte que, ninguna competencia constitucional ni mucho menos legal tiene y ejerce el Alcalde Municipal de Cajicá - Cundinamarca para restringir paralelamente las libertades públicas económicas en aquellos aspectos donde no lo ha hecho la ley y existe reserva legal, como es el caso de las libertades de comercio, y ordenar causales de decomiso no estatuidas por el legislador, pues, la prohibición de las libertades económicas y el establecimiento de medidas correctivas de policía, como el decomiso, están supeditados a la definición legal, y en el ordenamiento constitucional colombiano están proscritas las facultades legislativas implícitas.

5. Contestación de la demanda.

El municipio de Cajicá, a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia (fls. 174 a 177 cdno. no. 1), con oposición a las pretensiones de la misma, por considerar que lo que hizo la entonces alcaldesa municipal en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales fue reglamentar una actividad económica privada, con el objeto de preservar el espacio público al uso y beneficio del interés general, manifestando, en síntesis, lo siguiente:

1) Frente al cargo relacionado con la supuesta violación del artículo 116 del Decreto 1355 de 1970, advierte que, el accionante hace una interpretación a medias de las normas que autorizan al alcalde y al Concejo Municipal reglamentar lo relacionado con la actividad económica de ventas ambulantes, que siendo una actividad lícita libre, no es cierto que las autoridades locales carezcan de facultad para fijar reglas orientadas a la preservación y protección del espacio público, el cual debe estar al servicio del bien común, y las ventas estacionarias, a las que omitió referirse el demandante, chocan contra el derecho legítimo e inalienable del conjunto de los ciudadanos a gozar y usar de ese espacio, luego en este caso se debe aplicar el principio, según el cual, el

interés general prima sobre el particular, en ese sentido, la alcaldesa de la época solo prohibió las ventas estacionarias y para las ambulantes fijó la necesidad de solicitar y obtener licencia previa, lo que se traduce en reglamentación.

De otra parte, se refiere al artículo 5° de la Ley 9ª de 1989, adicionado por el numeral 4° del artículo 138 de la Ley 388 de 1997, para inferir que es claro a partir esas disposiciones legales, que al alcalde municipal sí le compete la regulación, protección y garantía del espacio público al bien común, y lo hace, a través de la iniciativa legal para reglamentar actividades privadas sobre su uso, a partir de facultad que tiene el Concejo, pero se reitera, por iniciativa del Alcalde.

2) En lo que respecta a la supuesta violación del artículo 333 constitucional por el Decreto 131 de 1990, sostiene que el accionante hace una interpretación acomodada y parcial de la norma, pues, si bien es cierto, el artículo 333 constitucional privilegia la iniciativa privada, la cual es libre, también lo es que la misma debe desarrollarse dentro de los límites del bien común, y cuando habla de la no exigencia de permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, no debe interpretarse de manera absoluta, pues, en el inciso final del artículo en cita expresa claramente que *"la ley delimitara el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social y el patrimonio cultural de la Nación"*.

Asegura que la pretendida violación directa del artículo 333 de la Constitución Nacional es inexistente, pues, la actuación de la alcaldesa con la expedición del Decreto 131 de 1990, lo que efectivamente hizo fue intervenir una actividad económica, con el único propósito que no se afecte el bien común, traducido en el mantenimiento de la integridad del espacio público, ya que es de tal trascendencia la preservación del espacio público para el mantenimiento de la condiciones de convivencia y armonía sociales, que la Constitución Nacional, en sus artículos 63 y 82, los declaró como bienes especialísimos, fuera del comercio, fuera de

la posibilidad de ser poseídos o apropiados, y los declaró sujetos de especial protección por parte del Estado.

En ese entendido, es inobjetable que, por expreso mandato constitucional, el espacio público debe ser objeto de especial protección por parte del Estado, el cual está obligado a proteger su integridad y garantizar su disposición al uso del bien común, y que sobre él prima el interés general sobre el particular.

3) Frente a la supuesta vulneración al principio de legalidad y el debido proceso por la medida de decomiso al no ser autorizada por el legislador, señala que, a pesar que ciertamente el decomiso como medida policiva orientada al desestimulo de las ventas ambulantes no tenga asidero legal, lo cierto es que, el simple imperativo policivo, hizo que de manera efectiva no proliferaran las ventas ambulantes, prueba de ello, es que el accionante no cita, y menos prueba, un solo caso en el cual se hubiese materializado el supuesto legal del decomiso de la mercancía de un vendedor ambulante.

Finalmente, manifiesta que se debe tener en cuenta que, la actividad de ventas callejeras presenta dos (2) modalidades, las ventas ambulantes y las estacionarias, sin embargo, el accionante omite referirse a cada una de ellas, y el impacto que estas podrían tener sobre el espacio público, lo cual es entendible, pues, su misión es promoverlas hasta donde se lo permitan, y es precisamente allí, donde conceptos como la iniciativa privada, la libre competencia y la libertad de empresa, cuya importancia resalta en sus alegatos, chocan con lo fines superiores a los que deben someterse todos los ciudadanos, los límites del bien común.

6. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá profirió la sentencia impugnada el día 8 de julio de 2016 (fls. 200 a 208 vtos cdno. No. 1), denegando las pretensiones de la demanda, con el sentido y alcance de las determinaciones ya transcritas en la parte inicial

de esta providencia. Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron, en síntesis, los siguientes:

1) En primer lugar, se refiere el *a quo* al artículo 82 de la Constitución Política y a las sentencias del 7 de julio de 2011 del Consejo de Estado, C.P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz y T-772 de 2003 de la Corte Constitucional, para advertir que: (i) existe un deber constitucional del Estado para protección del espacio público (artículo 82 CP.); (ii) son los alcaldes municipales y distritales como primera autoridad de policía, los encargados de reglamentar el uso del espacio público (numeral 1º artículo 315 CP.); (iii) la integridad del espacio público no es un deber absoluto, puesto que debe respetar otros derechos fundamentales de las personas; y (iv) la Corte Constitucional consciente de la realidad del ocupamiento del espacio público por las diferentes clases de vendedores ambulantes y estacionarios, ha concluido que se puede limitar la actividad de estos en beneficio del bien común.

2) Frente a la supuesta violación del artículo 116 del Decreto Ley 1355 de 1970, expone que, en virtud de la norma referida, la actividad del vendedor ambulante se puede reglamentar, pero ella no indica que se pueda prohibir como lo establece el decreto demandado, para advertir que, si bien el primer artículo de la parte resolutive del decreto acusado habla de "*prohíbese*", en consonancia con el artículo segundo de la misma disposición acusada, se trata de una reglamentación y no de una prohibición absoluta de las ventas ambulantes y estacionarias, a pesar de la inapropiada utilización del vocablo referido.

En ese sentido, estima el juez de primera instancia que no se violó el artículo 84 superior que prohíbe establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de los derechos o actividades reglamentadas de manera general, porque, no existe norma general que regule las ventas ambulantes y estacionarias, como tampoco se transgrede la libertad económica garantizada por el artículo 333 *ibidem* porque esa misma norma supone responsabilidades y obligaciones,

como las previstas en el acto demandado, ya que se está reglamentando de alguna manera dicha actividad.

De otra parte, advierte que, existe una tensión de vieja data entre la protección del espacio público y los derechos de los vendedores ambulantes, frente a lo cual, manifiesta acoger las consideraciones expresadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-360 de 1999, donde estableció criterios para la solución de conflictos derivados de la ocupación del espacio público por parte de los vendedores ambulantes, sobre la base de que compete a los municipios y distritos dictar las normas que garanticen la destinación del espacio público al uso común de sus habitantes.

Agrega que no desconoce que existen providencias proferidas por la Corte Constitucional y otras autoridades judiciales en sede de tutela, que han amparado derechos fundamentales de los vendedores ambulantes ante violaciones de sus derechos fundamentales por parte de autoridades administrativas y de policía. No obstante, manifiesta que sin desconocer las mismas, no las acoge para resolver la presente litis, por cuanto, de un lado, se han producido en casos personalísimos y particulares de cada uno de los tutelantes, y de otro, ante esta jurisdicción se está enjuiciando un acto administrativo que reglamenta el uso del espacio público, para buscar si la autoridad que lo expidió en uso de sus funciones de policía, violó la normativa al expedirlo, y no asuntos particulares como de los que se ocupan las acciones de tutela.

Concluye el *a quo* que el decreto demandado se ajusta a las previsiones del Código Nacional de Policía, Decreto Ley 1355 de 1970, que en su artículo 116 establece que las normas de policía local reglamentarán el ejercicio del oficio de vendedor ambulante, pues, la defensa de un ejercicio amplio de la actividad económica comercial, sin orden ni reglamentación, con la excusa de la garantía de la libertad de empresa, atenta contra la autonomía local y se opone a la primacía del interés general de la comunidad.

3) En lo que respecta a la supuesta violación de la "*reserva legal*" que existe en la Constitución para la protección de las libertades económicas, las cuales, según la parte demandante, sólo pueden ser prohibidas por el legislador, y no por un alcalde municipal como ocurre en el acto demandado, advierte el *a quo* que, por regla general, el Congreso de la República es quien ejerce el poder de policía para regular y limitar derechos y libertades; sin embargo, reconoce que algunas autoridades administrativas puedan ejercer poder de policía subsidiario, como por ejemplo las asambleas departamentales según la competencia asignada en el numeral 8° del artículo 300 de la Constitución Política (dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal) y los concejos municipales en los numerales 7° y 9° del artículo 313 *ibidem* (normas para reglamentar el uso del suelo y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, así como normas necesarias para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio). Por lo tanto, la función de policía a nivel nacional es exclusiva del Presidente de la República y a nivel de las entidades territoriales, los cuerpos colegiados carecen de esta facultad. Así, en la Sentencia C-825 de 2004 se ratificó esta posición y se reconoció que la función de policía la pueden ejercer los gobernadores y los alcaldes, pero no las asambleas departamentales ni concejos municipales.

