

**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN LEGAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE
COMERCIO.
UNA MIRADA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y COMERCIAL[♦]**

Deisy Galvis Quintero¹
Leonardo Fabio Jiménez Guzmán²

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad abordar asuntos que consideramos de importante valía, respecto del funcionamiento de los establecimientos de comercio y, específicamente, en lo atinente al estado de cosas normativo y fáctico actual, en punto de regulación jurídica y forma de ejecución de los poderes, función y actividad de policía administrativa desde la doble óptica del derecho administrativo y comercial.

Palabras clave: Establecimiento de comercio. Poder, función y actividad de policía. Ley 232 de 1995. Libertad de empresa. Apertura y funcionamiento del establecimiento de comercio.

Abstract:

The purpose of this document is to consider or address topics and matters certainly relevants, in relation with the commercial establishments operation, and specifically, about the current state of legal and facts affairs, in particular with the legal regulation and form of execution of the power,

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de marzo de 2013 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 6 de junio de 2013, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y candidata a Magíster en Derecho Comercial de la misma Universidad. Especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como abogada del Grupo de Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, abogada de la Subdirección de Regulación y Personas Jurídicas de la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte. En la actualidad es Docente Investigadora del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y Consultora en temas de Derecho Privado. Colombia. deisy.galvis@uexternado.edu.co

² Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es abogado asesor de la Subgerencia de Operaciones y Servicio al Afiliado de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía y, se ha desempeñado como abogado en asuntos relativos al control de establecimientos de comercio, desde el gobierno local en el Distrito de Bogotá. Colombia. leofjg@gmail.com

function and administrative police activity from a dual perspective: administrative and commercial law.

Sumario

INTRODUCCIÓN.....	102
PRECISIONES Y PRESUPUESTOS CONCEPTUALES PARA EL TRATAMIENTO DEL TEMA	104
I. DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO FIGURA JURÍDICA ESENCIAL EN EL CAMPO EMPRESARIAL Y ECONÓMICO, Y DE SU DIRECTA RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LA LEY 232 DE 1995	106
II. MENCIÓN A LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN ACTUAL	108
III. DE LA DISTINCIÓN ENTRE PODER, FUNCIÓN Y ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTOS BÁSICOS EN LA COMPRENSIÓN DE LA TEMÁTICA	110
IV. REFERENCIA AMPLIA A LAS NOCIONES DE LIBERTAD DE EMPRESA Y DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FUNCIONAMIENTO Y REGULACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO	114
LA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	118
I. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO REGLA GENERAL PARA LA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	118
II. REQUISITOS PREVIOS A LA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. REGLA EXCEPCIONAL	119
1. El alcance del Decreto 1879 de 2008 frente a la Ley 232 de 1995 en lo referente a la enunciación de requisitos previos para la apertura del establecimiento de comercio	120
2. Comentarios puntuales a cada uno de los requisitos enunciados	125
OPERACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	133
I. CONDICIONES DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO	133

1. De la exigencia de funcionamiento referente al cumplimiento de las condiciones sanitarias descritas por la Ley 9ª de 1979 y demás normas vigentes sobre la materia	134
2. De la exigencia de funcionamiento relativa a las normas expedidas por la autoridad competente del respectivo municipio, referentes a uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación.....	135
II. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ESPECIAL DE LA LEY 232 DE 1995.	137
1. Aspectos de índole probatoria para efectos de la acreditación del cumplimiento de los requisitos de apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio	137
2. Enunciación y comentarios al procedimiento administrativo sancionatorio de la Ley 232 de 1995.....	141
III. TENDENCIAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO.....	145
1. Ley 1575 de 2012 - Ley General de Bomberos	145
2. Ley 1554 de 2012	146
3. Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia	149
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	152

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad abordar asuntos que consideramos de importante valía, respecto del funcionamiento de los establecimientos de comercio y, específicamente, en lo atinente al estado de cosas normativo y fáctico actual, en punto de regulación jurídica y forma de ejecución de los poderes, función y actividad de policía administrativa desde la doble óptica del derecho comercial y administrativo.

Este ejercicio de enunciación y de acercamiento conceptual y normativo al conjunto de requisitos y condiciones para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio tiene una incidencia práctica fundamental en el tráfico jurídico mercantil cotidiano, bajo la concepción de que todo comerciante que en desarrollo de su labor profesional pretenda establecer y estructurar un bien mercantil como lo es el establecimiento de comercio, inexorablemente se verá abocado a surtir y acreditar los mentados requisitos y condiciones, a fin de ajustarse a los parámetros de la ley.

Así entonces, pretendiendo generar inquietudes y espacios de reflexión sobre el asunto, es menester señalar que en el presente escrito se intentará realizar una aproximación a los supuestos de la Ley 232 de 1995, como fundamento normativo principal del que se deriva la regulación de los establecimientos de comercio, a algunos aspectos y problemáticas que rodean dicha esfera, al igual que a ciertas normas y pronunciamientos jurisdiccionales con causa en ella emitidos. Esta aproximación no tiene la intención de ser exhaustiva y detallada sino, por el contrario, general y sucinta, pero asimismo sustancial.

En este desarrollo de ideas, se tratarán los interrogantes alusivos a cómo está conformada, y cuál es el alcance de la estructura jurídica regulatoria o del régimen normativo relativo al funcionamiento de los establecimientos de comercio; cuál es el rol de las autoridades de policía administrativa en relación con este tópico, y de qué forma se desempeña dicho rol en punto de inspección, vigilancia y control. Lo anterior, con el propósito de identificar y exhibir el grado de trascendencia que tiene la ley positiva en cuanto al funcionamiento de los establecimientos de comercio, la notable contradicción respecto de su aplicación concreta por las autoridades, y algunos casos puntuales de enfrentamiento o choques normativos respecto de otras fuentes de igual jerarquía que permean la materia, para concluir con el llamado a tratar la cuestión como elemento y eje fundamental que afecta directamente el andamiaje empresarial y el desarrollo económico del país.

En ese orden de ideas, el presente artículo se encuentra integrado por tres grandes partes, a saber: una primera, denominada “Precisiones y presupuestos conceptuales para el tratamiento del tema”, en donde se exponen nociones que consideramos esenciales para el examen y análisis del tema, tales como las de competitividad y creación de empresas, libertad de empresa e intervención del Estado en la economía, poder, función y actividad de policía, entre otras; una segunda, llamada “De la apertura del establecimiento”, en la que se analizan tanto la regla general que rige la apertura y el funcionamiento de los establecimientos de comercio como el carácter excepcional que se presenta en punto de requisitos; finalmente, una tercera, denominada “Operación del establecimiento de comercio”, en que se tratan los aspectos relacionados con las condiciones de funcionamiento de los establecimientos de comercio, se efectúa una aproximación al procedimiento sancionatorio establecido para esta materia, y se comentan las tendencias actuales sobre el estado de cosas en materia de requisitos y condiciones para el funcionamiento de los establecimientos de comercio.

PRECISIONES Y PRESUPUESTOS CONCEPTUALES PARA EL TRATAMIENTO DEL TEMA

LA COMPETITIVIDAD ECONÓMICA Y SU RELACIÓN DIRECTA CON LA OPERACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

Respecto del concepto de economía global, al cual naturalmente Colombia no es ajena, resulta de la mayor importancia alcanzar la debida claridad y conocimiento en lo que hace a las normas que regulan la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, en la medida en que ello puede repercutir en la consolidación de un tráfico jurídico y operativo cotidiano mucho más ágil y certero, que a su vez contribuya al mejoramiento de la competitividad de nuestro país.

Bajo esta premisa y con la intención de ejemplificar la cuestión, nos permitimos traer a colación una de las herramientas que emplea el Banco Mundial para efectos de medir el desempeño mundial relativo a la competitividad económica misma, esto es, el *Doing Business*³.

Según el informe *Doing Business 2013*, las investigaciones recientes han demostrado que regulaciones más sencillas para acceder al mercado fomentan la constitución de nuevas empresas y la creación de empleo en el sector formal, lo cual resulta significativo si se tiene en cuenta que el 90% de los empleos de los países en desarrollo provienen del sector privado⁴.

³ Mediante la utilización de ciertos indicadores, en el *Doing Business* se comparan 185 economías, realizando un análisis y un seguimiento a los cambios en las regulaciones que afectan 11 áreas del ciclo de vida de las pequeñas y medianas empresas nacionales; esto implica una medición cuantitativa sobre las reglas para comenzar un negocio, lo que incluye desde la obtención de permisos de obra, la contratación de empleados, la inscripción de propiedades, la solicitud de créditos, la protección a los inversionistas, el pago de impuestos, la comercialización en el extranjero, el cumplimiento de contratos, hasta el cierre de empresas pequeñas y medianas. Es decir que el *Doing Business* engloba dos tipos de indicadores: los relacionados con la fortaleza de las instituciones competentes en materia de regulación empresarial y los que tienen que ver con la complejidad y el costo de los procesos regulatorios. Una premisa fundamental de esta publicación es que la actividad económica necesita reglas claras, las cuales incluyen normas que establezcan y clarifiquen los derechos de propiedad y reduzcan los costos de resolver conflictos, incrementen la previsibilidad de las interacciones económicas y entreguen a los socios contractuales protección básica contra los abusos. El objetivo es contar con regulaciones eficientes, accesibles a todos los que las necesiten y fáciles de implementar. Fuente: <http://datos.bancomundial.org/indice/doing-business> Consultado el 15 de marzo de 2013.

⁴ Cfr. Banco Mundial, 2005; Stampini y otros, 2011, citado por *Doing Business 2013. Regulaciones inteligentes para las pequeñas y medianas empresas. Comparando las regulaciones empresariales para las empresas locales de 185 economías*, 10ª ed., Banco Mundial, IFC, 2013. Fuente: <http://datos.bancomundial.org/indice/doing-business> Consultado el 15 de marzo de 2013.

Colombia, por ejemplo, según el *Doing Business 2013* se encuentra en el puesto 45 dentro de la clasificación global de la “Facilidad de hacer negocios”⁵ (entre 185 economías). Dicho informe destaca que nuestro país fue la economía que más consiguió reducir la distancia hasta la frontera⁶ en América Latina y el Caribe. Lo anterior, en la medida en que durante los años 2006 y 2009 el país encaminó sus esfuerzos, con éxito, a mejorar la eficiencia de sus procesos regulatorios, con especial énfasis en el registro de empresas⁷ y la administración tributaria⁸. Dichas reformas, según el informe, contribuyeron a un notable aumento en el número de empresas de nueva creación registradas en el país⁹.

En el informe se hace un análisis respecto de la facilidad para hacer negocios en Colombia en temas como: apertura de un negocio, manejo de permisos de construcción, obtención de electricidad, registro de propiedades, obtención de crédito, protección de los inversores, pago de impuestos, comercio transfronterizo, cumplimiento de contratos y resolución de la insolvencia¹⁰;

⁵ Colombia descendió un puesto con respecto al informe del año 2012.

⁶ “Esta medición contribuye a la valoración de la mejora, en términos absolutos y a través del tiempo, del entorno regulatorio de los empresarios nacionales, al mostrar la distancia a la que cada economía se encuentra de la ‘frontera’. La frontera marca el mejor rendimiento observado en cada uno de los indicadores de Doing Business en todas las economías y a lo largo de los años desde 2005. Se trata de una medida normalizada que abarca del 0 al 100, siendo 100 la frontera. Por consiguiente, una puntuación alta supone un sistema regulatorio empresarial más eficiente”: *Doing Business 2013*, cit., p. 6.

⁷ Al respecto cabe destacar que la Superintendencia de Industria y Comercio recientemente modificó el denominado “Formulario Registro Único Empresarial y Social (RUES)” mediante la Resolución 60222 de octubre de 2012, condensando en un mismo formato los registros mercantil, de entidades sin ánimo de lucro, de proponentes, de actividades de juegos y azar, veedurías ciudadanas y de economía solidaria, con lo cual se reduce sin lugar a dudas parte de la tramitología imperante hasta el momento, promoviendo la creación de nuevas empresas y la organización de establecimientos de comercio.