En cuanto a la regulación de derechos como el de la libertad, advierte el juez de instancia que, el competente para limitarlo y/o restringirlo es únicamente el Congreso mediante ley, y que no es admisible la competencia subsidiaria del reglamento para limitar las libertades allí donde la ley no lo ha hecho y existe reserva legal.

De otra parte, señala que la imposición de sanciones y de medidas correctivas de policía, no puede ser objeto de regulación autónoma por parte de entes administrativos territoriales, al ser competencia de regulación exclusiva por el Congreso de la República. No obstante, el ejercicio del poder de policía subsidiario o residual sólo está reconocido

a las autoridades administrativas nacionales y territoriales, en la medida en que no invada la competencia exclusiva del legislador, es decir, cuando no restringe derechos fundamentales constitucionales.

Conforme a lo anterior, y para efectos de desvirtuar la presunta violación a la reserva de ley estatutaria respecto de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, el juez de primera instancia advierte que, el derecho a la libre competencia económica consagrado en el artículo 333 constitucional no tiene carácter fundamental; y sobre la presunta violación del artículo 116 Decreto 1355 de 1970, en que se autoriza a las autoridades locales para reglamentar el ejercicio del oficio de vendedor ambulante, que fue lo que se hizo mediante el decreto acusado, pues, es necesario analizar éste en su conjunto.

4) Finalmente, sobre el cargo que acusa el artículo cuarto del decreto demandado respecto al decomiso de los artículos comercializados por ser violatorio del principio de legalidad consagrado en el artículo 29 Constitucional, advierte el *a quo* que, el artículo 186 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) estableció como medidas correctivas, entre otras, el decomiso, figura que fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-459 del 1º de junio de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, oportunidad en la que se declaró la exequibilidad de esa disposición, jurisprudencia en la que se reconoce y/o entiende el decomiso como una medida correctiva administrativa asimilable a una sanción policiva, que implica una restricción al derecho de propiedad, la cual puede ser impuesta por las autoridades administrativas policivas, con el fin de preservar el orden público y la seguridad ciudadana.

Conforme a lo anterior, concluye el juez de instancia que no le asiste razón al demandante al considerar que el decomiso consagrado en el acto acusado viola el principio de legalidad estatuido en la Constitución Política por no estar taxativamente prescrito en la disposición normativa, puesto que, ese argumento no corresponde a la realidad, puesto que,

por el contrario, éste aparece como una de las medidas correctivas del artículo 186 del Decreto Ley 1355 de 1970, y por lo tanto, la autoridad administrativa y primera autoridad de policía, tenía la facultad de estipularlo de manera legítima dentro del acto acusado. Pero además, el decomiso administrativo se ajusta al ordenamiento legal como una medida correctiva, siempre y cuando sea proporcional a la infracción de policía que se sanciona. En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-459 de 2011, estableció unos criterios que deben cumplir las autoridades administrativas para señalar las conductas que dan origen a la imposición de la medida correctiva del decomiso.

Conforme a expuesto, encontró el *a quo* que la medida correctiva de decomiso establecida en el decreto municipal acusado se ajusta a la normatividad legal, en aras de preservar a nivel territorial el orden público y la seguridad ciudadana, siempre y cuando resulten proporcionales a la infracción que se pretenda sancionar. En esta medida, que no se ha violado el marco del artículo 186 del Código Nacional de Policía.

5) De otra parte, en lo que atañe a las costas, ateniendo lo establecido en el artículo 188 del CPACA, por tratarse este asunto en los que se ventila un interés público, por demandarse actos administrativos de carácter general, estimó el *a quo* que no hay lugar a la condena en costas.

7. El recurso de apelación.

El señor Juan Pablo Cardona González, demandante dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 224 a 236 cdno. no. 1), el que fue concedido por el *a quo* mediante auto del 18 de agosto de 2016 (fl. 238 *ibidem*), apelación que fue sustentada, en síntesis, en los siguientes términos:

Aduce el recurrente que, en la providencia impugnada, se confunden los conceptos de poder de policía con el de función de policía, pues, el hecho que el alcalde municipal de Cajicá pueda ejercer la función

constitucional de policía, consistente en el mantenimiento del orden público (según el artículo 315 ordinal 2 de la C.N.), ello no le otorga ni confiere competencias implícitas de regulación para restringir las libertades públicas, incluso donde no se ha hecho y existe expresa reserva legal por mandato de la Constitución Nacional.

Precisa que el poder de policía en los estados democráticos como el nuestro corresponde al legislador, en desarrollo del principio constitucional de legalidad, contenido en el artículo 29 de la Carta Política, de ahí que la afectación de las libertades públicas sólo pueda hacerse mediante leyes, en ello consiste la reserva de ley. Por lo tanto, no es competencia de los alcaldes, como el municipal de Cajicá, hacer, adicionar o complementar las leyes, prohibiendo las ventas ambulantes donde la ley no lo ha hecho, ni ordenando el decomiso de los bienes que pertenecen a los vendedores ambulantes, lo cual compete privativamente al legislador, según el artículo 150 de la Carta Política, por ello, tampoco pueden imponer obligaciones -normas de conducta- adicionales a los ciudadanos no ordenadas por la ley, o limitar las libertades de industria y comercio más allá de ésta, menos ordenar sanciones como el decomiso.

Asegura que, a los alcaldes, en ejercicio de la función de policía que les es propia, les compete hacer cumplir la ley, acometer labores de inspección, vigilancia y control. Así mismo, les compete aplicar la ley vigente y existente para mantener el orden público, verbigracia, decretar la ley seca, reglamentar horarios a los establecimientos de comercio, los horarios de expendio y consumo de bebidas alcohólicas, gestión administrativa del poder de policía, lo cual es distinto de hacer las leyes, adicionarlas o reformarlas.

Afirma que los alcaldes no pueden proferir medidas permanentes de reglamentación ni de regulación de las libertades, como claramente lo precisa la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-1008 de 2008. De ahí que los alcaldes no estén habilitados para decretar

medidas correctivas como el decomiso de productos y bienes de los vendedores ambulantes si la ley no lo ha hecho.

Destaca el recurrente que, mientras la función de policía que detentan los alcaldes es administrativa, el poder de policía que detenta el Congreso es legislación. Por lo que, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-1008 de 2008, la función de policía que le es atribuida a los alcaldes para mantener el orden público en sus municipios, no les otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad, razón por la que no pueden prohibir el ejercicio de las libertades económicas, como lo son las ventas ambulantes, (amparadas por reserva legal según el artículo 333 de la Constitución) ni menos ordenar sanciones de policía como la del decomiso.

Aduce que el hecho de que el artículo 82 constitucional prevea el deber del Estado de velar por la protección del espacio público, y su destinación al uso común, no le confiere competencias implícitas a los alcaldes para prohibir autónomamente el ejercicio de las libertades económicas, ni menos ordenar medidas correctivas de policía como el decomiso, verbigracia prohibir las ventas ambulantes en los municipios que gobiernan, pues, en el ordenamiento constitucional colombiano están prohibidas las facultades legislativas implícitas, como expresamente lo reconoce la sentencia C-825 de 2004.

Advierte el recurrente que, el juzgador de primera instancia incurre en una clara contradicción, pues, de un lado destaca y reconoce que no es de recibo la tesis de la competencia subsidiaria del reglamento para limitar la libertad donde la ley no lo ha hecho y existe reserva legal, la cual había sido sostenida en el antiguo régimen, disponiendo también que, en materia de la regulación a los derechos como el de la libertad, el competente para limitarlo o restringirlo es únicamente el Congreso mediante ley, para luego concluir que el Decreto 131 de 1990 resulta legal, siendo que la medida correctiva de decomiso, para ser aplicada a los vendedores ambulantes no fue autorizada por el Decreto 1355 de 1970.

Señala que en la providencia apelada se invoca la sentencia C-459 de 2011, la cual precisa que el decomiso debe cumplir con el requisito concerniente al principio de legalidad, en el sentido de que sólo el legislador ordinario o extraordinario está habilitado para determinarlo, lo cual resulta contradictorio, pues, de una parte se reconoce que toda medida de decomiso debe cumplir con el requisito referente al principio de legalidad, pero luego determina legal el decomiso de los bienes de los vendedores ambulantes, contenido en el Decreto 131 de 1990 demandado, contravención de policía no autorizada por el Decreto 1355 de 1970.

Asegura que, en el presente caso, la ilegalidad salta a la vista, pues, el Decreto 1355 de 1970 no ordena decomisar los bienes de los vendedores ambulantes. Por ende, se ha vulnerado la reserva de ley que impera en materia de medidas correctivas de policía.

Menciona que, el Decreto No. 131 del 6 de diciembre de 1990 demandado, proferido por el alcalde municipal de Cajicá, es un acto administrativo de contenido general, el cual consagra normas de policía, por lo tanto, se trata de un reglamento de policía que no puede ser confundido con una ley de la República.

Precisa que los alcances de la ley y el reglamento no se pueden confundir, no se pueden equiparar, se trata dos categorías normativas diferentes. El reglamento no puede sustituir la ley, así como la ley no puede sustituir al reglamento, ambos se complementan. El reglamento no puede desconocer la ley, sustituirla total o parcialmente, ni mucho menos excederla.

Señala que, de acuerdo con la Constitución Nacional, el único órgano que tiene y ejerce facultades normativas y legislativas implícitas es el Congreso de la República, lo que se conoce como cláusula general de competencia, por lo que, los demás entes estatales, como las corporaciones del poder ejecutivo, no ejercen ni tienen desde el punto de vista de la Constitución Política de 1991, facultades legislativas

implícitas, menos aún para ejercer funciones de la potestad punitiva del Estado que son del resorte de la rama legislativa del poder público, por tal razón, el alcalde de Cajicá carece de facultades constitucionales expresas y carece de facultades legislativas implícitas para disponer castigos de policía, los cuales forman parte esencial y fundamental de la potestad punitiva del Estado, sobre la cual recae una estricta reserva de ley.