⁸ Por ejemplo, la denominada Ley de Primer Empleo (Ley 1429 de 2010) contempla importantes incentivos para la formalización empresarial, tales como descuentos en el registro mercantil, beneficios para nuevas pequeñas empresas y para aquellas que se formalicen, beneficios para empresas formales existentes antes de 2011, pago progresivo del impuesto a la renta en pequeñas empresas, eliminación de algunos trámites laborales y comerciales, así como descuentos en parafiscales para pequeñas empresas, entre otros aspectos importantes.

⁹ “... análisis individuales de países como Colombia, India, México y Portugal han confirmado la relación positiva entre las mejoras en el registro de empresas y el aumento en el número de inscripciones de negocios de nueva creación. Estos análisis establecen incrementos del 5-17% en el volumen de registro de empresas de nueva creación, una vez que se adoptan reformas en el procedimiento de inscripción de empresas”: *Doing Business 2013*, cit., p. 11.

CLASIFICACIÓN DE LA CATEGORÍA	DB Clasificación 2013	DB Clasificación 2012	Cambio
Apertura de un negocio	61	65	↑ 4
Manejo de permisos de construcción	27	26	↓ -1
Obtención de electricidad	134	129	↓ -5
Registro de propiedades	52	53	↑ 1

de lo que se deduce que el país ha ido realizando importantes adelantos en estas materias, a fin de mejorar su situación respecto a la región. Sin embargo, el camino aún es largo y resta mucho por hacer, especialmente si, tal y como se plantea en este escrito, la tendencia actual en nuestro país es al aumento de los requisitos previos a la apertura de establecimientos de comercio.

I. DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO FIGURA JURÍDICA ESENCIAL EN EL CAMPO EMPRESARIAL Y ECONÓMICO, Y DE SU DIRECTA RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LA LEY 232 DE 1995

El artículo 25 C.Co. ha definido la empresa como “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”; en esa medida, la empresa implicará la organización de dos factores de producción, a saber, el capital y el trabajo¹¹, los cuales se unen para la consecución de una finalidad común establecida por el empresario¹² como titular de la empresa, esto es, el desarrollo

Obtención de crédito	70	67	↓ -3
Protección de los inversores	6	6	No cambio
Pago de impuestos	99	99	No cambio
Comercio transfronterizo	91	91	No cambio
Cumplimiento de contratos	154	151	↓ -3
Resolución de la insolvencia	21	19	↓ -2

Fuente: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia?topic=starting-a-business>. Consultado el 15 de marzo de 2013.

¹¹ “Pues bien, económicamente una empresa consiste en la reunión de dos fuerzas productivas: capital y trabajo, que se juntan y cooperan en su esfuerzo para obtener un objetivo común: la producción, circulación, etc., de bienes o la prestación de servicios”: JAIRO MEDINA VERGARA. *Derecho comercial, Parte general*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2008, p. 222.

¹² Refiriéndonos a este concepto, vale la pena señalar que en estricto sentido la norma comercial no realiza una definición de empresario sino de comerciante en el artículo 10 C.Co., al determinar: “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”. Sin embargo, la doctrina ha identificado como correspondientes los términos *comerciante* y *empresario*. En este sentido se pronuncia BONILLA REYES: “Debemos entender que el concepto de comerciante debe asimilarse al de empresario ya que, como dice De Solá Cañizares, ‘El comerciante es el sujeto del derecho comercial tradicional. El empresario lo es del derecho comercial después de una evolución en la que se ha constituido jurídicamente la noción de empresa’”: JULIO ENRIQUE BONILLA REYES, “La empresa y el empresario”, en *Revista de Derecho Privado* N° 3, enero/junio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 113.

de una actividad económica, para lo cual se vale de uno o más establecimientos de comercio¹³; entendidos estos como el conjunto de bienes organizados por el empresario para llevar a cabo los fines de la empresa¹⁴. En esa medida, entenderemos que resultan distintos los conceptos de empresario, empresa y establecimiento de comercio.

Ahora bien, el empresario es el sujeto de derecho que en desarrollo de la empresa es titular de la universalidad de bienes corporales e incorporeales¹⁵ que conforman el establecimiento de comercio, por lo que le corresponde a él el cumplimiento de las obligaciones referidas al establecimiento, con independencia de si este es o no propietario de dichos bienes, pues basta simplemente “con que éste tenga con respecto a cada uno de los bienes que integran el establecimiento un título que jurídicamente lo faculte para utilizarlo, conjuntamente con los demás bienes, para la explotación de la empresa”¹⁶, por ser el comerciante quien asume los riesgos propios del desarrollo de la empresa.

Lo anterior, por cuanto lo que convierte a un conjunto de bienes en un establecimiento de comercio es precisamente esa organización destinada a realizar los fines de la empresa, con independencia de si los mismos pertenecen o no al empresario. Esta afirmación encuentra su

¹³ “El establecimiento no es la empresa, pero es inseparable de ella, en cuanto se forma y subsiste en razón de la actividad organizada desarrollada por su propietario. Esta subordinación recíproca entre la empresa y el establecimiento exige un régimen jurídico que facilite la subsistencia de la empresa a través de las distintas operaciones de que puede ser objeto el establecimiento en la vida de los negocios”: GABINO PINZÓN. *Introducción al derecho comercial*, Temis, Bogotá, 1966, p. 251.

¹⁴ Artículo 515 C.Co.: “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

¹⁵ “Los bienes que con carácter supletivo enumera el artículo 516 del Código de Comercio corresponden a la bipartición basada en su naturaleza jurídica, a saber: Corporales, o sea los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, e incorporeales, es decir, los que consisten en meros derechos (C.C. art. 653). Los materiales, tangibles o corporales, verbigracia las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, el mobiliario y las instalaciones (maquinaria y equipo). Los inmateriales, vale decir, los derechos de dominio o disfrute de los anteriores, los de propiedad sobre la enseña o el nombre, las patentes de las invenciones o creaciones industriales y artísticas, las marcas de los productos o de servicios, los créditos y demás valores similares; los contratos de arrendamiento o el derecho al arrendamiento de los locales en donde funciona si son de propiedad del empresario así como las indemnizaciones que conforme a la ley correspondan al arrendatario; el derecho de impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y los derechos y obligaciones derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados *intuitu personae* con el titular del mismo. Desde luego, el conjunto no es conformado por el simple inventario de unos y otros sino merced a la integración y coordinación de todos”: JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA. *Derecho mercantil colombiano. La empresa y el establecimiento*, Legis, Bogotá, 2002, pp. 114 y 115.

¹⁶ LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho mercantil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 85 y 86.

sustento en el artículo 515 C.Co., en donde al definir el concepto de establecimiento de comercio no se alude a los bienes del empresario sino a los bienes organizados por este¹⁷.

Es entonces en el empresario en quien recaen las obligaciones del establecimiento, y es respecto de este que las autoridades administrativas pueden exigir el cumplimiento de los requisitos y condiciones que deben verificarse en la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio contenidos en la Ley 232 de 1995; así mismo, es en el empresario en quien recae la facultad de enajenar, gravar, limitar o modificar la propiedad o la administración del comercio, así como la decisión respecto a la forma y la clase de elementos que harán parte del mismo. Ahora bien, comoquiera que el establecimiento es objeto del derecho, debe indicarse que la obligación de matricularse en el registro mercantil se predica tanto del empresario como del establecimiento de comercio, así como también que sobre el mismo es dable realizar diversos negocios jurídicos tales como contratos de arrendamiento, usufructo, anticresis o compraventa, entre otros.

En concatenación con lo anterior, resulta primordial mencionar de forma inicial la Ley 232 de 1995, “Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales”, con el propósito de indicar que si bien la regla general es la no exigencia de habilitación legal para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, existen ciertos requisitos establecidos por el legislador que tienden a desdibujar en cierto grado tal afirmación¹⁸.

II. MENCIÓN A LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN ACTUAL

La normativa anterior al régimen de la Ley 232 de 1995, esto es, entre otras, la contenida en el artículo 117¹⁹ del Código Nacional de Policía (Dcto. 1355 de 1970), se centraba en la obligatoriedad para el comerciante de obtener una habilitación jurídica²⁰ para el desarrollo de su

¹⁷ Cfr. *ibíd.*, p. 86.

¹⁸ A este respecto, debe indicarse que cualquier establecimiento de comercio, con independencia de si este pertenece a la micro, pequeña, mediana o gran empresa, es objeto en igual medida de la inspección, vigilancia y control propia de la función policiva.

¹⁹ “Artículo 117. Derogado por el art. 6, Ley 232 de 1995: Los establecimientos comerciales requieren permiso para su funcionamiento. El permiso se otorgará, en cada caso, de acuerdo con las prescripciones señaladas en los reglamentos de policía local”.

²⁰ “Previa a la vigencia de esta ley, los establecimientos de comercio debían contar con una licencia de funcionamiento, que obligaba al responsable de la actividad comercial a cumplir con los requisitos señalados en la ley, a fin de obtener la habilitación para el desempeño y puesta en marcha del establecimiento de comercio. Dicha licencia, sin embargo, dejó de otorgarse en virtud del Decreto Ley 2150 de 1995, dejando al responsable actual del establecimiento con la carga de tener que mantener al día los requisitos de funcionamiento exigidos por la Ley 232

actividad comercial o empresarial a través de sus establecimientos de comercio. Es decir, se exigía el cumplimiento formal de un estadio procedimental previo para el desarrollo de tales actividades en los establecimientos de comercio, que materialmente se traducía en la denominada “*Licencia de funcionamiento*”. Esta manera de regulación y control se quedaba rezagada frente a la evolución y desarrollo de las actividades comerciales, las cuales avanzan a gran ritmo.

Debido a ello y tomando como fundamento las orientaciones y mandatos de la Constitución Política en sus artículos 333 y 334, tal situación sufrió un cambio tendiente a la inversión misma de la forma de regulación y control relativa al funcionamiento de los establecimientos de comercio; por lo que dicha licencia dejó de otorgarse en virtud del artículo 46 del Decreto Ley 2150 de 1995²¹, así como de la expresa determinación del artículo 6 de la Ley 232 de 1995²²; dejando al comerciante con la carga de cumplir con los requisitos de funcionamiento exigidos por el nuevo régimen legal²³ con apoyo en el principio de buena fe. De manera tal que con la

de 1995, en ejercicio del principio constitucional de la buena fe. El no cumplimiento de los mismos implica entonces para el comerciante, el verse expuesto a un procedimiento administrativo sancionatorio, que puede culminar incluso, con el cierre definitivo del establecimiento”: Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2008, M.P.: Mauricio González Cuervo.

²¹ “Artículo 46. *Supresión de las Licencias de Funcionamiento*. Sin perjuicio del régimen establecido para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ningún establecimiento industrial, comercial o de otra naturaleza, abierto o no al público, requerirá licencia, permiso o autorización de funcionamiento o cualquier otro documento similar, salvo el cumplimiento de los requisitos que se enumeran en los artículos siguientes con el único propósito de garantizar la seguridad y salubridad públicas”.

²² “Artículo 6°. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga el artículo 117 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), las disposiciones que autoricen o establezcan permisos o licencias de funcionamiento para los establecimientos de comercio y las demás que le sean contrarias”.

²³ Al respecto vale la pena citar la exposición de motivos de la Ley 232 de 1995 en la que sobre la eliminación de la licencia de funcionamiento se indicó: “La libre iniciativa como fundamento del sistema económico fue reforzada por la Constitución de 1991 al prever ésta que sólo disposiciones de rango legal puedan consagrar o autorizar la exigencia de requisitos previos al ejercicio de dicha iniciativa (Const. Pol., art. 333), y al prohibir a las autoridades exigir permisos o trámites adicionales a los previstos en la ley (Const. Pol., art. 84).

“En desarrollo de los citados postulados constitucionales es que propongo al Congreso de la República el presente proyecto de ley. En efecto, su texto se encuentra orientado a satisfacer tanto el interés general de la sociedad y de los consumidores, como la libre iniciativa de los particulares, de forma tal que la libre empresa pueda ejercerse sin mayores obstáculos previos, aun cuando respetando el bienestar colectivo [...] el proyecto suprime la licencia de funcionamiento como requisito previo al ejercicio de la actividad mercantil por medio de los establecimientos de comercio. De esta manera, la iniciativa busca abrirle espacios al empresario honesto [...] como es por todos conocido, la multitud de trámites que deben cumplir los empresarios antes de iniciar su actividad se halla amparada en la facilidad con la que los funcionarios de todo rango establecen requisitos inútiles que, so pretexto de proteger intereses generales, no tienen un propósito distinto al de fomentar la corrupción. Como puede advertirse, el proyecto de ley contiene disposiciones que armonizan a cabalidad el libre ejercicio de la actividad económica con la satisfacción del interés general de la comunidad”: GACETA DEL CONGRESO N° 255, diciembre de 1994, citado por GUSTAVO CORONADO PINTO. *Derecho de policía aplicado*, Temis y Jurídicas Radar, Bogotá, 2003, pp. 445 y 446.

Ahora bien, en ponencia para primer debate se indicó: “Mediante la presente iniciativa se pretende unificar los requisitos exigidos para la apertura de los establecimientos de comercio por parte de las autoridades locales, que generaron criterios disímiles y falta de claridad, colocando al comerciante en una situación de intranquilidad

aparición de la mencionada ley se estableció el régimen actual que hoy se detenta, el cual, tal y como se expondrá de forma más concreta en líneas posteriores, se podría denominar un régimen mixto.

III. DE LA DISTINCIÓN ENTRE PODER, FUNCIÓN Y ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTOS BÁSICOS EN LA COMPRENSIÓN DE LA TEMÁTICA

Resulta de la mayor importancia distinguir entre tres instancias diferenciadas de la protección del orden público por parte de los entes estatales, como son el poder, la función y la actividad de policía²⁴, en punto a la identificación del alcance de la Ley 232 de 1995 y demás normas complementarias.

Respecto al concepto de poder de policía se debe indicar que el mismo ha sido definido por la Corte Constitucional como “aquella potestad jurídica que permite a las autoridades legislativas tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares, mediante actos de carácter general e impersonal, con fines de convivencia social y dentro de los términos de la salubridad, seguridad y tranquilidad pública”²⁵. Se trata por lo tanto de un poder del exclusivo resorte del Congreso de la República, quien deberá ejercerla dentro de los límites establecidos por la Constitución, ello es, dando estricto cumplimiento a los principios de razonabilidad y proporcionalidad²⁶.

permanente, desestimando la iniciativa privada, y, con ello, la capacidad económica del conglomerado social que busca, a través de la producción, distribución y utilización de los bienes de uso, un mejor desarrollo. Como consecuencia, el comerciante que pretenda abrir un establecimiento de comercio en cualquier parte del territorio nacional se encontrará con los mismos requisitos sin que otra autoridad administrativa, fuerza de policía o servidor público pretenda impedir la iniciativa del comerciante en la apertura de dicho establecimiento”: GACETA DEL CONGRESO N° 276, septiembre de 1995, citado *ibíd.*, p. 446.

²⁴ “Recogiendo estas reflexiones, la doctrina que esta Corporación ha establecido frente a las competencias estatales en el manejo del orden público, tres categorías distintas denominadas: poder de policía –entendido éste como la potestad de regulación general en la materia–; función de policía –consistente en la gestión administrativa de ese poder– y la actividad de policía –que comporta efectivamente la ejecución coactiva, derivada de las dos anteriores–, como distinciones jurisprudenciales relevantes a la hora de determinar los alcances, atribuciones y competencias constitucionales en el manejo del orden público”: sentencia C-1008 de 2008, cit.

²⁵ Sentencia C-1008 de 2008, cit. Desde el punto de vista técnico, la sentencia C-790 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, lo definió como “la facultad de hacer la ley policiva mediante la expedición de normas jurídicas objetivas de carácter general e impersonal, dictadas por el órgano representativo con el fin de limitar los derechos individuales en función del bienestar general”.

²⁶ Respecto a la posibilidad del legislador de limitar las libertades y derechos de los ciudadanos, se trata de un tema ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de que se ha determinado que “[e]l legislador puede expedir normas restrictivas o limitativas de las libertades y derechos ciudadanos, con fundamento en hechos o circunstancias que constituyan efectivamente lo que se denomina ‘motivos de policía’, es decir frente a situaciones que atentan contra el orden público o sean resultado del abuso en el ejercicio del derecho o libertad. Con todo, en la garantía del orden público, el legislador no puede desconocer las exigencias

Lo anterior no obsta para que algunas autoridades administrativas, tales como el Presidente de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales²⁷, puedan ejercer un poder de policía subsidiario, claro está, limitado a materias específicas²⁸.

En todo caso, respecto a las medidas de policía debe indicarse que la Corte ha sido muy clara al establecer que las mismas solo serán compatibles con la Constitución cuando estas se encuentren dirigidas a satisfacer un fin constitucionalmente imperioso y, a su vez, resulten imprescindibles para cumplir con ese objetivo²⁹.

Refiriéndonos a los preceptos contenidos en la Ley 232 de 1995, necesario es indicar que los mismos se encuadran dentro de ese contexto de poder de policía otorgado al Legislador, toda vez que su rango normativo de ley y la finalidad que lo reviste se orientan a regular las condiciones para la apertura y el funcionamiento de los establecimientos de comercio, teniendo como premisa el interés general y el orden público, con prevalencia de las nociones clásicas de seguridad³⁰,

constitucionales relacionadas con el respeto por la dignidad humana (art. 1 C.P.), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), el principio de legalidad –que implica que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes de la República (art. 6, C.P.)–, ni el debido proceso. Y tampoco está autorizado a suspender el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en aras del bien común”: sentencia C-1008 de 2008, cit.

²⁷ “Sin embargo, las reglas de reserva legal que operan en esta materia no están definidas, pues aunque en principio debía ser aplicable la garantía establecida en el artículo 333 y según la cual toda limitación (de cualquier orden, de carácter económico administrativo o de carácter policivo propiamente dicho) requiere de autorización de ley, también se ha dicho que la habilitación para ejercer ese poder por parte de ciertas autoridades administrativas proviene directamente de la Constitución”: MAGDALENA CORREA HENAO. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 679 y 680.

²⁸ Al respecto traemos a colación la sentencia C-024 de 1994 que indicó: “La regla ordinaria es entonces que sólo el Congreso ejerce el *poder* de policía pues únicamente este órgano estatal puede, dentro del marco de los principios y valores consagrados por la Constitución, regular y limitar los derechos y libertades. Ello no es sorprendente como quiera que el órgano legislativo ha sido tradicionalmente concebido como el foro en el que tiene representación la sociedad civil, lo que le confiere mayor legitimidad a sus decisiones. Esta afirmación tiene sin embargo dos matices: “Primero, la Constitución no establece una reserva legislativa frente a todos los derechos constitucionales ni frente a todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos. *Esto significa que existen ámbitos de los derechos constitucionales en los cuales algunas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de policía subsidiario. Así, según la Constitución, a las asambleas departamentales mediante ordenanzas les corresponde ‘dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal’* –art. 300.8–, con lo cual se les confirió poder de policía subsidiario. A los concejos municipales también se les confirió un cierto poder de policía para materias específicas, como la regulación del uso del suelo (CP Art. 313 ord. 8º) y el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (CP Art. 313 ord. 9º). Igualmente, en ejercicio de la potestad reglamentaria, el Presidente de la República puede por decreto desarrollar la ley, sin excederla ni desconocerla, de conformidad con el artículo 189 numeral 11 de la Constitución” (resaltado fuera de texto).

²⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-889 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ “Se refiere a la prevención de accidentes de diverso tipo y de flagelos humanos y naturales, como incendios, inundaciones, accidentes de tránsito, etc., lo mismo que a la prevención de atentados contra la seguridad del Estado. Por ejemplo, las normas que reglamentan la ubicación de estaciones de expendio de combustibles”: LIBARDO RODRÍGUEZ R. *Derecho administrativo general y colombiano*, 17ª ed., Temis, Bogotá, 2011, p. 580.

salubridad³¹ y tranquilidad³² como objetos del poder de policía, que a su vez justifican las limitaciones que se imponen a las libertades individuales³³, y en este caso en concreto, a la libertad de empresa e iniciativa privada.

En cuanto a los poderes de policía subsidiarios otorgados a otras autoridades, encontramos que, por ejemplo, el poder otorgado al Presidente se ve manifestado en la expedición del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), “por el cual se dictan normas sobre policía”; el de las asambleas departamentales, en el numeral 8 del artículo 300 C.P. al otorgarles la facultad de dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal; y, finalmente, en los concejos municipales, en la posibilidad de reglamentar los usos del suelo del municipio (art. 313 num. 7 C.P.) así como el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (art. 313 num. 9 C.P.). Todas ellas normas relacionadas con la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio.

La función de policía consistente en la obligación de conservar el orden público en su jurisdicción, a nivel nacional se radica en cabeza del Presidente de la República (art. 189-4 C.P.), y en las entidades territoriales les corresponde a los gobernadores (art. 303 C.P.) y a los alcaldes (art. 315-2 C.P.), estos últimos como primera autoridad de policía del municipio. Se trata de una función restringida por un principio de estricta legalidad, de manera tal que, de una parte, no pueden ir más allá del marco establecido por la ley, por lo que no gozan de discrecionalidad respecto a sus competencias para su mantenimiento y, de otra, su potestad normativa se encuentra circunscrita a la potestad de reglamentar localmente esas limitaciones, sin que pueda exceder o modificar las medidas adoptadas por el legislador, a través de la exigencia de nuevas condiciones o requisitos para el desarrollo de las diversas actividades sociales o empresariales³⁴.

Tomando en cuenta lo anterior, es preciso indicar, respecto a la competencia de ejercicio establecida por la Ley 232 de 1995, que la misma se dirige a los alcaldes como primera autoridad

³¹ “Se relaciona con la prevención de enfermedades en la medida en que estas pueden afectar la comunidad, lo cual se conoce también con el nombre de higiene pública. Por ejemplo, las reglamentaciones sobre medidas higiénicas para establecimientos de expendio de alimentos, sobre control de enfermedades contagiosas, etc.”: *ibíd.*, p. 580.

³² “Comprende la prevención de los desórdenes en general, tanto en los lugares públicos como privados, en la medida en que pueden perturbar el tranquilo discurrir de la vida de los ciudadanos. Por ejemplo, las reglamentaciones de lucha contra el ruido; las reglamentaciones sobre porte de armas”: *ibíd.*, p. 580.

³³ “Estos elementos de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas han sido tradicionalmente considerados como constitutivos de la noción de policía, como los fines a los cuales debe tender la actividad policiva de la administración y, consecuentemente, la fuente de los poderes correspondientes”: JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, 13ª ed., 2ª reimpr., Legis, Bogotá, 2010, p. 317.

³⁴ Cfr. sentencia C-889 de 2012, cit.

del municipio³⁵, por lo que corresponderán a estos las atribuciones y competencias derivadas de la función de la policía, esto es, la inspección, vigilancia y control de los establecimientos de comercio.

Finalmente, en relación con la actividad de policía se ha de indicar que la misma implica la ejecución de las medidas adoptadas por los alcaldes en ejercicio de la función de policía, así como la conservación material del orden público turbado o amenazado y cuyo cumplimiento le corresponderá a la Policía Nacional (art. 218 C.P.)³⁶. Respecto al ámbito de acción otorgado por la Ley 232 de 1995, se debe indicar que el artículo 3º de la ley le asigna a esta autoridad la función de verificación del estricto cumplimiento por parte del empresario y de los establecimientos de comercio de los requisitos señalados por el artículo 2º ibídem, esto en punto a la comprobación de requisitos de uso del suelo, condiciones sanitarias, derechos de autor, matrícula mercantil y demás requisitos señalados en normas especiales, tales como los establecidos en el Decreto Reglamentario 1879 de 2008.