Sostiene que, en el presente caso, la alcaldesa de Cajicá, vulneró la reserva de ley que pesa sobre los medios correctivos de policía (C-593 de 2005), pues, al ser estos una expresión genuina y típica de la potestad punitiva del Estado, no podía disponer el decomiso de los bienes de los vendedores ambulantes de Cajicá, de forma alterna e independiente al Código Nacional de Policía, desconociendo la reserva de ley que pesa sobre los medios correctivos, pues, quiso el Constituyente que todos los habitantes del territorio nacional fuesen tratados por todas las autoridades en igualdad, lo cual forma parte elemental y fundamental de la organización republicana unitaria del Estado Colombiano, así como del derecho que tienen los ciudadanos de ser tratados en forma igual por las autoridades y ser juzgados en igualdad de condiciones.

Aduce el recurrente que, en contravía de la Constitución Política de 1991 y de la abundante jurisprudencia sobre la materia, donde se ha precisado la inexistencia de facultades implícitas, el *a quo* reconoce un cierto poder de policía subsidiario en el alcalde de Cajicá para que este disponga sanciones y procedimientos de policía.

Destaca que la potestad punitiva del Estado en todos sus órdenes penal, contravencional, disciplinaria, administrativa recae en el Legislador, es una potestad exclusiva y excluyente del órgano legislativo, esto es, el Congreso de la República, ello forma parte del núcleo esencial del principio de legalidad, consagrado por el artículo 29 constitucional, por ende, el *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado no puede ser compartido con otros organismos del poder ejecutivo. En tanto que, a

los alcaldes municipales les está vedado expedir preceptos sancionatorios, como ordenar el decomiso de los bienes de los vendedores ambulantes, pues, la Constitución Política de 1991 no les ha otorgado expresamente la facultad de dictar normas propias de la potestad punitiva del Estado.

Indica que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, y que debe tenerse en cuenta que la Constitución Política, de manera expresa, no le atribuye a las autoridades públicas administrativas, como los alcaldes, competencias para ocuparse de asuntos propios de la potestad punitiva del Estado, como por ejemplo ordenar el decomiso de los bienes que poseen los vendedores ambulantes.

Transcribe apartes de la sentencia C-087 de 2000, ratificada por la sentencia C-1444 de 2000, respecto a la absoluta falta de competencia que tienen las entidades administrativas para crear, modificar o adicionar las sanciones de policía establecidas por el legislador, para asegurar que, el alcalde de Cajicá resulta incompetente para ordenar medidas correctivas de decomiso, por causales distintas a las autorizadas por el Decreto 1355 de 1970.

Agrega que la regulación de las libertades públicas ciudadanas y derechos fundamentales están sujetos o sometidos a la reserva de ley por mandato constitucional, esto es, que sólo son conformes a derecho si se establecen mediante ley, lo cual excluye otras categorías normativas como los reglamentos de policía, para el caso, de las normas de policía y actos administrativos.

Hace mención del artículo 333 constitucional, para afirmar que por mandato del Constituyente se ha establecido en materia de intervención económica una estricta reserva de ley, según la cual solamente el legislador puede establecer válidamente y de manera legítima prohibiciones, limitantes y condicionantes a las libertades económicas, reserva que es exclusiva y excluyente y recae en el legislador, de ahí

que no sea posible predicar fórmula o tipo alguno de subsidiaridad o de poder residual. De igual modo, dicha reserva se encuentra establecida en el artículo 150 numeral 21 de la Constitución. Razón por la cual, si el legislador no ha prohibido las ventas ambulantes, los alcaldes no pueden hacerlo, tal como se hace en el artículo primero del decreto demandado que prohíbe todo tipo de venta ambulante en Cajicá.

Con fundamento en lo anterior, afirma el recurrente que no puede el alcalde de Cajicá prohibir el ejercicio de libertades económicas donde la ley no lo ha hecho, como lo hizo en el artículo 1º del Decreto 131 de 1990, pues, dicha prohibición vulnera el artículo 116 del Decreto 1355 de 1970, como fuera precisado en el concepto de la violación del escrito de demanda.

De otra parte, señala que para el juez de primera instancia el decreto demandado "reglamenta", siendo que el artículo primero "prohíbe" expresamente *"todo tipo de venta ambulante y estacionaria dentro del territorio de la jurisdicción de Cajicá"*, para luego concluir que ello es una reglamentación, la cual en gracia de discusión es del resorte y competencia del concejo municipal en desarrollo de la reglamentación de los usos del suelo (artículo 313 CP).

Concluye el recurrente que el alcalde municipal de Cajicá carece de competencias constitucionales y legales expresas para ocuparse de asuntos propios de la potestad punitiva del Estado, como lo es el establecimiento permanente de medidas correctivas de policía, como el decomiso, y como también carece de competencias para prohibir las ventas ambulantes por tratarse de una libertad económica.

Con fundamento en lo anterior, solicita el recurrente que se revoque en su integridad la sentencia del 8 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Zipaquirá, y en su lugar se declare la ilegalidad del Decreto 131 de 1990.

8. Actuación surtida en segunda instancia.

Por auto del 26 de septiembre de 2016 (fls. 4 y 5 cdno. ppal.), se admitió el recurso de apelación, y posteriormente, el 12 de diciembre de 2016 (fl. 9 *ibidem*), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, oportunidad en la que el Ministerio Público podría emitir su respectivo concepto.

Dentro de dicho lapso solo el señor Juan Pablo Cardona González, demandante dentro del presente asunto, presentó alegatos de conclusión (fls. 11 a 30 cdno. ppal.), oportunidad en la, en síntesis, reiteró los argumentos expuestos en los escritos contentivos de la demanda y del recurso de apelación.

9. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

En primera medida, se advierte que esta Subsección de la Sección Primera de la Corporación recientemente emitió pronunciamiento¹ frente a acto administrativo expedido por un alcalde municipal prohibiendo las ventas ambulantes en los espacios públicos de la respectiva municipalidad, ante demanda incoada por el señor Juan Carlos Cardona González, mismo que figura como demandante en el medio de control de la referencia, contra el municipio de Chía, esto es, el pronunciamiento anterior se limitó única y exclusivamente al estudio de legalidad del acto administrativo de esa autoridad administrativa. Ahora, como quiera que en esta oportunidad se demanda acto administrativo de similar contenido al estudiado en aquella oportunidad, en cuanto también se prohíben las ventas ambulantes en el espacio público del

¹ Sentencia de 28 de febrero de 2019, expediente No. 25899-33-33-001-2015-00590-01, Demandante: Juan Pablo Cardona González, Demandado: Municipio de Chía, M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.

Municipio de Cajicá, ante las similitudes de los temas a tratar, se advierte que, a lo largo y/o extenso de la presente decisión esta Sala de Decisión acogerá de ese fallo emitido con anterioridad por esta Corporación sus aspectos conceptuales y generales de manera idéntica y/o textual; sin perjuicio de que se aborden otros temas y análisis de puntos específicos del proceso de la referencia.

Precisado lo anterior, cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) competencia del *ad quem*; 2) objeto de la controversia; 3) análisis de la apelación; y 4) condena en costas.

1. Competencia del *ad quem*.

Sobre el punto, cabe advertir que, dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora, esto es, el señor Juan Pablo Cardona González, con el fin de que se revoque la sentencia impugnada, y en su lugar se declare la ilegalidad y/o nulidad del Decreto No. 131 de 1990 "*por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones*", expedido por la entonces Alcaldesa Municipal de Cajicá.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso², norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada.

En efecto, el artículo 328 del Código General del Proceso, preceptúa:

"Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por

² Acuerdo No. PSAA 15-10392 del 1º de octubre de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”. (Negritas fuera de texto).

En ese contexto, es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

2. Objeto de la controversia.

El señor Juan Pablo Cardona González pretende la declaratoria de nulidad del Decreto No. 131 de 1990 *“por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones”*, expedido por la entonces Alcaldesa Municipal de Cajicá.

A juicio del demandante, el Decreto No. 131 de 1990 expedido por la alcaldía Municipal de Cajicá debe ser anulado por considerar que vulnera disposiciones de índole constitucional y legal, tales como: (i) el artículo 29 de la Constitución Política, por ser la medida correctiva del decomiso violación del principio de legalidad y el debido proceso, al no ser autorizada por el Legislador; (ii) el artículo 333 constitucional, al prohibirse el ejercicio de libertades económicas que solo le compete al Congreso de la República mediante ley; (iii) el artículo 116 del Decreto 1355 de 1970, por carecer el Alcalde de Cajicá de competencia para prohibir el oficio del vendedor ambulante, ya que solo puede reglamentar dicha actividad; (iv) los artículos 187, 188 y 213 del Decreto Ley 1355 de 1970, al disponerse una contravención de policía no autorizada por el legislador; y (v) el artículo 226 del Código Nacional de Policía, por ordenarse el decomiso de los bienes que portan los vendedores ambulantes, cuando no lo ha hecho la ley, de acuerdo con los cargos transcritos preliminarmente en el acápite de *“Normas violadas y concepto de la violación”* de esta providencia.

Las pretensiones de la demanda de la referencia fueron denegadas por el juez de primera instancia, en los términos ya indicados en el acápite de la sentencia impugnada.

El recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Pablo Cardona González, se contrae a solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se declare la ilegalidad y/o nulidad del Decreto No. 131 de 1990 *"por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones"*, en los términos ya indicados en el acápite del recurso de apelación.

3. Análisis de la apelación.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia, la Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la nulidad del Decreto No. 131 de 1990 *"por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones"*, expedido por la entonces Alcaldesa Municipal de Cajicá, por las razones que se consignan a continuación:

3.1 En primer lugar, es importante advertir que, como ya se dijo en el acápite 2 de estas consideraciones, como solamente interpuso recurso de apelación la parte demandante, esto es, el señor Juan Pablo Cardona González, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez en segunda instancia se circunscribe exclusivamente al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada.

3.2 Ahora bien, se debe señalar que, las causales de nulidad de los **actos administrativos, bien sean de carácter general o particular**, son las consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

*Administrativo*³, por ende, el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en las demandas, los que a su turno, deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora, en lo que atañe a los medios de control instituidos por el ordenamiento jurídico colombiano para efectos de impugnar y/o cuestionar la legalidad de los actos administrativos, tenemos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, los califican en **contencioso objetivo** y **contencioso subjetivo**.

El **contencioso objetivo** reúne los medios de control que pretenden la preservación o protección integral del orden constitucional y legal lesionado con la vigencia de un acto administrativo⁴.

Por su parte, el **contencioso subjetivo** agrupa los medios de control que pretenden la preservación de los derechos subjetivos de las personas o el restablecimiento de los derechos reconocidos por una norma y vulnerados con la vigencia de un acto administrativo o las indemnizaciones por los daños causados a los asociados individualmente considerados, es decir, buscan algún tipo de reparación o restablecimiento por parte de los asociados frente al Estado, lo que además implica el análisis previo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos que le sirven de fundamento a los derechos individuales involucrados⁵.

Así, tenemos que, en lo que atañe al medio de control de **simple nulidad**, éste se ubica dentro del **contencioso objetivo**, y su

³ **"ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.**

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

(...)." (Negritas adicionales).

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Tomo III. Primera Edición – Tercera reimpresión, Bogotá D.C. Octubre 2007. Página 134.

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Tomo III. Primera Edición – Tercera reimpresión, Bogotá D.C. Octubre 2007. Página 200.

calificación y/o naturaleza *objetiva* obedece a que, a través del ejercicio de este tipo de medio de control, solo se puede pretender la preservación del orden jurídico y el principio de legalidad como salvaguarda del ordenamiento jurídico abstractamente considerado, lo que implica una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de Derecho⁶.

De otra parte, cabe mencionar que, frente a este medio de control de nulidad simple, también conocido como *contencioso popular de anulación*, *contencioso objetivo*, *contencioso de anulación* o *contencioso público de anulación*, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que su finalidad es la tutela del orden jurídico y mantenimiento de la administración pública al imperio del derecho objetivo, es el contencioso exclusivo de la legalidad y se desenvuelve en torno de dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, y su filosofía consiste en la tutela del orden jurídico y en el mantenimiento de la legalidad abstracta, que pueden haber sido quebrantados por cualquier clase de acto⁷.

Precisa esa misma corporación que, se ha dotado a los particulares de mecanismos como el medio de control de simple nulidad para controvertir la legalidad de los actos que profiera la administración en abierta vulneración del ordenamiento superior con el fin único fin de asegurar su integridad; pero además, que el medio de control de simple nulidad se erige y/o instituye en el ordenamiento jurídico no sólo como una garantía a la preservación del principio de legalidad, sino también como un instrumento que asegura la vigencia de la jerarquía normativa en los términos que lo dispone el artículo 4 de la Constitución Política, y ese interés general en la preservación de la legalidad en abstracto, le da al medio de control de simple nulidad el carácter público y especial⁸.

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Tomo III. Primera Edición – Tercera reimpresión, Bogotá D.C. Octubre 2007. Páginas 134 y 135.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia del 16 de mayo de 1991, Radicado No. S-180, C.P. Dr. Álvaro Lecompte Luna.

⁸ Consejo de Estado, providencia del 3 de junio de 2011, Expediente No. 11001-03-25-000-2008-00124-00(2738-08), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Por su parte, la Corte Constitucional, anota que, en orden a preservar real y efectivamente la legalidad de la actividad administrativa, surge en el derecho colombiano el *contencioso de anulación* que constituye una verdadera garantía jurídica de los ciudadanos para asegurar que los actos de la Administración Pública, tanto los de carácter general y abstracto como los de contenido particular y concreto, se adecúen a las normas jurídicas preexistentes, con lo cual se propende por la defensa de la legalidad en abstracto y de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Precisa la Corte que el medio de control de simple nulidad, cuyo propósito específico es el de buscar la declaratoria de invalidez de los actos administrativos que se estimen contrarios a las normas superiores que les sirven de sustento, busca garantizar el principio de legalidad que resulta ser consustancial al Estado Social de Derecho que nos rige, al tiempo que se asegura la vigencia de la jerarquía normativa y la integridad del orden jurídico -a partir de la supremacía de la Constitución Política-, dando paso a las sanciones típicas del mencionado principio de legalidad, para el caso, la declaratoria de invalidez del acto.

Así, teniendo en cuenta el objeto fundamental y las circunstancias de orden legal que reglamentan y condicionan su ejercicio, es válido afirmar que el medio de control de nulidad presenta las siguientes características: (i) se ejerce exclusivamente en interés general con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; (ii) por tratarse de una acción pública, la misma puede ser promovida por cualquier persona; (iii) por regla general, la ley no le fija término de caducidad, salvo expresas excepciones como la nulidad electoral, y por tanto, es posible ejercerla en cualquier tiempo; y (iv) procede contra todos los actos administrativos siempre que, como se dijo, se persiga preservar la legalidad en abstracto -la defensa de la Constitución, la ley o el reglamento-. Y que ciertamente, la acción de nulidad tiene por objeto principal, directo y exclusivo preservar la legalidad de los actos administrativos, a través de un proceso en que no se debaten pretensiones procesales que versan sobre situaciones jurídicas de

carácter particular y concreto, limitándose a la simple comparación del acto con las normas a las cuales ha debido estar sujeto⁹.

Finalmente, tenemos que, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado señaló que el medio de control de nulidad simple, también conocido como *contencioso objetivo*, se trata de una acción pública que tiene como propósito conservar el interés general, que se concreta en la defensa del orden jurídico en abstracto, y por esta vía, en la salvaguardia general de los derechos fundamentales de todos los asociados, es decir, no tiene por finalidad o alcance la preservación o restauración de derechos subjetivos de una persona o conjunto de personas individualmente consideradas o determinadas, sino que preserva o protege el interés general de los asociados en su conjunto, así, su finalidad es la defensa de la legalidad en abstracto de los actos administrativos que profiere la Administración, y busca salvaguardar el ordenamiento jurídico y garantizar intereses generales¹⁰, esto es, pretende la preservación del orden jurídico y el principio de legalidad como salvaguarda del ordenamiento jurídico abstractamente considerado.

3.3 Frente a la nulidad por ***infracción de las normas en que debería fundarse***, es dable señalar que, ella está consagrada en las causales de nulidad contempladas en el inciso 2º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, causal de nulidad que ha sido entendida por la jurisprudencia y por la doctrina¹¹ como la causal genérica de invalidación de los actos de la administración y se configura cuando el acto administrativo no se ajusta a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento en la medida en que éstas le imponen al acto su finalidad y objeto, **siendo una consecuencia directa del respeto al principio de legalidad que debe regir toda actuación administrativa**, ya que es

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Consejo de Estado, providencia del 26 de julio de 2018, Expediente No. 11001-03-25-000-2016-00074-00((0359-16), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹¹ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, Págs. 369 y 370. RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, Bogotá D.C., 1996, Págs. 215 y ss.

claro que mientras los particulares tienen la potestad de llevar a cabo todo aquello que no les está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico, la administración únicamente puede actuar dentro de la órbita de sus competencias, asignadas a través de la ley, como un desarrollo de la Constitución, y atendiendo el tenor del artículo 12 de la Ley 153 de 1887¹².

Así, tenemos que, la causal de nulidad por *infracción de las normas en que debería fundarse*, se genera y/o configura cuando el acto administrativo se expide trasgrediendo el ordenamiento jurídico superior o legal a que está supeditado o le sirve de fundamento, esto es, cuando el acto se profiere con inobservancia de las normas que lo rigen y debían aplicarse, determinantes de su formación y eficacia, las cuales tenía que garantizar, por ende, este vicio formal del acto administrativo implica la confrontación del acto con la norma superior¹³.

3.4 En lo que respecta a la ***falta de competencia*** como causal de nulidad, se tiene que, el Consejo de Estado ha precisado que la ***competencia*** es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función, y que la doctrina ha entendido que la ***incompetencia o falta de competencia*** se materializa cuando el autor profiere un acto pese a que no tenía el poder legal para expedirlo, es decir, cuando la decisión se toma sin estar facultado legalmente para ello. En otras palabras, dicho reproche, se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva, esto es, por fuera de las "*atribuciones que el ordenamiento jurídico ha otorgado*"¹⁴.

Esa misma corporación, en providencia del 16 de febrero de 2006, expediente No. 13.414, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente No. 11001-03-26-000-1997-14226-00(14226), C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

¹³ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Medios de Control Contencioso-Administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., Enero de 2016, Págs. 84 a 87.

¹⁴ Consejo de Estado, providencia del 13 de julio de 2017, expediente No. 63001-23-33-000-2017-00145-01, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

providencia del 3 de agosto de 2017, expediente No. 15001-23-31-000-1996-16048-01(37934), C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero, precisó:

"(...)

*De otro lado, **la competencia de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de "orden público"**, el cual constituye el "Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, **las cuales**, por afectar centralmente a la organización de ésta, **no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos** ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras"; **así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades**, lo que se explica si se tiene en cuenta que **"la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse"**.*

*Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que **"...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo** y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador"*.