Lo anterior no obsta para que otras autoridades puedan cumplir funciones de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de los requisitos dispuestos por la Ley 232 de 1995 y demás normas complementarias, las cuales resultan concomitantes con la actividad de policía que desempeña la Policía Nacional. En este caso, se alude por ejemplo a las funciones que cumplen las secretarías de salud, las secretarías de ambiente, los cuerpos oficiales de bomberos y demás autoridades que velan por el cumplimiento de las normas relacionadas con la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio.

³⁵ Art. 4º Ley 232 de 1995: “El alcalde, quien haga sus veces, o el funcionario que reciba la delegación, siguiendo el procedimiento señalado en el libro primero del Código Contencioso Administrativo, actuará con quien no cumpla los requisitos previstos en el artículo 2º de esta Ley”.

³⁶ “Aproximándonos a un concepto de actividad administrativa de policía podemos indicar que dentro de esta se recogen el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general. De aquí que la doctrina señale como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades de la fuerza y la coacción, todas ellas justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad. Algunos sectores doctrinales prefieren denominar a la actividad de policía como actividad administrativa de limitación, precisamente porque dentro del moderno Estado social de derecho constituye la característica primordial de la actividad para propósitos sociales, llegándose incluso a destacar como sus principales formas de manifestación las siguientes: sacrificio de situaciones de mero interés; limitaciones administrativas de derechos; expropiaciones, transferencias coactivas no expropiatorias, comisos, prestaciones forzosas; imposición de deberes u órdenes; delimitación administrativa de derechos privados, eliminación de titularidades privadas, nacionalizaciones, extinción del dominio, medidas de orden público, limitaciones sanitarias, restricciones por razones ambientales, configuración por la administración del contenido de los derechos privados, etc.”: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 40 a 41.

IV. REFERENCIA AMPLIA A LAS NOCIONES DE LIBERTAD DE EMPRESA Y DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FUNCIONAMIENTO Y REGULACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

El artículo 333 C.P.³⁷ reconoce el derecho de libertad de empresa e iniciativa privada, entendida esta como la “libertad que se le[s] reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios”³⁸. En ese sentido, la Corte ha concluido que la libertad de empresa implica “el derecho a ejercer y desarrollar una actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional, que para el caso colombiano se fundamenta en la libertad de competencia en una “economía de mercado”³⁹.

A su vez, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el “núcleo esencial” de la libertad de empresa comprende, entre otras prerrogativas, “(i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) *el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley*; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”⁴⁰ (resaltado fuera de texto).

Lo anterior explica que aun cuando se trata de libertades que buscan impulsar la actividad económica del país como motor de desarrollo, no puede olvidarse que las mismas se enmarcan dentro de una necesaria limitación, en la medida en que por ser Colombia un Estado Social de Derecho resulta forzoso imponerles a los ciudadanos y a las empresas unos deberes y responsabilidades⁴¹. En ese sentido, ha sido profusa la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se han analizado esos límites constitucionales a la actividad económica⁴².

³⁷ “Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

³⁸ Sentencia C-352 de 2009, cit.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴¹ “El artículo 333 de la Constitución acoge esos valores y propende entonces por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general, no sólo para lograr eficiencia y garantías para el sistema económico sino también debido a la incorporación de la fórmula del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º), en virtud de la cual el poder público debe, entre otros fines, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios y deberes de la Constitución (C.P. art. 2). Esto explica que el artículo 333 superior establezca límites a la libertad económica, como el bien común y la propia función social de la

La Corte Constitucional, frente a las diversas demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra de la Ley 232 de 1995, ha dejado en claro que la exigencia a los particulares del cumplimiento de normas ambientales, medidas de salubridad, pago de obligaciones tributarias y derechos de autor, registro mercantil, entre otras, constituyen unas reglas mínimas que debe cumplir cualquiera que pretenda explotar una actividad económica y, en tal medida, se requerirá necesariamente de la intervención del Estado a través de su poder, función y actividad de policía, a fin de verificar el cumplimiento de dichos requisitos y de atender al bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación⁴³. Lo anterior, comoquiera que la libre competencia económica es un derecho constitucional que supone responsabilidades⁴⁴.

En todo caso resulta importante destacar que la jurisprudencia constitucional también ha sido clara en señalar que no todas las restricciones al derecho de la libre empresa, a la iniciativa privada y a la libre competencia resultan constitucionales, en la medida en que dicha limitación debe ajustarse a los fines superiores que para tales efectos han establecido los artículos 333 y 334⁴⁵ C.P., requiriendo el cumplimiento de ciertos criterios para su imposición, a saber: 1) La

empresa, e incorpore herramientas para que el Estado evite que se obstruya la libertad económica y el abuso de las personas o empresas de su posición dominante en el mercado. En el mismo sentido, el artículo 334 consagra la dirección estatal de la economía y fija los objetivos de su intervención, como son la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, los cuales van asociados, como se dijo, a los fundamentos mismos del Estado Social de Derecho, que irradia toda la normativa constitucional, a la cual no escapan los artículos relacionados con el régimen económico y con la actividad empresarial.

“Conforme a lo expuesto, es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Por ello esta Corporación ha señalado que ‘la libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica de dirección general de la economía’”: Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴² Ver, entre otras, de la Corte Constitucional, las sentencias C-560 de 1994, C-1262 de 2000, C-332 de 2000, C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-915 de 2002, C-992 de 2006, C-869 de 2010 y C-368 de 2012.

⁴³ “En este orden de ideas, debe la Sala detenerse en el contenido y alcance de dichas libertades, en el ámbito propio de la seguridad social. Sobre este tópico debe partirse de considerar que el artículo 333 C.P. reconoce las libertades económicas, concepto que engloba tanto la libertad de empresa como la libre competencia económica, como garantías de raigambre constitucional. No obstante, el mismo texto es unívoco en afirmar que esas libertades carecen de carácter absoluto y, antes bien, pueden válidamente someterse a distintas limitaciones, entre ellas (i) aquellas derivadas del bien común; (ii) las responsabilidades que supone la libre competencia económica; (iii) la función social de la empresa; y en especial (iv) aquellas derivadas de exigencias propias del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”: Corte Constitucional. Sentencia C-368 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Cfr. sentencia C-1008 de 2008, cit.

⁴⁵ “Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

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; 4) Debe estar conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁶. Ello por cuanto dichas restricciones no deben implicar una sanción o una restricción desproporcionada a dichos derechos, lo que en últimas, en palabras de la Corte, haría “nugatoria la libre iniciativa privada reconocida por la Constitución”.

Para los efectos propios de este estudio, se debe concluir que de imponerse requisitos desproporcionados para la apertura o funcionamiento de establecimientos de comercio, ello conduciría necesariamente a desestimular la creación de nuevas empresas o por lo menos incentivaría la evasión del cumplimiento de las normas aplicables.

Precisamente, haciendo una alusión tangencial a esa potestad de intervención del Estado frente a la libertad de empresa, se puntualiza, como lo señala CORREA HENAO⁴⁷, que en Colombia existe lo que podría denominarse el “*principio general de intervención*”, cuya fuente particular se encuentra en la literalidad del artículo 334 C.P., la cual constituye de forma expresa un mandato; y, así mismo, toda vez que tal precepto no realiza una enunciación taxativa sobre las técnicas o métodos puntuales para la ejecución de dicha intervención, se tiene por contera que cualquier forma de esta se encuentra autorizada dentro de un contexto de legalidad, para los fines señalados en la norma y dentro de los propios límites dispuestos por la jurisprudencia constitucional, ya indicados en apartes anteriores.

En cuanto al contenido de la propia Ley 232 de 1995, debe resaltarse que si bien implica una restricción a esa libertad de empresa, a su vez constituye una garantía de la ejecutabilidad de dicho derecho, en la medida en que no deja a la discrecionalidad del funcionario de turno la concreción de los requisitos que deben ser cumplidos por los establecimientos de comercio.

“Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”.

⁴⁶ Cfr. sentencia C-352 de 2009, cit.

⁴⁷ Cfr. CORREA HENAO. *Libertad de empresa*, cit., p. 181.

En efecto, la Ley 232 de 1995, se inspiró en el propósito de unificar, a nivel nacional, los requisitos de diversa índole, entre ellos los de carácter sanitario, exigibles a los comerciantes que ejercen su actividad a través de un establecimiento de comercio, así como en la intención de eliminar la multiplicidad de trámites, exigencias y requisitos que pudieran obstruir, e incluso hacer nugatorio el ejercicio de la libertad de empresa. Adicionalmente, se advierte en esta regulación una pretensión de adecuación de sus contenidos al parámetro constitucional establecido en el artículo 333 de la Constitución, según el cual, para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada “nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, *sin autorización de la ley*”.

[...] En ese orden de ideas, evidentemente, de los antecedentes y del contenido de la ley se deriva una clara pretensión de erradicar la posibilidad de que cualquier autoridad administrativa, de cualquier nivel, pudiera establecer requisitos para el ejercicio de la actividad económica, práctica que repercutiría en una incertidumbre, que además de erosionar los principios de legalidad y seguridad jurídica, impondría ilegítimas limitaciones a la libertad de empresa y al desarrollo de la iniciativa privada, protegidos por la Constitución⁴⁸.

Como se verá a continuación, la imposición de requisitos previos y concomitantes a la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio resulta una medida razonable y proporcionada que busca alcanzar un necesario equilibrio en el mercado así como la protección de los derechos de los consumidores⁴⁹, por ser estos últimos los destinatarios de la actividad económica que explota el empresario a través del establecimiento de comercio.

⁴⁸ Sentencia C-352 de 2009, cit.

⁴⁹ “Conforme la terminología propuesta por la doctrina científica, los derechos del consumidor y del usuario representan el ejemplo tipo de la delimitación del derecho, como mandato expreso del constituyente y cuya definición aunque desplazada a la instancia legislativa, viene a declarar, que no a constituir, unos límites constitucionalmente previstos. No quiere decir lo anterior que en el desempeño de la función que a este respecto corresponde al legislador puedan ser establecidas exigencias e imposiciones que resulten atentatorias de los ámbitos de libertad que identifican el derecho; tampoco significa ello que no pueda el legislador disponer de otras exigencias no contempladas en los preceptos que estatuyen los derechos o intereses legítimos de los consumidores y usuarios. [...] Por tanto, en el derecho constitucional español y colombiano sólo puede ser concebida la libertad de empresa o económica como un derecho que crea posiciones jurídicas de libertad y de derecho, únicamente en la medida en que su ejercicio aparezca respetuoso de los derechos del consumidor, al punto de que la ausencia de regulación o la regulación insuficiente pueda convertirse en causa de responsabilidad legislativa o, en una hipótesis menos compleja, denotar falencias que puedan ser suplicas en caso extremo por el juez”: CORREA HENAO. *Libertad de empresa*, cit., pp. 779 y 780.

LA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

I. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO REGLA GENERAL PARA LA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El artículo 1° de la Ley 232 de 1995 indica: “Ninguna autoridad podrá exigir licencia o permiso de funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, o para continuar su actividad si ya la estuvieren ejerciendo, ni exigir el cumplimiento de requisito alguno, que no esté expresamente ordenado por el legislador”.

Del contenido de esta norma se pueden establecer *prima facie* las siguientes apreciaciones:

- La apertura de los establecimientos de comercio no requiere de previa habilitación legal. La disposición en comento es un desarrollo puntual de lo establecido en el citado artículo 333 C.P.

En efecto, como ya se tuvo oportunidad de comentar, la Ley 232 de 1995 suprimió la licencia de funcionamiento como requisito previo para el ejercicio de la actividad mercantil a través de establecimientos de comercio, imponiendo en su lugar la obligación de cumplir una serie de requisitos de funcionamiento, en aras de preservar el orden público como prerrogativa del ejercicio del poder de policía por parte del legislador.

En ese sentido, el comerciante deberá mantener al día los requisitos de funcionamiento exigidos por la Ley 232 de 1995, como un desarrollo del principio constitucional de la buena fe, que solo se verá desvirtuado en la medida en que la autoridad administrativa advierta el no cumplimiento de los mismos.

- En igual sentido, no se requiere habilitación legal para la continuidad de las actividades que se ejecutan en los establecimientos de comercio, es decir que aquellos establecimientos que se encuentren en funcionamiento no requieren de permisión jurídica para la continuidad de sus actividades.

Lo anterior sin perjuicio y sin entrar en contradicción con las atribuciones y competencias de inspección, vigilancia y control propias de las autoridades que ejercen función y actividad de policía, de efectuar las correspondientes visitas a que haya lugar.

- Los requisitos y condiciones que regulan la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio son de configuración exclusiva del legislador⁵⁰. Es decir, existe la reserva de ley en tal situación, lo que impide que en los ámbitos ajenos al poder de policía se puedan estructurar requisitos o condiciones adicionales.
- El no cumplimiento de los requisitos de funcionamiento exigidos por la Ley 232 de 1995 deja expuesto al empresario y a su establecimiento de comercio al procedimiento administrativo sancionatorio, en desarrollo del cual se pueden imponer medidas progresivas que pueden ir desde el requerimiento por 30 días hasta el cierre definitivo del establecimiento de comercio (art. 4 Ley 232 de 1995).

II. REQUISITOS PREVIOS A LA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. REGLA EXCEPCIONAL

Es necesario indicar ahora que dentro de la potestad de intervención del Estado, de forma puntual en lo relativo a la apertura de los establecimientos de comercio, se genera un aspecto excepcional en cuanto a lo que se podría denominar requisitos previos y necesarios para dicha apertura, establecidos en el Decreto Reglamentario 1879 de 2008.

En efecto, el Decreto 1879 de 2008, reglamentario de la Ley 232 de 1995, en su artículo 1° precisa:

Requisitos documentales exigibles a los establecimientos de comercio para su apertura y operación. Las autoridades distritales y municipales al momento de realizar visitas de control, solo podrán exigir a los propietarios de establecimientos de comercio, los siguientes documentos:

- a) Matrícula mercantil vigente expedida por la Cámara de Comercio respectiva;

⁵⁰ “Los requisitos, tanto sanitarios como de otra índole, tal como lo señala la ley bajo examen (Arts. 1° y 5°), en armonía con lo preceptuado en el artículo 333 de la Constitución, sólo podrán estar previstos en la ley, es decir en norma expedida por el Congreso”: sentencia C-352 de 2009, cit.

b) Comprobante de pago expedido por la autoridad legalmente competente, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias, solamente cuando en el establecimiento se ejecuten públicamente obras musicales causantes de pago por derechos de autor;

c) Registro Nacional de Turismo, tratándose de prestadores de servicios turísticos a que se refiere el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006.

Parágrafo. El propietario de establecimiento podrá ser sancionado por la autoridad de control competente, si no exhibe en el momento de la visita los documentos a que hace referencia el presente artículo.

Bajo esta óptica y a luz de los fines perseguidos por este escrito, se debe entrar a analizar: 1. El alcance del Decreto 1879 de 2008 frente a la Ley 232 de 1995, en lo referente a la enunciación de requisitos previos para la apertura del establecimiento de comercio, y 2. Los comentarios puntuales pertinentes respecto de cada uno de los requisitos enunciados.

1. El alcance del Decreto 1879 de 2008 frente a la Ley 232 de 1995 en lo referente a la enunciación de requisitos previos para la apertura del establecimiento de comercio

Es fundamental establecer el alcance mismo del Decreto 1879 de 2008, en cuanto a su estructura normativa, procurando como primera medida determinar si el mismo, dado su carácter de decreto reglamentario⁵¹, se mantiene dentro de los límites prefijados por la Ley 232 de 1995. Es decir, se pretende analizar si dicho Decreto 1879, al mencionar requisitos previos para la apertura de los establecimientos de comercio, excedió su esfera competencial normativa, invadiendo la reserva de ley que en este tópico de poder de policía es propia de la Ley 232.

Este apartado se desarrolla en dos secciones, así: 1.1. Del análisis de la instauración de los requisitos previos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, desde la óptica de la técnica de redacción, y 1.2. Examen de la instauración de los requisitos previos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, desde una perspectiva material y teleológica.

⁵¹ Se recuerda que este tipo de decretos son aquellos que le asisten como potestad permanente al Presidente de la República para propender por la cumplida ejecución de las leyes, potestad que se encuentra señalada en el numeral 11 del artículo 189 C.P., cuando indica: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”.

1.1 Del análisis de la instauración de los requisitos previos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, desde la óptica de la técnica de redacción

Un primer rasgo que sustentaría la inclusión en el Decreto 1879 de 2008 de requisitos que fungan como elementos necesarios previos para la apertura y funcionamiento de un establecimiento de comercio se circunscribe a una mera técnica de redacción que guarda correspondencia asimismo con la forma de descripción jurídica de los supuestos establecidos en el artículo 2° de la Ley 232 de 1995. Esta técnica de redacción normativa empleada, genera distingos entre los supuestos concretos de los requisitos y condiciones enlistados, en punto de mención taxativa de la forma de acreditación del cumplimiento de los mismos y de la exigencia a las autoridades en la forma de proceder al momento de ejercer su función y actividad de policía.

En efecto, el literal c) del artículo 2° de la Ley 232 de 1995 reza: “*Para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales causante de pagos por derechos de autor, se les exigirá los comprobantes de pago expedidos por la autoridad legalmente reconocida de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias*”. De este precepto se extraen las siguientes características:

- Supuesto típico para la exigencia de este requisito: “Aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales causante de pagos por derechos de autor”.
- Actuar establecido para las autoridades: “Se les exigirá”.
- Prueba solemne: “Comprobantes de pago expedidos por la autoridad legalmente reconocida de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias”.

A su turno, el literal d) del artículo 2° de la Ley 232 señala: “Tener matrícula mercantil⁵² vigente de la Cámara de Comercio de la respectiva jurisdicción”. Esta norma utiliza en su redacción la conjugación en infinitivo del verbo “*tener*”, el cual, acorde con lo que determina el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se asemeja en una de sus acepciones al verbo

⁵² “La matrícula mercantil hace pública la calidad de comerciante, en la medida que hace visible al empresario frente a potenciales clientes que consultan los registros. Contiene información sobre los datos generales de los comerciantes y las sociedades”: Fuente: www.ccb.org.co. Consultada el 20 de febrero de 2013.

Artículo 26 C.Co.: “*Registro mercantil*: El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la Ley exigiere esa formalidad”.

“poseer”, que significa “*tener en su poder*”. Ello entonces deja sentada, desde este enfoque, la obligatoriedad para el responsable del establecimiento de comercio de tener en su poder el aludido certificado con la respectiva vigencia actualizada.

Ahora bien, respecto del “Registro Nacional de Turismo, tratándose de prestadores de servicios turísticos a que se refiere el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006”, es un requisito que se da en virtud de lo que podríamos denominar una integración normativa, en cuanto a que la Ley 1101 de 2006 en el parágrafo 2 del artículo 13 precisa: “La obtención del registro será requisito previo y obligatorio para el funcionamiento de los establecimientos turísticos”.

La norma transcrita es clara y no da lugar a equívoco alguno respecto del momento en que se debe obtener tal registro, lo cual, en nuestro parecer, constituye una habilitación legal previa para el ejercicio de la actividad de estos establecimientos de comercio, lo que trae al escenario nuevamente la discusión sobre la correspondencia o equilibrio entre la libertad de empresa y el concepto de intervención en la economía citados, así como sobre la configuración de requisitos adyacentes a los estipulados en la Ley 232. Volveremos sobre este particular en la segunda parte de este documento.

Por lo expuesto, se puede aseverar *prima facie* y desde el ámbito de análisis de la técnica de redacción utilizada en el Decreto 1879 de 2008, para efectos de la instauración legal de requisitos previos para la apertura de los establecimientos de comercio, que:

- Lo consagrado respecto de los requisitos previos en el Decreto 1879 de 2008 no contradice los verbos rectores establecidos en la Ley 232 de 1995, razón por la cual existe una correspondencia entre dichas fuentes legales.
- Asimismo referente a estos requisitos previos, se advierte que no existe un exceso o desbordamiento del nivel competencial del Decreto 1879 de 2008, frente a lo contenido en la Ley 232 de 1995.
- Se advierte que el fundamento para revestir determinados requisitos como presupuestos previos para la apertura de los establecimientos de comercio no atiende en sentido principal o fundamental a la técnica de redacción empleada o a la propensión de una armonía e integración normativa pacífica, sino que sus razones se encuadran en la aplicación del concepto de libertad de configuración del legislador y su lógica de la razón y advertencia de la realidad jurídico fáctica.

1.2. Examen de la instauración de los requisitos previos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, desde una perspectiva material y teleológica

Desde un punto de vista material de la cuestión, se puede sostener que la instauración de los requisitos previos para la apertura del establecimiento de comercio constituye una regla excepcional al estado de cosas general que rige la materia, el cual, se reitera, es la no necesidad de exigencia y/o obtención de habilitaciones legales previas para llevar a cabo tal apertura o funcionamiento.

La imposición de tales permisos y requisitos previos encuentra su justificación en la potencial afectación a los derechos fundamentales de otros sujetos, que en desarrollo de lo establecido por el decreto reglamentario se refiere a la necesaria protección de los derechos de autor, de la publicidad de los actos que involucren al establecimiento de comercio, así como de la actividad de interés general que desempeñan los prestadores de servicios turísticos. Derechos que podrían verse vulnerados si la labor de intervención por parte de la autoridad solamente se diera *ex post* con respecto a la ocurrencia de la infracción, perdiendo el Estado una valiosa oportunidad de lograr evitar la concreción de un posible daño⁵³.

Así mismo, debe indicarse que dichas restricciones son específicas en punto a los asuntos sobre los que versan (pago de derechos de autor, matrícula mercantil y registro nacional de turismo), lo que fortalece su carácter excepcional y hace que resulten necesarias y proporcionadas, en la medida en que cumplen la finalidad de garantizar el bien común en el intercambio de bienes y

⁵³ “La exigencia de permisos previos y requisitos para el ejercicio de actividades económicas es uno de los instrumentos de los que dispone el Estado para intervenir en la economía. De conformidad con la clasificación de los tipos de intervención estatal expuestas en la sentencia C-150 de 2003, corresponde a una intervención conformativa, es decir, la que conlleva el establecimiento de requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos.

“Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, un permiso es una ‘[I]cencia o consentimiento para hacer o decir algo’. Conforme a esta definición, la jurisprudencia constitucional ha entendido que en materia de intervención del Estado en la economía, el término ‘*permiso*’ hace referencia al condicionamiento del ejercicio de cierta actividad (i) a la comprobación previa de que el empresario cumple con ciertas condiciones objetivas del servicio que va a prestar o del bien que va a distribuir, (ii) seguida de una decisión administrativa que reconoce tal hecho y faculta al empresario para desarrollar su actividad. A este grupo pertenecen, por ejemplo, las licencias de funcionamiento, ambientales, sanitarias y urbanísticas.

“[...] La Corte ha avalado la imposición de requisitos para el ejercicio de las actividades económicas, siempre y cuando sean razonables y proporcionados. Por ejemplo, en la sentencia C-352 de 2009, la Corte consideró que se ajusta a la Carta la exigencia de *requisitos sanitarios* para el funcionamiento de establecimientos de comercio abiertos al público. En criterio de la Corporación, tales requisitos son razonables, pues encuentran fundamento en la promoción del bien común y en el desarrollo de la función social de la empresa, especialmente en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios”: sentencia C-263 de 2011, cit.

servicios, la protección necesaria del consumidor así como el adecuado desarrollo de la propia actividad mercantil.