(...)." (Negrillas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, tenemos que la competencia de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de "orden público", las cuales no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, y que ésta constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, dado que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, por ende, el vicio de incompetencia no puede sanearse, dado que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo.

Otra providencia destacable sobre el tema de la *competencia*, lo es, la proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Marco Antonio Velilla Moreno (E), en el expediente No. 25000-23-24-000-2007-00345-01, en la que se destacaron las características de la misma, en los siguientes términos:

"(...)

La doctrina nacional, al estudiar la **competencia** u órgano competente como elemento de validez del acto administrativo, esto es, como presupuesto de regularidad jurídica de dicha manifestación estatal, la ha definido desde dos puntos de vista: uno activo y otro pasivo. **Según el punto de vista activo, la competencia es la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas. Desde una perspectiva pasiva, es el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos.**

La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido. Es la situación inversa de la capacidad propia de los particulares, en cuanto estos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. Es una consecuencia de la limitación del poder público que surgió con el Estado de Derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder.

La competencia, como regla última para la distribución y delimitación material de la autoridad estatal y de la consecuente responsabilidad, está implícita en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política y, en lo que tiene que ver con las actuaciones administrativas, en los artículos 31, 33 y 84 del C.C.A., principalmente.

Con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación, la doctrina ha señalado como **características de la competencia**, las siguientes: i) **Origen objetivo**, en razón de que **a todo funcionario u organismo la competencia le viene dada por el ordenamiento jurídico**, de modo tal que siempre tiene un origen externo a la voluntad de sus titulares, a quienes no les está permitido auto asignársela; ii) **Es taxativa**, toda vez que **aparece señalada de manera expresa y precisa, tanto en su objeto como en las circunstancias que la determina**, respecto de quienes ejercen funciones públicas; iii) **Es irrenunciable**, por cuanto **los funcionarios no pueden declinar la atribución correspondiente**: así como implica un derecho a su favor, en tanto aptitud para actuar sobre el asunto, también conlleva un deber de proceder, de hacer uso de la misma; iv) **Es inenajenable**, pues **el titular de la competencia no puede disponer de su radicación o asignación, no le es permitido transferir su titularidad mediante actos suyos**; v) **Es improrrogable**, esto es, que la competencia **no debe ejercerse por fuera de las circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc. que prevé la Constitución, la ley o el reglamento**; y vi) **Es indelegable**, pues, **en principio, toda competencia debe ser ejercida de manera directa por el funcionario o el órgano al que le ha sido asignada por la Constitución, la ley o el reglamento, pudiendo solo transferir el ejercicio de la misma cuando cualquiera de estas fuentes normativas le den expresa autorización y bajo las circunstancias que al efecto les sean señaladas en las disposiciones respectivas.**

(...)." (Negritas fuera de texto, subrayado sostenido del texto original).

3.5 Ahora bien, antes de abordarse el asunto objeto de la controversia planteada en el caso *sub examine*, la Sala considera necesario hacer unas precisiones sobre los conceptos de función y poder de policía en cabeza de las entidades territoriales, y sobre el alcance del principio de reserva legal en la potestad reglamentaria municipal, conforme a las disposiciones legales y constitucionales vigentes a la fecha de

presentación de la demanda de la referencia, mismas que sustentan los cargos de nulidad planteados y la sentencia impugnada.

3.5.1 Los conceptos de función y poder de policía en cabeza de las entidades territoriales.

En el Código Nacional de Policía vigente para el momento de la presentación de la demanda de la referencia, Decreto Ley 1355 de 1970¹⁵, se dispuso que la protección del orden público interno corresponde a cuerpos de policía organizados con sujeción a la ley y formados por funcionarios de carrera, instruidos en escuelas especializadas y sujetos a reglas propia de disciplina y en esa medida los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones y el servicio público de policía está cargo de la Nación (artículos 34 y 35 del Decreto Ley 1355 de 1970¹⁶).

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional cuáles son las limitaciones de la función y el poder de policía respecto a los alcaldes municipales y el alcance de sus competencias, en los siguientes términos:

"En síntesis, se puede afirmar que la Corte Constitucional frente a la función de proteger el orden público tiene como criterio de distinción:

El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando éste trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia.

La función de policía es ejercida por las autoridades de la rama ejecutiva (como los alcaldes e inspectores) en cumplimiento de competencias determinadas por la ley.

La actividad de policía es ejercida por los miembros de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos

¹⁵ Decreto derogado por el artículo 242 de la Ley 1801 de 2016.

¹⁶ **ARTICULO 34.** La protección del orden público interno corresponde a cuerpos de policía organizados con sujeción a la ley y formados por funcionarios de carrera, instruidos en escuelas especializadas y sujetos a reglas propias de disciplina.

Los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones.

ARTICULO 35. El servicio público de policía es de cargo de la Nación.

El cumplimiento de reglamentos especiales de policía tales como los de bosques, caza, pesca, salubridad e higiene puede vigilarse por funcionarios distintos de los que forman los cuerpos de policía."

medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público".¹⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De este modo, el **poder de policía** es de naturaleza normativa y por ello se constituye como una facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general, abstracto o impersonal y que están orientados a proteger la convivencia social, la seguridad y el orden público y en esa medida, permite la limitación de las libertades públicas por parte del órgano legislativo nacional pero dentro de los límites de la Constitución.

En virtud de lo anterior y con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, resulta coherente con el Estado Social de Derecho que la regulación de los derechos y libertades públicas esté en cabeza del Congreso, pues, su protección implica unas garantías mínimas y su restricción debe establecerse por medio de una ley adoptada por el órgano legislativo competente y con el trámite que amerita, como manifestación de la voluntad popular.

Por su parte, la **función de policía** hace referencia a la gestión administrativa concreta que supone el poder de policía y que se ejerce en virtud de este por parte de las autoridades administrativas en el marco de sus competencias, que en el orden nacional está en cabeza del Presidente de la República (artículo 189, numeral 4 constitucional), a nivel territorial a los gobernadores (artículo 330 *ibidem*) y a los alcaldes municipales y distritales (artículo 315, numeral 2 *ibid*) que son los encargados de ejercer dicha función bajo las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias establecidas.

Ahora bien, sobre la facultad de adoptar ciertas restricciones de alcance local frente a un aspecto particular, o dirigidas a un grupo determinado de personas, se ha señalado por la Corte Constitucional que:

"(...) la función de policía también implica la adopción reglamentaria de ciertas prescripciones de alcance local sobre un tema en particular dirigidas a un grupo específico de personas, y de los habitantes y residentes de la localidad, bajo la orientación de la Constitución, la ley y el reglamento

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C - 116 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

superior, de tal manera que la autoridad de policía local pueda actuar ante condiciones específicas, según los términos que componen la noción de orden público policivo y local, lo que le permite dictar normas que regulen aquellas materias con carácter reglamentario y objetivo.

(...)

Desde otro ámbito, la función de policía implica también la adopción reglamentaria de ciertas prescripciones de alcance local sobre un tema en particular, dirigidas a un grupo específico de personas, o a los habitantes y residentes de la localidad, siempre bajo la orientación de la Constitución, la ley y el reglamento superior. Ello con el propósito de que la autoridad de policía local pueda actuar ante condiciones específicas, según los términos que componen la noción de orden público policivo y local, lo que le permite dictar normas que regulen aquellas materias con carácter reglamentario y objetivo”¹⁸.

Conforme lo expuesto, la función de policía también implica un margen de actuación de las autoridades administrativas, pues, no todo puede abordarse en virtud de leyes nacionales y es por esto que se otorga la forma y oportunidad para aplicar a los casos particulares el límite de un derecho, y que corresponde a normas o actos de carácter administrativo expedidos dentro del marco legal por las autoridades administrativas competentes, la cual debe ser ejercida dentro de los marcos legales y se concreta en la expedición de disposiciones de carácter singular tales como órdenes, mandatos y prohibiciones.

En suma, el *poder de policía* se materializa a través de la ley y delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta, es decir, establece las reglas que permiten su específica y concreta limitación para garantizar el orden público policivo, mientras que a través de la *función de policía* se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en esa legislación, en virtud del ejercicio del poder de policía.

3.5.2 Alcance del principio de reserva legal en la potestad reglamentaria municipal.

La Constitución Política en su artículo 150, numeral 2, dispone que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y a través de ellas ejerce la función de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

¹⁸ *Ibidem*

Además, en sus artículos 300 y 313 confieren a las corporaciones públicas de elección popular de los ámbitos departamentales, municipales y distritales, una competencia normativa complementaria que en todo caso debe ejercerse en concordancia con la Constitución Política y la ley.

Concretamente los artículos referidos disponen:

"Artículo 300. *Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

1. Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del Departamento.

2. Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera.

(...)

8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

(...)

12. Cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y la Ley.

(...)

Artículo 313. *Corresponde a los concejos:*

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.

(...)

9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

(...)

10. Las demás que la Constitución y la ley le asignen."

De este modo, a las asambleas departamentales les corresponden dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal, a través de ordenanzas, con lo que se confirió un poder de policía complementario al de la disposición legal. Igual ocurre con los concejos municipales a quienes se les confirió ese poder especial, respecto de la regulación del suelo y el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

De forma paralela se confirió autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses dentro de las competencias que asigna la

Constitución y la ley, sin desconocer en todo caso que compete de manera exclusiva y privativa al Congreso de la República, imponer limitaciones o restricciones a los derechos y las libertades fundamentales, como expresión del artículo 1º de la Constitución Política que refiere el principio forma del Estado Unitario.