Este particular precepto guarda una estrecha relación con lo indicado, bajo el entendido de que el funcionamiento de los establecimiento de comercio se mueve dentro de los polos de libertad de empresa como desarrollo del principio *pro libertate*⁵⁴ y la autorización general de intervención del Estado, bajo las nociones de poder, función y actividad de policía, como ya se tuvo oportunidad de comentar en apartes anteriores.

Como corolario de lo expuesto se tiene que dentro de la libertad de configuración que le asiste al legislador cuando ejerce su poder de policía⁵⁵, se decidió, por razones de política económica y social, privilegiar distintos tópicos que por su dimensión y/o connotación material demandaban tal tratamiento. Ello, en todo caso, no puede convertirse en una forma de proceder que tienda a su proliferación, ya que se corre el riesgo jurídico de generar toda una serie de restricciones contiguas y dispersas de la norma principal, que hagan de esta un documento contentivo de letra muerta.

De conformidad con lo atrás señalado, es claro que la predilección del legislador por la generación de requisitos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio encuentra su fundamento en la protección del interés general a través de la instauración de

⁵⁴ “La intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. *En primer lugar*, en virtud de los principios democrático y *pro libertate*, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, *es una materia sujeta a reserva de ley*, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas ‘nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, *sin autorización de la ley*’ y que ‘*la ley delimitará el alcance de la libertad económica*’. Esto significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma como las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas”: *ibíd.*

⁵⁵ Sin duda, el primer llamado a ejercer ese poder de intervención es el Legislador por expreso mandato de la Constitución a través de la expedición de leyes, sin que con ello se desconozca el poder de otras autoridades públicas para intervenir en la economía, dentro de los criterios establecidos por el legislativo. En ese orden de ideas, “[l]a intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos”: Corte Constitucional. Sentencia C-1041 de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

estructuras particulares operativas, tendientes a posibilitar la valía y protección material del mismo en materias puntuales.

Lo anterior se expresa mejor indicando que aspectos tales como los derechos de autor, específicamente respecto del recaudo económico dentro de la esfera de protección de los derechos patrimoniales como componente del mismo, en materia de difusión de obras musicales en establecimientos de comercio, resultan eficaces como herramienta de control del efectivo pago de dichos derechos a través de la función y actividad de policía.

En este segmento se encuentra la matrícula mercantil vigente para efectos del registro ante la respectiva cámara de comercio, tanto del comerciante como del establecimiento de comercio, lo que, además de constituir un deber del comerciante⁵⁶ bajo reglas de orden público, se encuadra dentro de un marco de publicidad y oponibilidad. Esto, comoquiera que la intención final del registro mercantil es la de dar cuenta de la calidad de comerciante, de su establecimiento de comercio y de los actos y documentos inscritos.

Finalmente, la obtención del registro nacional de turismo constituye una especial determinación del legislador en cuanto a la distintiva materia que aborda, la cual pretende generar un control más robusto a la actividad turística como componente importante de la economía del país.

2. Comentarios puntuales a cada uno de los requisitos enunciados

Con el ánimo de hacer algunas glosas sobre los requisitos *ex ante* tratados en este capítulo, resultan pertinentes los siguientes comentarios.

2.1 Matrícula mercantil vigente expedida por la cámara de comercio respectiva

El registro mercantil⁵⁷ es una función pública⁵⁸ que puede ser desempeñada por un ente privado como son las cámaras de comercio⁵⁹, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 C.Co. Se trata de

⁵⁶ Como deber del comerciante lo encontramos en el artículo 19 C.Co. que establece: “Es obligación de todo comerciante: 1) Matricularse en el registro mercantil”.

En igual sentido, el artículo 28 C.Co. dispone: “Deberán inscribirse en el registro mercantil: [...] 6) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración”.

⁵⁷ “El registro mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro. El registro

un registro público que tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esta formalidad⁶⁰.

Como ya se tuvo oportunidad de comentar, la matrícula tanto del comerciante como de su establecimiento de comercio constituye un deber al tenor de lo establecido en el artículo 19 C.Co. Deber que a su vez cumple la función⁶¹ de dar publicidad a los actos del comerciante, al tiempo que los hace oponible a terceros⁶². En esa medida, de no encontrarse matriculado el comerciante o su establecimiento de comercio, o de no inscribirse los actos que modifiquen su

mercantil es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil”. JOAQUÍN GARRIGUES. Curso de Derecho Mercantil, t. III, reimpresión de la 7ª ed., Temis, Bogotá, 1987, p. 61.

⁵⁸ “Las funciones de las cámaras de comercio, en especial en lo que toca con el registro mercantil, son de carácter público, no obstante la naturaleza privada de tales entes, como lo ha señalado la Corte en varias de sus providencias. No obstante su naturaleza privada, las cámaras de comercio cumplen funciones públicas de aquellas que corresponde ejecutar al Estado, pero que, en virtud de lo previsto en el artículo 210 C.P., también pueden ser desarrolladas por particulares, en los términos que señale la ley. En efecto, el inciso 2º del citado artículo constitucional consagra que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que la ley señale, trasladando al legislador la facultad de precisar en qué forma pueden las personas privadas desarrollar este tipo de funciones”: Corte Constitucional. Sentencia C-1142 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁹ Recordemos que según el artículo 78 C.Co. las cámaras de comercio son “instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes”.

Se hace la salvedad de que el registro público puede ser llevado por la cámara de comercio por cuanto en Colombia “el registro público de comercio no está asignado a una sola entidad pública. A las cámaras de comercio, por ley, les corresponde llevar el registro de las personas, hechos y circunstancias precedentemente señalados y que no están atribuidos a una entidad especial en razón de su materia o que tienen un sistema de publicidad especial o excepcional, como sucede, por ejemplo, en el caso de las personas y entidades sometidas a control y vigilancia de las superintendencias Financiera de Colombia o de Sociedades, con las naves y aeronaves, con los inmuebles, con los automotores, con los privilegios de la propiedad industrial y con los documentos objeto de oferta pública y los intermediarios en su colocación y negociación”: BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 55. En ese mismo sentido se pueden referenciar las funciones de registro que en el Distrito Capital ejerce la Superpersonas en cuanto a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, así como las que desempeña la Subdirección de Regulación y Personas Jurídicas de la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte respecto de las entidades deportivas.

⁶⁰ Art. 26 C.Co.

⁶¹ En este punto es importante destacar que, a la par de estas finalidades de publicidad y oponibilidad, el registro mercantil también cumple funciones declarativas, de presunción de la calidad de comerciante, protección al nombre comercial y de la enseña, función preventiva de la competencia desleal, acceso a los mecanismos de reorganización empresarial en caso de insolvencia, así como de permitir adquirir la calidad de afiliado de la cámara de comercio donde se encuentre matriculado el comerciante.

⁶² “La finalidad de publicidad del registro mercantil constituye entonces la nota característica de la institución; publicidad que se produce por el hecho de inscribir el acto ante la respectiva entidad registradora y que constituye un requisito esencial para que dicho acto sea legalmente oponible a terceros. Lo que significa que la oponibilidad de un acto surge del registro mercantil, el cual se verifica con su inscripción en la entidad registradora respectiva”: BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 58 y 59.

titularidad o su administración⁶³, no solamente traerá ello como consecuencia que los actos no serán oponibles a terceros de buena fe, sino que aquellos se verán sujetos a la imposición de multas⁶⁴ y a las sanciones propias de la Ley 232 de 1995.

Se trata de un requisito solamente exigible a los comerciantes y a sus auxiliares, así como a los establecimientos de comercio, sucursales⁶⁵ y agencias⁶⁶. En esa medida, todos los comerciantes (sean personas naturales o jurídicas) se encuentran obligados a matricularse y a renovar anualmente dicha matrícula dentro de los primeros tres meses del año⁶⁷. Respecto de los establecimientos de comercio, se exige que la solicitud de matrícula se presente dentro del mes siguiente a la fecha en que la persona natural empezó a ejercer el comercio o en que el establecimiento de comercio fue abierto⁶⁸, con lo cual se anuncia públicamente el tipo de bienes que destina a su explotación económica⁶⁹.

Ahora bien, en referencia a este último aspecto, consideramos que la exigencia de una matrícula mercantil previa a la apertura del establecimiento de comercio, tal y como se encuentra contemplada en el Decreto 1879 de 2008, si bien se puede entender como un requisito tendiente al cumplimiento de un deber del comerciante, transversal a toda la actividad comercial, no es menos cierto que su prescripción de exigencia antecedente se encuentra en clara contradicción con lo determinado en el artículo 31 C.Co.

Empero, dentro de la perspectiva del procedimiento sancionatorio policivo contenido en la Ley 232 de 1995, este plazo no se muestra incongruente con los términos allí previstos para su acreditación so pena de incurrir en las sanciones pertinentes, en cuanto a que en el evento en que un establecimiento de comercio no posea matrícula mercantil, o teniendo esta no se encuentre vigente, acorde con lo determinado en el artículo 4º de la citada norma, el comerciante contará con un plazo de 30 días (previo requerimiento de la autoridad administrativa) para cumplir con

⁶³ Artículo 28 numerales 1 y 6 C.Co.

⁶⁴ Al respecto, cfr. arts. 37 C.Co. y 11 Dcto. 2153 de 1992.

⁶⁵ “Artículo 11. *Funciones especiales del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.* [...] 5. Imponer a las personas que ejerzan profesionalmente el comercio, sin estar matriculadas en el registro mercantil, multas hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción”.

⁶⁶ Art. 263 C.Co.: “*Definición de sucursales - facultades de los administradores.* Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad”.

⁶⁷ Art. 264 C.Co.: “*Definición de agencias.* Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla”.

⁶⁸ Art. 33 C.Co.

⁶⁹ Art. 31 C.Co.

⁷⁰ Esta anunciación pública a su vez configura una presunción de hecho del ejercicio del comercio, en los términos del artículo 13 C.Co.

tal exigencia. En todo caso, consideramos que la obligación contenida en el decreto excede lo establecido por el Código de Comercio.

2.2. Comprobante de pago expedido por la autoridad legalmente competente, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias

Se trata de un requisito solamente exigible para los establecimientos de comercio que ejecuten públicamente obras musicales causantes de pago por derechos de autor.

En tratándose de este requisito en particular, se puede comentar que el Decreto 1879 de 2008 utiliza el vocablo “*autoridad competente*”, en clara diferenciación con lo preceptuado en la Ley 232 de 1995 en cuanto dispone “*autoridad legalmente reconocida*”, expresión que fue declarada exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que dicho concepto implica el recaudo de los pagos por derechos de autor a los establecimientos en donde se ejecuten públicamente obras musicales, tanto por las sociedades de gestión colectiva como de forma individual⁷⁰.

Sobre este particular se han generado toda una serie de posiciones, en punto a la definición de si tal recaudo es posible solo a través de las sociedades de gestión colectiva como figura jurídica establecida y regulada por el Estado, o a través de otras formas asociativas que gestionen derechos individuales, pero sin tener la connotación de las aludidas sociedades de gestión colectiva.

De esta forma, mediante la interpretación que ha hecho la Dirección Nacional de Derecho de Autor como ente especializado y rector en el tema, se tiene que la misma avala, por fundamento legal y por estar bajo su vigilancia y control, la labor que efectúan las sociedades de gestión

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-509 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett: “La expresión ‘autoridades legalmente reconocidas’ da lugar a restricciones inconstitucionales, la Corte habrá de declarar su constitucionalidad bajo condicionamiento, pues solamente uno de sus entendimientos es constitucional. En ese orden de ideas este artículo deberá entenderse en el sentido de que también deberá exigirse el comprobante de pago en aquellos casos en que los autores acojan formas de asociación distintas a la gestión colectiva, o realicen sus reclamaciones en forma individual. Ello no implica que las sociedades de gestión colectiva o los titulares de derechos de autor o conexos pierdan sus potestades, lo que significa es que ambos están facultados por las normas sobre derechos de autor existentes en Colombia para expedir el certificado de pago a que alude el literal acusado a efectos de requerir, si fuera el caso y a través del procedimiento administrativo pertinente, a los responsables de establecimientos de comercio que no paguen los derechos correspondientes de conformidad con los artículos 3 y 4 de la ley 232 de 1995”.

colectiva⁷¹ (requieren de personería jurídica y autorización de funcionamiento para esta actividad por parte del aludido órgano estatal). Lo anterior sin desconocer la tarea que pueden llevar a cabo las sociedades u organizaciones cuyo propósito sea el de gestionar individualmente las prerrogativas concedidas a los titulares de derecho de autor y conexo (esto en cumplimiento de la mencionada sentencia 509 de 2004). Eso sí, siempre y cuando las mismas no constituyan una forma de burlar los controles estatales, en el sentido de que se gestionen intereses individuales pero sin las cargas propias que imponen las normas pertinentes sobre el particular⁷².

Finalmente y acorde con todo lo indicado, se precisa que con el objetivo de garantizar el efectivo cumplimiento de los requisitos *ex ante* para la apertura y funcionamiento de los establecimientos

⁷¹ Dirección Nacional de Derechos de Autor. Circular N° 11 de 2006: “Bajo este entendido, y estando vigentes los artículos 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, 13 y 25 de la Ley 44 de 1993, se hace evidente que las sociedades de gestión colectiva ejercen funciones que no cualquier otro colectivo puede realizar por el hecho de serlo a menos que se ajuste a las disposiciones legales.

“De tal manera, nuestro legislador reguló la creación y actividad de estas formas de asociación, y atendiendo a sus características muy particulares consideró indispensable se ejerciera sobre estas una permanente actividad de inspección y vigilancia, la cual se vería burlada siempre que se permitiera ejercer idénticas atribuciones a personas jurídicas diferentes a las inspeccionadas y vigiladas por el Estado.

“Es claro que quien pretenda autorizar de manera colectiva la comunicación pública de un repertorio de obras musicales, deberá indefectiblemente ser reconocido como sociedad de gestión colectiva en los términos ya referenciados de la Ley 44 de 1993, no siendo posible, en consecuencia, que dicha potestad sea ejercida por cualquier otro tipo de persona jurídica.

“Se concluye entonces, que el legislador confirió a favor de las sociedades de gestión colectiva prerrogativas específicas, al mismo tiempo que subordinó su ejercicio al cumplimiento de exigencias particulares, situación que no se predica de la gestión individual”.

⁷² “Cosa distinta es que, como forma de asociación diferente a la colectiva, se valide la gestión individual conforme a los artículos 73 de la Ley 23 de 1982 y 66 de la Ley 44 de 1993, los cuales se ajustan al contenido del artículo 61 de la Constitución Política, disposición que según lo manifestado por la Corte Constitucional implica que es el legislador quien debe reglamentar estos temas, siempre y cuando no deje desprotegidos a los autores y establezca procedimientos razonables para el reconocimiento de los derechos de autor y sus derechos conexos [...]. De suerte que a la luz de la Sentencia 509/04 del 25 de mayo de 2004, los paz y salvos a los que se refiere el literal c) de la Ley 232 de 1995, podrán ser expedidos por el autor de manera individual o por las sociedades de gestión colectiva, según se trate. Es decir, que el pago se hará mediante el mecanismo que se acuerde libremente, pero dentro de los marco de las normas legales pertinentes vigentes”: *ibid.* Así las cosas, tal como lo señaló la sentencia C-1118 de 2005, con el objetivo de “racionalizar la economía y proteger la propiedad intelectual”, quienes pretendan disfrutar de las prerrogativas que la ley confiere en favor de la gestión colectiva, “deberán también sujetarse a las exigencias que esta consagra”.

En relación con el tema, la citada sentencia C-1118 de 2005 indicó: “Ahora bien, como también lo ha considerado la Corte, el objetivo central de estas sociedades es, como su nombre lo indica, administrar una forma específica de los derechos de propiedad, a saber, los derechos patrimoniales que corresponden a los derechos de autor y conexos, sin que de manera alguna se esté impidiendo que titulares de derechos de autor o conexos se asocien gremialmente o constituyan otro tipo de asociaciones, pues lo que la ley establece es que quienes quieran constituir específicamente una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, con las prerrogativas que le confiere la ley, deberán también sujetarse a las exigencias que ésta consagra. Así, es adecuada a las finalidades constitucionales la persecución de tales objetivos, ya que ellos buscan una mejor protección de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor y conexos, con lo cual se está cumpliendo el objetivo de ‘racionalizar la economía’ y proteger la propiedad intelectual”.

de comercio, indistintamente de la forma en la cual los titulares de los derechos de autor de obras musicales decidan gestionar los mismos, es deber, para el responsable del establecimiento de comercio que difunda obras musicales, velar por el efectivo pago de dichos derechos, con el fin de ajustarse a lo establecido por la ley.

2.3. Registro Nacional de Turismo, tratándose de prestadores de servicios turísticos a que se refiere el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006⁷³

Se trata igualmente de un registro público⁷⁴ que llevan las cámaras de comercio y en el que deben inscribirse todos los prestadores de servicios turísticos⁷⁵ que efectúen sus operaciones en Colombia. Resulta un requisito obligatorio solamente para el funcionamiento de aquellos establecimientos de comercio que tengan como objeto el desarrollo de actividades turísticas, requiriéndose su actualización anual dentro de los tres primeros meses del año⁷⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-263 de 2011, se refirió a este requisito previo a la apertura de establecimientos turísticos, manifestándose en el sentido de que el mismo

⁷³ “Artículo 13. El artículo 61 de la ley 300 de 1996, quedará así: *Registro Nacional de Turismo y recaudo de la contribución parafiscal para la promoción del turismo*. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, podrá delegar en las Cámaras de Comercio el Registro Nacional de Turismo, en el cual deberán inscribirse todos los prestadores de servicios turísticos contemplados en el artículo 12 de esta ley, que efectúen sus operaciones en Colombia y el recaudo de la contribución parafiscal de que trata el artículo 1 de la presente ley. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo determinará la remuneración que las Cámaras de Comercio percibirán por concepto de dicho recaudo”.

⁷⁴ Hace parte del ya mencionado Registro Único Empresarial y Social, RUES.

⁷⁵ De conformidad con lo establecido por la Ley 1101 de 2006, son prestadores de servicios turísticos los siguiente:

“Artículo 12. El artículo 62 de la Ley 300 de 1996, quedará así: *Prestadores de servicios turísticos que se deben registrar*. Son prestadores de servicios turísticos los siguientes:

“1. Los hoteles, centros vacacionales, campamentos, viviendas turísticas y otros tipos de hospedaje permanente, excluidos los establecimientos que prestan el servicio de alojamiento por horas.

“2. Las agencias de viajes y turismo, agencias mayoristas y las agencias operadoras.

“3. Las oficinas de representaciones turísticas.

“4. Los guías de turismo.

“5. Los operadores profesionales de congresos, ferias y convenciones.

“6. Los arrendadores de vehículos para turismo nacional e internacional.

“7. Los usuarios operadores, desarrolladores e industriales en zonas francas turísticas.

“8. Las empresas promotoras y comercializadoras de proyectos de tiempo compartido y multipropiedad.

“9. Los establecimientos de gastronomía y bares, cuyos ingresos operacionales netos sean superiores a los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“10. Las empresas captadoras de ahorro para viajes y de servicios turísticos prepagados.

“11. Los concesionarios de servicios turísticos en parque.

“12. Los demás que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo determine.

“13. Las empresas de transporte terrestre automotor especializado, las empresas operadoras de chivas y de otros vehículos automotores que presten servicio de transporte turístico”.

⁷⁶ Art. 61 Ley 300 de 1996.

no desconocía el “núcleo esencial” de la libertad de empresa, y de que no resultaba desproporcionada dicha restricción, puntos que ya se tuvo oportunidad de comentar en apartes anteriores.

En efecto, la Corte Constitucional en dicha sentencia considera que la obligación del registro previo a la apertura de un establecimiento turístico no vulnera las mencionadas prerrogativas, en la medida en que se trata de una obligación exigida a todos los establecimientos de comercio que prestan servicios turísticos, por lo que no se impone un tratamiento desigual; si bien acepta que la inscripción restringe la posibilidad de participación en el mercado de servicios turísticos, dicha limitación no es absoluta, pues basta cumplir con el requisito para que se le permita a la empresa prestar sus servicios. De igual manera, resalta el hecho de que no se realizan exigencias sobre el tipo de persona jurídica u organización interna que dichas empresas deben adoptar ni respecto al tipo de servicios de naturaleza turística que pueden ofrecer, por lo que no se coarta la libre iniciativa privada. En su opinión, se trata de un registro independiente a la creación misma del establecimiento de comercio; cosa distinta es que sin dicha inscripción no es posible ofertar sus servicios de forma regular.

Respecto a la proporcionalidad de la medida, la Corte señala que dicho juicio también es superado por el señalado requisito, en la medida en que:

En primer lugar, el Registro persigue una finalidad legítima a la luz de la Carta. Como indica el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Registro es una medida encaminada a dar publicidad sobre cuáles son los establecimientos que prestan servicios turísticos y qué clase de servicios ofrecen, lo que contribuye a (i) regular la competencia, (ii) identificar los contribuyentes de los tributos asociados a la actividad turística y (iii) proteger los derechos de los consumidores y usuarios. En este orden de ideas, cumple una finalidad similar a la del Registro Mercantil. *En segundo lugar*, el medio elegido por el Legislador es idóneo para alcanzar este propósito. Como en el caso de Registro Mercantil, el Registro Nacional de Turismo, en tanto es de divulgación pública, permite que los usuarios de servicios turísticos conozcan los prestadores que existen en el mercado y la clase de servicio que prestan para efectos de elegir las mejores condiciones. *Finalmente*, la medida es proporcionada en estricto sentido, puesto que aunque significa un sacrificio de la libertad de empresa, es un sacrificio menor que es fácilmente superable, pues los requisitos de inscripción son sencillos. Por otra parte, la existencia del Registro Nacional de Turismo reporta grandes beneficios tanto a los prestadores de servicios turísticos como a los usuarios, pues los primeros reciben las ventajas de las regulaciones del Estado orientadas a garantizar la libre competencia,

mientras los segundos pueden elegir entre prestadores reconocidos, lo que redundará en seguridad y en mejor calidad.

Como puede observarse, la Corte en este punto lleva a cabo una argumentación acorde con la ya utilizada en temas de sanitarios, de salubridad, derechos de autor y otros asuntos similares, en los que se involucran intereses generales y públicos, todo ello en procura de la promoción del bien común, el desarrollo de la función social de la empresa y la actividad mercantil, así como de la protección de los derechos de los consumidores.

OPERACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

I. CONDICIONES DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO⁷⁷

Se entrará ahora a atender y examinar las condiciones de funcionamiento de los establecimientos de comercio, haciendo en primera instancia el distingo del vocablo mismo usado respecto de los requisitos de apertura tratados en apartes anteriores. Esto es, que mientras los requisitos mencionados se consideran factores *ex ante*, obligatorios para la apertura de los establecimientos de comercio, en paralelo existen condiciones que se predicen para el funcionamiento de dichos establecimientos. Esta distinción en el tiempo, unos como presupuestos antecedentes y otros como exigencias durante el curso de actividad de los establecimientos, es la razón principal del mentado distingo de las expresiones *requisitos* y *condiciones*.

El artículo 2 del Decreto 1879 de 2008 indica:

Requisitos de cumplimiento exigibles a los establecimientos de comercio para su operación. Una vez abierto al público y durante su operación, el propietario del establecimiento de comercio –además de los requisitos señalados en el artículo anterior– deberá cumplir con:

- a) Las condiciones sanitarias descritas por la Ley 9ª de 1979 y demás normas vigentes sobre la materia;
- b) Las normas expedidas por la autoridad competente del respectivo municipio, referentes a uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación.