Por ello cuando la Carta Política autoriza a las asambleas Departamentales para establecer normas de Policía en aquello que no sea materia de disposición legal, no está facultando a estas corporaciones, en lo que respecta a la limitación o restricción de derechos constitucionales, para (i) reglamentar aquellos asuntos que no han sido regulados en absoluto por el legislador, ni para (ii) reglamentar lo que el Legislador ha regulado sólo parcialmente en aquellos ámbitos no regulados por éste; pues, siguiendo los derroteros de la jurisprudencia constitucional, cualquiera de estas dos interpretaciones, implicaría desconocer la reserva estricta de ley que pesa sobre cualquier limitación o restricción normativa del ejercicio de los derechos fundamentales.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-593 de 2005 señaló que las disposiciones constitucionales referidas deben interpretarse como una autorización para que las Asambleas dicten reglamentos de Policía en aquellos temas que no están sujetos a una reserva legal y por ende se encuentran autorizadas para establecer normas de policía sólo en los aspectos que no deban hacerse bajo el trámite legislativo nacional, y en lo atinente a la limitación o restricción de derechos y libertades fundamentales no podía reglamentar aquellos asuntos que no han sido regulados en absoluto por el legislador, ni lo que este ha regulado sólo parcialmente, pues, de lo contrario implicaría desconocer la reserva estricta de ley que pesa sobre esos especiales ámbitos.

Además, es competencia de los departamentos y municipios desarrollar mediante regulación normativa la complementación de la preceptiva legal y adecuarla a las particulares condiciones de su ámbito territorial, observando en todo caso las restricciones frente a las libertades y derechos fundamentales, así como todo aquello que sea conexo a la ley

estatutaria, y en todo caso observar los límites constitucionales y legales de su poder de policía.

Concretamente, la sentencia C-825 de 2004, indicó los principios que deben considerarse en el ejercicio del poder de policía, consistentes en:

"... que (i) está sometido al principio de legalidad, que (ii) su actividad debe tender a asegurar el orden público, que (iii) su actuación y las medidas a adoptar se encuentran limitadas a la conservación y restablecimiento del orden público, que (iv) las medidas que tome deben ser proporcionales y razonables, y no pueden entonces traducirse en la supresión absoluta de las libertades o en su limitación desproporcionada, (v) que no pueden imponerse discriminaciones injustificadas a ciertos sectores, (vi) que la medida policiva debe recaer contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejerce legalmente sus libertades, y que (vii) obviamente se encuentra sometida a los correspondientes controles judiciales".¹⁹

Es decir, corresponde a las autoridades territoriales ejercer potestad regulatoria respecto a la concreción y especificidad de la norma legal, conforme sus necesidades locales y que propendan por la adecuada y eficiente atención de los requerimientos locales.

De esta manera se articula la organización estatal a partir del nivel nacional con los niveles territoriales, pues, por una parte se encuentra la ley como reguladora de la unidad jurídico – política nacional, fijando condiciones aplicables a todo el territorio, sin que desconozca la facultad que ostentan las instancias regionales o locales, es decir, sin desconocer la autonomía para la gestión de sus intereses particulares. Y de otro lado, las autoridades de los niveles departamentales y municipales ejercen una competencia de regulación normativa complementaria en desarrollo de la ley, adaptando y adecuando ese contenido a las condiciones concretas de cada territorio, expresando así diversidad que busca satisfacer la estructura institucional.

En el ámbito internacional la reserva de ley en materia de limitación de derechos y libertades fundamentales se encuentra decantada en la *Convención Americana de Derechos Humanos*, que en su artículo 30 dispone que sólo serán permisibles aquellas restricciones establecidas "*conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general*" y

¹⁹ Corte Constitucional sentencia C – 825 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

además ha precisado esa Corporación en la Opinión Consultiva OC-06/86, que la expresión "leyes" contenida en este artículo "significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (...). La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".²⁰

Precisamente, la Corte Constitucional ha considerado respecto del poder de policía y su carácter normativo lo siguiente:

*"... el poder de Policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal, con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen"; en tal medida, se señaló en la misma providencia que **"esta facultad que permite limitar en general el ámbito de las libertades públicas en su relación con estos términos, generalmente se encuentra en cabeza del Congreso, quien debe ejercerla obviamente dentro de los límites de la Constitución. Excepcionalmente, también en los términos de la Carta, ciertas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de Policía subsidiario o residual, como en el caso de la competencia de las asambleas departamentales o de los Concejos municipales y distritales para expedir disposiciones complementarias a las previstas en la ley"**.*²¹

Finalmente, es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha analizado esta temática al enfatizar que:

"... los aspectos que son necesarios para responder a las especificidades departamentales, distritales o municipales, sin establecer limitaciones o restricciones adicionales a los derechos de los ciudadanos que no hayan sido previstas o autorizadas con anterioridad por el Legislador Nacional, y con pleno respeto por las normas legales y constitucionales pertinentes. Esto significa que corresponde al Congreso de la República dictar (a) las bases que deben respetar las Asambleas al momento de dictar ordenanzas en materia de Policía, (b) los ámbitos de acción dentro de los cuales las Asambleas pueden ejercer su facultad normativa, así como los parámetros que deben observar, y (c) las prohibiciones a las que están sujetas las Asambleas en ejercicio de dicha facultad. No pueden las Asambleas Departamentales, en consecuencia, dictar normas de Policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el Legislador Nacional, dado que las medidas correctivas de Policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales.

²⁰ Postura jurisprudencialmente desarrollada por la Corte Constitucional como reconocimiento de Estado Social de Derecho a partir de la sentencia C- 024 de 1994.

²¹ Corte Constitucional sentencia C – 825 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

Igualmente, las atribuciones constitucionales de los Concejos Municipales en materia de Policía –es decir, las facultades de (i) “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda” (art. 313-7, C.P.) y (ii) “dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio” (art. 313-9, C.P.)- han de ser interpretadas como una autorización constitucional para establecer las normas necesarias para responder en estos dos ámbitos específicos a las particularidades y necesidades concretas de sus respectivos municipios, y no como una potestad autónoma para establecer sanciones policivas, que no han sido previstas por el Congreso de la República.”²²

3.6 Ahora bien, a juicio del demandante, el Decreto No. 131 de 1990 expedido por la Alcaldía Municipal de Cajicá debe ser anulado por considerar que vulnera disposiciones de índole constitucional y legal, tales como: (i) el artículo 29 de la Constitución Política, por ser la medida correctiva del decomiso violación del principio de legalidad y el debido proceso, al no ser autorizada por el Legislador; (ii) el artículo 333 constitucional, al prohibirse el ejercicio de libertades económicas que solo le compete al Congreso de la República mediante ley; (iii) el artículo 116 del Decreto 1355 de 1970, por carecer el Alcalde de Cajicá de competencia para prohibir el oficio del vendedor ambulante, ya que solo puede reglamentar dicha actividad; (iv) los artículos 187, 188 y 213 del Decreto Ley 1355 de 1970, al disponerse una contravención de policía no autorizada por el legislador; y (v) el el artículo 226 del Código Nacional de Policía, por ordenarse el decomiso de los bienes que portan los vendedores ambulantes, cuando no lo ha hecho la ley, de acuerdo con los cargos transcritos preliminarmente en el acápite de “Normas violadas y concepto de la violación” de esta providencia.

Frente a los argumentos de censura, la Sala considera:

i) Antes de abordarse el asunto objeto de la controversia planteada en el caso *sub examine*, Sala considera necesario precisar que, la parte actora plantea que, el Decreto 131 de 1990 “por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan

²² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de septiembre de 2016, Exp. 11001-03-24-000-2002-00417-01 (ACUMULADO 11001-03-15-000-2003-01000-01) C.P. María Claudia Rojas Lasso, Exp. 15001-23-31-000-2005-03783-01, providencia del 13 de octubre de 2016 C.P Roberto Augusto Serrato Valdés (E), Exp. 11001-03-06-000-2010-00044-00(1999) providencia del 20 de mayo de 2010 C.P William Zambrano Cetina.

otras disposiciones”, emitido por Alcaldesa Municipal de Cajicá – Cundinamarca de la época, fue expedido con desconocimiento y/o violación de los artículos 29 y 333 constitucionales, puesto que, la medida correctiva del decomiso viola el principio de legalidad y el debido proceso al no ser autorizada por el Legislador y restringe la libertad económica, vulnerándose el principio de reserva de ley, como quiera que, ello le compete privativamente al legislador, según el artículo 150 de la Carta Política.

Así las cosas, sea del caso precisar que, el acto administrativo demandado, esto es, el Decreto 131 *“por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones”*, fue emitido y/o expedido el día **6 de diciembre de 1990**.

En ese mismo sentido, cabe destacar que, la actual Constitución Política de Colombia, en la que se sustenta la nulidad invocada y que es objeto de análisis (violación directa de los artículos 29 y 333 de la Carta Política), fue refrendada por la Asamblea Nacional Constituyente el día 6 de julio de 1991 y publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del **20 de julio de 1991**.

Al respecto la Sala considera necesario señalar que, el demandante cita como violados preceptos de la Constitución Política de 1991 y no así de la Constitución de 1986, esta última vigente para la fecha de expedición del Decreto 131 del 6 de diciembre de 1990; no obstante, la Sala efectuará el respectivo estudio, dado que, como lo ha manifestado el Consejo de Estado en providencia del 6 de mayo de 2010, expediente No. 11001-03-24-000-2004-00358-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso, toda normativa debe estar siempre acorde con la Norma Superior vigente, so pena de su retiro del ordenamiento jurídico, como lo ha reiterado en diversas providencias la Corte Constitucional, entre otras,

en sentencia C-11 del 23 de enero del 2002, Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis, cuando sostuvo²³:

"(...)

La disposición acusada debe ser confrontada con el ordenamiento constitucional actual a fin de determinar una posible inconstitucionalidad sobrevenida

*Al respecto, cabe recordar que esta Corporación ha reiterado que **por razones de seguridad y certidumbre jurídica** "(..) **el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada** (..)", **como tampoco su intangibilidad**, así hubiesen sido sometidas a valoración constitucional por el organismo entonces competente, **como quiera que tal confrontación no podía consultar los dictados del actual orden constitucional** y es éste el que le corresponde a esta Corporación salvaguardar, con el objeto de que su presencia se manifieste "(..) progresivamente en los demás niveles, **en la medida en que sea necesario establecer caso por caso y de manera concreta su eventual observancia o desconocimiento de la Carta vigente**. Esta es, por su naturaleza, **una operación posterior que implica siempre un juicio acerca del carácter ejecutable o no de una norma frente a la Constitución.**"²⁴*

(...)." (Negrillas fuera de texto).

ii) Para efectos de resolver el presente asunto, resulta pertinente y/o necesario analizar si la facultad reglamentaria de los vendedores ambulantes y estacionarios ejercida por la entonces Alcaldesa Municipal de Cajicá se ejerció conforme al Decreto 1889 de 1986 "*Por el cual se expide el Nuevo Código de Policía de Cundinamarca*", así como al Decreto Ley 1355 de 1970 – Código Nacional de Policía, normas legales vigentes para el momento de expedición del acto administrativo demandado que le confieren los presupuesto de competencia para esa especial atribución legal; pero además, si las medidas adoptadas en el acto acusado se encuentran acorder con las disposiciones constitucionales hoy vigentes, a efectos de determinar si se presenta la violación de las disposiciones legales y constitucionales invocadas como infringidas.

iii) El **Decreto 1889 de 1986** "*Por el cual se expide el Nuevo Código de Policía de Cundinamarca*", prescribe:

²³ En igual sentido, sobre el examen de constitucionalidad de normas expedidas antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, consultar las sentencias C-014 de 1993, C-027 de 1993, C-427 de 1996, C-155 de 1999, C-336 de 1999 y C-011 de 2002.

²⁴ Sentencia C-014 de 1993 M. P. Ciro Angarita Barón, en igual sentido consultar C-027/93, C-427/96, C-336/99, C-155/99, C-336/99.

"(...)

Artículo 96. VENEDORES AMBULANTES. Los Alcaldes reglamentarán lo atinente al permiso y a las zonas donde ejercerán sus actividades los vendedores ambulantes.

(...)."

iv) Por su parte, el **Decreto Ley 1355 de 1970** "Por el cual se dictan normas sobre policía", establece:

"(...)

ARTICULO 116. Las normas de policía local reglamentarán el ejercicio del oficio de vendedor ambulante.

(...)

ARTICULO 186. Son medidas correctivas:

1. La amonestación en privado;
2. La represión en audiencia pública;
3. La expulsión de sitio público o abierto al público;
4. La promesa de buena conducta;
5. La promesa de residir en otra zona o barrio;
6. La prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público;
7. La presentación periódica ante el comando de policía;
8. La retención transitoria;
9. La multa;
- 10. El decomiso;**
11. El cierre del establecimiento;
12. La suspensión de permiso o licencia;
13. La suspensión de obra;
14. La demolición de obra;
15. La construcción de obra; y
16. El trabajo en obras de interés público;
17. <Literal adicionado por el artículo 121 del Decreto 522 de 1971. El nuevo texto es el siguiente:> El arresto supletorio.

ARTICULO 187. Ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo anterior.

ARTICULO 188. Cuando según los artículos 8° y 10, el gobierno Nacional, las Asambleas, los Concejos, los Intendentes y los Comisarios especiales expidieren reglamentos de policía no podrán estatuir medidas correctivas distintas a las descritas en este Decreto.

(...)

ARTICULO 213. Compete a los Alcaldes o a quien haga sus veces, imponer decomiso:

1. De elementos tales como puñales, cachiporras, manoplas, cauchera, ganzúas y otros similares.

2. De tiquetes o boletas para espectáculos cuando se pretenda venderlos por precio superior al autorizado.

3. De bebidas, comestibles y víveres en mal estado de conservación, sin perjuicios de la acción penal a que haya lugar.

(...)

ARTICULO 226. <Aparte tachado INEXEQUIBLE sentencia C-593/2005> **La medida correctiva aplicable será, en cada caso, la indicada en la ley o en el reglamento.**

(...).”

v) El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al debido proceso, de conformidad con el cual, se entiende por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas.

Desde el punto de vista eminentemente formal el concepto del debido proceso adquiere también trascendencia, complementando su finalidad primordial, cual es la obtención de decisiones verdaderamente legales, justas y adecuadas al derecho material.

En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general²⁵.

²⁵ Jaime Orlando Santofimio. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Ed. Universidad Externado de Colombia Año 2008. Pág. 85.

Es todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, asegurando una pronta y cumplida justicia siguiendo los parámetros establecidos por la ley, por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el **debido proceso** es un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (artículos 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legales y reglamentarios establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus garantías y libertades, mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa, de manera que se salvaguarde la legalidad y la certeza jurídica en las decisiones que allí se adopten²⁶. La Corte Constitucional ha enfatizado de manera especial, que cuando se trata de procedimientos adelantados ante la administración pública, se debe garantizar real y efectivamente, que quien participe en el mismo debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias establecidas²⁷.

Así las cosas, el debido proceso es el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo principal es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso o procedimiento, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y se le garantice el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia²⁸. Por lo tanto, **es considerado uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y constituye un límite en el ejercicio de las potestades asignadas a las autoridades administrativas, con lo que se pretende que su**

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁷ Ver la Sentencia C-467/95, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

actuar esté de conformidad con el ordenamiento establecido en todas las instancias y etapas previstas en el procedimiento respectivo²⁹, **en aras de preservar los derechos de los ciudadanos del abuso que el ejercicio de estas competencias puedan ocasionar**³⁰.

Es del caso destacar que los componentes del derecho al debido proceso son: la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, el derecho a la jurisdicción, **el principio de legalidad**, el principio de juez natural que otorga la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado, el derecho de defensa, el principio de favorabilidad, el principio del plazo razonable, la irretroactividad de la ley penal, entre otras garantías³¹.

En síntesis, el derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones de la administración exige el respeto total de la Constitución, especialmente, de los artículos 6, 29 y 209, que rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados³².

vi) En tanto que, el artículo 333 de la Constitución Política reconoce el derecho de libertad económica y al desarrollo de la iniciativa privada en sus diferentes manifestaciones; no obstante, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la libertad de empresa, en sus diferentes ámbitos de expresión (involucra la iniciativa privada y la libertad de competencia), no puede ser entendida como un derecho absoluto, pues, por expreso mandato constitucional, el **legislador puede delimitar su alcance** "*cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*". Así mismo, ha señalado la Corte Constitucional que **no todas las limitaciones al derecho a la libertad**

²⁹ Corte Constitucional, auto 147/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-893/06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³¹ Ver entre otras las sentencias T-001 de 1993, T-345 de 1996, C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo, ver, las sentencias SU-250 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de 2003, T-597 de 2004, T-031, T-222, T-746, C-929 de 2005 y C-1189 de 2005.

³² Consultar Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de empresa, **a la iniciativa privada** y a la libre competencia, tienen respaldo constitucional, por lo que ha fijado los siguientes criterios para establecer **si una limitación a las libertades económicas** se ajusta a los fines superiores dispuestos para el efecto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política: (1) **la limitación debe llevarse a cabo por ministerio de la ley**; (2) no puede limitar el núcleo esencial del derecho; (3) debe obedecer a finalidades o motivos expresamente señalados en la Constitución; y (4) debe estar conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así, precisó la Corte Constitucional que, para efectos de determinar la constitucionalidad de una medida que restrinja dichas libertades, se debe tener en cuenta que **los límites en sólo pueden ser impuestos en virtud de la ley** y obedecer a importantes propósitos constitucionales y a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, no será constitucionalmente admisible la limitación que las anule completamente o las haga nugatorias³³.

vii) Conforme a las normas transcritas, se tiene que, las facultades otorgadas al alcalde municipal, en virtud de las disposiciones policivas emitidas con fundamento en las facultades legislativas especiales que ostentan las autoridades que expedieron los decretos precitados, hacen referencia a *reglamentación* de las ventas ambulantes, su ubicación y ejercicio, pero no a su prohibición absoluta, es decir, su facultad estaba determinada para fijar los presupuestos y parámetros para desarrollar las ventas ambulantes en el municipio, de conformidad con la ubicación que se fijara para esa actividad, pero en ningún caso, se le concede la potestad de prohibir las ventas ambulantes y menos aún las estacionarias.