⁷⁷ Acorde con lo establecido por el artículo 4 del Decreto 1879 de 2008, la comunicación de apertura del establecimiento de comercio ante la autoridad distrital o municipal de que habla el literal e) del artículo 2 de la Ley 232 de 1995 puede acreditarse de manera previa o posterior a la apertura material del establecimiento de comercio, y su notificación puede hacerse de manera virtual o escrita, en la cual prima el principio de la buena fe del comerciante.

Acorde con lo indicado en el precitado artículo, procedemos ahora a analizar cada una de las mencionadas condiciones exigibles para el funcionamiento de los establecimientos de comercio, efectuando enseguida algunos comentarios.

1. De la exigencia de funcionamiento referente al cumplimiento de las condiciones sanitarias descritas por la Ley 9ª de 1979 y demás normas vigentes sobre la materia

La finalidad de esta condición está directamente relacionada con la garantía de salubridad como componente fundamental, dentro de los elementos básicos que históricamente ha tomado en consideración la concepción de poder de policía.

Así entonces, respecto a esta condición la Corte Constitucional mediante sentencia C-352 de 2009, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, declaró la exequibilidad de la expresión “y *demás normas vigentes sobre la materia*”, la cual fue demandada, entre otras consideraciones, bajo la argumentación de que la forma de redacción abierta de dicho aparte violaba los postulados del artículo 333 C.P. y en especial el principio de reserva de ley que es propio del poder de policía, toda vez que dicha expresión, en palabras del actor “permite imponer condiciones a la actividad comercial, a partir de cualquier tipo de regulación normativa”.

Lo cierto es que la Corte, en el examen de constitucionalidad efectuado, concluyó que tal segmento normativo no era violatorio de la regla general constitucional de libertad de empresa⁷⁸, y así mismo, que cuando la ley se refiere a las “demás normas vigentes sobre la materia”, tal precepto debe ser entendido como aquellas que son establecidas en virtud de la competencia y funciones propias del legislador⁷⁹.

⁷⁸ Sentencia C-352 de 2009, cit.: “La imposición de requisitos de contenido sanitario para el funcionamiento de los establecimientos de comercio abiertos al público, constituye una limitación razonable al ejercicio a la libertad de empresa y la iniciativa privada, que encuentra fundamento en la promoción del bien común y en el desarrollo de la función social que el artículo 333 de la Constitución atribuye a la empresa, como base del desarrollo. No obstante, esos requisitos deben estar establecidos por el legislador, en los términos en que quedó establecido en esta sentencia, a efecto de cumplir con el mandato prohibitivo establecido en el mismo precepto superior, según el cual, para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada ‘nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley’ [...]. La remisión que el literal b) del artículo 2º de la Ley 232 de 1995 hace a las ‘demás normas vigentes sobre la materia’, no resulta así contraria a la Constitución, puesto que se inserta en una regulación claramente orientada a radicar en el legislador la competencia para ‘ordenar’ o ‘autorizar’ los requisitos exigibles a los comerciantes para operar establecimientos de comercio, y por ende a corregir prácticas regulatorias dispersas que conducían a la proliferación de requisitos emanados de autoridades administrativas de todos los niveles, que podrían entrañar limitaciones irrazonables y desproporcionadas a la libertad de empresa”.

⁷⁹ “La norma impugnada resulta así acorde con el artículo 333 de la Constitución, según el cual la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y en los términos en que lo determine el Legislador. El Estado no puede exigir requisitos o permisos para su ejercicio, que no estén consagrados en la ley, o autorizados por ésta. Se trata de una actividad que implica serias responsabilidades sociales, y que solo

2. De la exigencia de funcionamiento relativa a las normas expedidas por la autoridad competente del respectivo municipio, referentes a uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación

De conformidad con lo indicado en la Ley 388 de 1997, el ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, el cual, acorde con los principios de función social⁸⁰ y ecológica⁸¹ de la propiedad, y de prevalencia del interés general sobre el particular, entre otros, se ejerce en cumplimiento de diversos fines concretos, entre los cuales se encuentra la atención a los procesos de cambio de usos de suelo y su adecuación en aras del interés común⁸².

Bajo este entendido, la norma es clara en el sentido de señalar que es una condición específica para el funcionamiento de los establecimientos de comercio que este desarrolle sus actividades comerciales en un sector o zona donde efectivamente esté permitido su adelanto.

puede limitarse o condicionarse al cumplimiento de requisitos inspirados en la defensa del interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la Nación.

“Es claro que el ejercicio de la actividad lícita del comercio requiere de precisas definiciones por parte del legislador sobre las exigencias que deben cumplirse, particularmente en materia sanitaria, con el propósito de armonizar dicha actividad empresarial con las limitaciones que imponen los derechos de los usuarios y las exigencias del bien común. Sin embargo, como se ha reiterado, estas exigencias deben ser de orden legal, sin perjuicio de la facultad reglamentaria atribuida al Presidente de la República y del ejercicio de su potestad de inspección y vigilancia sobre determinadas actividades, así como de las facultades de intervención en la economía otorgadas por ‘mandato de la ley’ (Art. 334 C.P.)”: *ibíd.*

⁸⁰ “La garantía de la propiedad privada no puede desconocer que el criterio de la función social –con mayor intensidad en el caso de los bienes económicos– afecta su estructura y determina su ejercicio. En el Estado social de derecho, los derechos se atribuyen a la persona como miembro de la comunidad y como tal vinculada por los principios de solidaridad y de prevalencia del interés general (C.P. art. 1). Precisamente, la función social inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad y por ello busca atraer al sujeto de manera que, sin dejar de perseguir la satisfacción de sus propios móviles, se logre la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual, bajo la amenaza en caso de carencia de cooperación del titular de dar por extinguido el derecho, al decaer el presupuesto social de la atribución. La necesidad de relaciones equitativas de poder en la sociedad, impide que la propiedad se pueda escindir de la comunidad y aislarse abstractamente de la misma. Por el contrario, la legislación da cuenta de que en ella convergen múltiples intereses que están llamados a encontrar equilibrio en la fórmula concreta de función social que se adopte”: Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸¹ “Ahora bien, en la época actual, se ha producido una ‘ecologización’ de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”: Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁸² Arts. 1, 2 y 3 Ley 388 de 1997.

Así las cosas, es la norma urbana la que funge como base legal que legitima el desarrollo de una actividad en un determinado sector, cuestión que no podría ser diferente bajo la concepción de ordenación y planeación del territorio que fundamenta la materia.

Se debe comentar ahora la discusión que ha suscitado la forma de acreditación de esta condición en el contexto de funcionamiento de los establecimientos de comercio, cuestión que ha oscilado entre la consagración operativa administrativa de establecer como documento necesario para tal fin la licencia de construcción⁸³, y la opción de darles validez a los conceptos emitidos por las autoridades pertinentes. En uno u otro caso y tal como se señalará en lo relativo al procedimiento administrativo sancionatorio que determina la Ley 232 de 1995, lo cierto es que el cumplimiento de las normas de uso del suelo constituye un requisito *ex post* al funcionamiento de los establecimientos de comercio, cuya comprobación de incumplimiento le compete a la autoridad municipal.

Esta discusión fue tratada en fallo del 30 de agosto de 2007 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, a propósito de la interposición de una acción de cumplimiento sobre el tema en comento. La decisión privilegió un criterio amplio respecto de los elementos probatorios que soportan el cumplimiento de la condición de uso del suelo, indicando que comoquiera que la licencia de construcción no fue determinada de manera taxativa por disposición legal para los efectos⁸⁴, los conceptos⁸⁵ o certificaciones expedidas por

⁸³ Art. 7 Dcto. 1469 de 2010: “*Licencia de construcción y sus modalidades*. Es la autorización previa para desarrollar edificaciones, áreas de circulación y zonas comunales en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen, los Planes Especiales de Manejo y Protección de Bienes de Interés Cultural, y demás normatividad que regule la materia. En las licencias de construcción se concretarán de manera específica los usos”.

⁸⁴ “Así las cosas, el ordenamiento jurídico no exige la licencia de construcción para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio abiertos al público, pero no por ello ha de entenderse como carta blanca para soslayar la reglamentación sobre uso del suelo, contribuir con el desarrollo urbanístico desordenado de la ciudad, su consecuencial uso desordenado del suelo y dejar de lado los objetivos del Plan de Ordenamiento Territorial, pues el control del uso del suelo para esos casos se suple con el concepto de planeación o la autoridad que haga sus veces, el que entonces se torna más riguroso.

“[...] [p]ese al carácter taxativo de las normas analizadas, también observa la Sala que las autoridades cuentan con facultades de control sobre el suelo y facultades sancionadora en materia urbanística, atribuciones que deben desplegar *ab initio*, y de esa manera procurar la realización de los valores, principios, derechos, y fines del Estado, y los asociados por mandato constitucional tienen el deber de apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y así de consuno cumplir la Constitución Política y la ley”: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sentencia del 30 de agosto de 2007, rad. 2007-0339, M.P.: César Palomino Cortés.

⁸⁵ Art. 51 Dcto. 1469 de 2010: “*Otras actuaciones*. Se entiende por otras actuaciones relacionadas con la expedición de las licencias, aquellas vinculadas con el desarrollo de proyectos urbanísticos o arquitectónicos, que se pueden ejecutar independientemente o con ocasión de la expedición de una licencia, dentro de las cuales se pueden enunciar las siguientes: [...] 3. Concepto de uso del suelo. Es el dictamen escrito por medio del cual el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias o la oficina de planeación o la que haga sus veces, informa al interesado sobre el uso o usos permitidos en un predio o edificación, de conformidad con las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen. La expedición de estos

la entidad de planeación o quien haga sus veces, son perfectamente válidos para acreditar el cumplimiento de las normas referentes al uso del suelo.

II. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ESPECIAL DE LA LEY 232 DE 1995

1. Aspectos de índole probatoria para efectos de la acreditación del cumplimiento de los requisitos de apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio

A este respecto, acorde con lo establecido en el Decreto 1879 de 2008, se debe hacer de nuevo una distinción entre requisitos para la apertura de los establecimientos de comercio y condiciones para su funcionamiento. Ello, en lo referente al sujeto a quien corresponde la carga de comprobación de cumplimiento de las exigencias de ley, para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, y a la forma de acreditación del cumplimiento de las exigencias de ley, para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio.

1.1. Determinación del sujeto a quien corresponde la carga de comprobación de cumplimiento

Para efectos de la acreditación del cumplimiento de los requisitos para la apertura de los establecimientos de comercio (matrícula mercantil vigente, comprobante de pago de derechos de autor por difusión de obras musicales y registro nacional de turismo), el Decreto 1879 de 2008 radica tal carga en cabeza del propietario del establecimiento de comercio. Ello cuando indica: “Artículo 1°. *Requisitos documentales exigibles a los establecimientos de comercio para su apertura y operación.* Las autoridades distritales y municipales al momento de realizar visitas de control, solo podrán exigir a los propietarios de establecimientos de comercio, los siguientes documentos: ...”. Seguidamente, en su párrafo, la norma señala: “El propietario de establecimiento podrá ser sancionado por la autoridad de control competente, si no exhibe en el momento de la visita los documentos a que hace referencia el presente artículo”.

Así la cuestión, es responsabilidad del mentado propietario del establecimiento de comercio contar con los soportes documentales demostrativos del cumplimiento de los aludidos requisitos previos y, además, exhibirlos al momento de la respectiva visita policiva de control.

conceptos no otorga derechos ni obligaciones a su peticionario y no modifica los derechos conferidos mediante licencias que estén vigentes o que hayan sido ejecutadas”.

Con referencia a las condiciones de funcionamiento (cumplimiento de las normas de uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación, así como de las condiciones sanitarias descritas por la Ley 9ª de 1979 y demás normas vigentes sobre la materia), señala el párrafo del artículo 2 del Decreto 1879 de 2008:

Requisitos de cumplimiento exigibles a los establecimientos de comercio para su operación.

[...]

Parágrafo. De acuerdo con lo señalado en el artículo 27 de la Ley 962 de 2005⁸