Así, tenemos que la actividad reglamentaria que ostenta el alcalde municipal se encuentra limitada no sólo por la Constitución como presupuesto de un Estado Social de Derecho, sino también en los términos de las normas antes transcrita, y por el principio de legalidad

³³ Corte Constitucional, sentencia C-352/09 del 20 de mayo de 2009, M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

que debe primar sobre todas sus actuaciones, además de encontrarse restringido por la conservación y restablecimiento del orden público, que en todo caso debe comprender medidas que sean razonables y proporcionales y por tanto, no pueden expresarse en prohibiciones o supresiones absolutas de las libertades, derechos o crear limitaciones excesivas, incluyendo discriminaciones a sectores específicos.

viii) Ahora bien, contrario a lo afirmado por el juez de primera instancia, el acto demandado no comprende una reglamentación de ventas ambulantes y estacionarias, sino su prohibición en los espacios públicos del territorio de la jurisdicción del Municipio de Cajicá, en lugar de reglamentar y/o determinar cuáles son las zonas o espacios en las que sí se permiten las ventas ambulantes, presupuestos que no fueron los concedidos al alcalde en el marco de la reglamentación que podía expedir, procediendo en su lugar, a limitar completamente el ejercicio de esa actividad en el municipio y sin disponer los lugares en los que sí estaba permitida como ejercicio de regulación de una actividad que la norma legal a la cual debía sujetarse le señalaba e indicaba que debía reglamentar.

ix) De otra parte, debe tener en cuenta que la presente demanda es presentada en el año 2015 pero el acto demandado se encuentra vigente desde el año 1990, lo que quiere decir que para ese momento no se encontraba vigente ninguna regulación sobre los vendedores ambulantes y estacionarios, ni prohibiciones por mandato legal o pronunciamientos jurisprudenciales que permitieran regular de la mejor manera esa actividad, por lo que, el presupuesto de la reserva legal y la primacía del principio de legalidad resultaban imperante al momento de analizar el Decreto 131 de 1990, pues, el poder de policía y la facultad complementaria de los entes territoriales en la reglamentación de las circunstancias particulares de su municipio, departamento o distrito, se encuentra delimitado por la facultad expresa y concreta que le es concedida y que en todo caso no conlleve a la limitación absoluta de una

actividad, derecho o libertad, lo cual en efecto se desconoció en el acto enjuiciado.

x) De igual forma, al establecer medidas correctivas que conlleven al decomiso de mercancías, como lo contemplada en el acto demandado, se constituyen en limitaciones que no pueden ser establecidas por el alcalde municipal, sino únicamente por el legislador, quien a través del instrumento idóneo para ello – la ley -, procede a establecerlas luego de efectuarse la totalidad del trámite para la creación de leyes, dado que por naturaleza esas prohibiciones y sus consecuencias – sanciones – implican un limitación o restricción a un derecho constitucional.

Es por esto que –en tiempos de paz- sólo el Congreso de la República, como órgano democrático y representativo del constituyente primario está facultado para ejercer a nivel nacional la competencia legislativa, (así como las corporaciones legislativas en su orden territorial según el marco de sus competencias), para dictar normas que limiten o restrinjan derechos constitucionales, función que no puede ser suplida o asumida por decreto del alcalde municipal o incluso un reglamento, máxime porque en el decreto se impone medidas correctivas como el decomiso, y solo a través del órgano legislativo puede determinar esas medidas o autorizar su creación, autorización que en el presente caso no ostenta el acto demandado.

En igual sentido se ha considerado que la reserva de ley puede manifestarse material o formalmente:

"La reserva material de ley: que comprende el conjunto de supuestos o materias, respecto de los cuales la Constitución exige una regulación de rango legal. Supone, que aunque la ley no las regule, en ningún caso dichos temas pueden ser regulados por normas reglamentarias.

La reservas formal de ley: significa que cualquier materia, por intrascendente que sea, cuando ha sido objeto de desarrollo legal, no puede ser objeto de un reglamento."³⁴

Así, tenemos que el Decreto 131 de 1990 "por el cual se deroga el decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan

³⁴ Corte Constitucional sentencia C- 699 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos

otras disposiciones” no sólo se auto atribuye facultades que no ostenta, sino que además desarrolla de forma errada el concepto de reglamentación al establecer una prohibición frente al desarrollo de una actividad determinada – ventas ambulantes y estacionarias – y fijando sanciones y/o medidas correctivas que van en total contravía de la ley y en suma, abiertamente inconstitucional al restringir derechos e imponer sanciones a su propio arbitrio, pues, el alcalde municipal o distrital como los gobernadores están facultados para imponer las sanciones que establezca la ley y que se encuentren bajo su competencia, así como fijar las que la misma ley autorice, pero nunca podrá establecer conductas prohibidas, infracciones, sanciones y medidas correctivas que no se enmarquen en esas limitaciones, pues, solo están dadas para que las establezca el legislador ordinario y solo bajo facultad expresa a las demás autoridades u órganos legislativos territoriales.

La Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha analizado la importancia de la reserva legal que impera en el ordenamiento jurídico, estableciendo lo siguiente:

“... la reserva de ley alude a la categoría de fuente jurídica exigida para regular una determinada materia e implica que ciertos temas sean confeccionados por el legislador, no siendo posible su configuración a través de una norma de nivel jerárquico inferior, como, por ejemplo, los reglamentos administrativos. La razón de la reserva de ley reside en garantizar que la disciplina de materias expresamente definidas provenga del procedimiento parlamentario, organismo garante de que las determinaciones sean el resultado de un debate amplio y democrático materializado en disposiciones generales y abstractas. Es decir, que las normas contentivas de prohibiciones sean de rango legal.

Sobre el principio de reserva de ley, la jurisprudencia constitucional ha señalado que ostentan ese carácter las materias originadas en el ejercicio de la función principal del Congreso, consistente en la creación de la ley. Sin embargo, algunas materias pueden atribuirse al Presidente de la República para que, de manera excepcional actúe como legislador extraordinario, con lo cual la norma material, pero no formalmente, conserva su rango legal. (...)

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación -lex previa-. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2º del Artículo 29 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación.

Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada

por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006 (...)”³⁵

En esos términos, al ser la facultad reglamentaria de las autoridades territoriales una potestad complementaria del texto legal, es claro que solo por ley se pueden configurar las prohibiciones absolutas sobre ventas ambulantes y estacionaria, y disponer las conductas típicas y medidas correctivas correspondientes de conformidad con criterios objetivos y razonables, por lo que, le asiste razón al demandante al afirmar que el acto demandado vulnera los artículos 29 y 333 de la Constitución Política en tanto desconoce la norma superior del derecho al debido proceso de los vendedores ambulante y la reserva legal de las penas y sanciones; y los artículos 116, 187, 188, 213 y 226 del Decreto Ley 1355 de 1970 – Código Nacional de Policía, por cuanto la facultad otorgada era para reglamentar el permiso a las zonas donde ejercerán sus actividades los vendedores ambulantes, no para establecer prohibiciones y de configuración de sanciones, por tanto, no tenía competencia para expedir el Decreto 131 de 1990. Razón por la cual, también se configura la causal de nulidad de “*falta de competencia*”, propuesto por la parte actora, viciando de ilegalidad el Decreto 131 de 1990 “*por el cual se deroga el decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones*”.

3.7 Ante la prosperidad de los cargos denominados “*violación de los artículos 29 y 333 de la Constitución*” y “*violación directa del artículo 116 del Decreto Ley 1355 de 1970 - Código Nacional Policía*” elevados por la parte actora con la demanda y reiterados en el recurso de alzada, que corresponde a la causal de nulidad “*infracción de las normas en que debería fundarse*”, y encontrarse además acreditada la causal de nulidad de “*falta de competencia*” que también sustenta el cargo propuestos, al encontrar que el acto administrativo demandado vulnera las disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda, puesto que el

³⁵ *Ibidem*

alcalde municipal en el acto demandado (i) se abroga facultades legales que no le fueron conferidas, llegando al extremo de prohibir las ventas ambulantes y estacionarias dentro del territorio del municipio; y (ii) impone medidas correctivas que gozan de reserva legal y por tanto, no podía establecerlas a través de un decreto, denotando una abierta contradicción con las normas superiores, y con lo cual se desvirtúa la presunción de legalidad que amparaba el acto administrativo demandado, la Sala revocará la sentencia impugnada y consecuentemente accederá a las súplica de la demanda. Por lo que, la sentencia apelada deberá ser revocada, y en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado.

3.8 De otra parte, observa la Sala que, en el presente asunto, el doctor Diego Fernando Guzmán Ospina allegó poder especial otorgado por el municipio de Cajicá - Cundinamarca, para que representen a esa municipalidad en el presente asunto (fls. 109 a 116 cdno. Ppal.), por lo que, se dispondrá reconocerle personería jurídica para actuar en el proceso de la referencia al doctor Diego Fernando Guzmán Ospina.

4. Condena en costas.

Sea lo primero precisar que la demanda de la referencia fue presentada mediante escrito radicado el **2 de octubre de 2015** en la Secretaría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá (fl. 1 cdno. no. 1).

Ahora bien, el artículo 308 de la **Ley 1437 de 2011**, sobre el régimen de transición y vigencia de la ley, establece:

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior." (Negrillas fuera de texto).

En virtud de lo anterior, tenemos que la Ley 1437 de 2011, se aplica a las demandas y procesos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, estos es, las demandas y procesos iniciados a partir del 2 de julio de 2012.

Como quiera que la demanda de la referencia, fue presentada el día 2 de octubre de 2015 (fl. 1 cdno. no. 1), cuando ya se había expedido, y se encontraba en vigencia la Ley 1437 de 2011, de conformidad con el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, al proceso de la referencia debe aplicársele el régimen jurídico establecido en dicha ley, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, para el efecto de las costas procesales.

Así las cosas, tenemos que, el artículo 188 de la **Ley 1437 de 2011**, prescribe:

"ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil." (Se destaca)

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ser el medio de control de simple nulidad de interés público, no hay lugar a imponer costas.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia del 8 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de

Zipaquirá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Declárase la nulidad del Decreto No. 131 de 1990 "*por el cual se deroga el Decreto No. 029 del 21 de abril de 1987, se prohíben las ventas ambulantes y estacionarias sobre el espacio público en la jurisdicción municipal y se dictan otras disposiciones*", expedido por la entonces Alcaldesa Municipal de Cajicá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Sin costas en la instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Reconócese personería jurídica para actuar en el proceso de la referencia al doctor Diego Fernando Guzmán Ospina como apoderado judicial del municipio de Cajicá - Cundinamarca, en los términos del poder a él conferido visible en el folio 109 del cuaderno principal del expediente.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

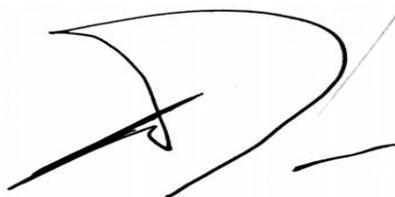
Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado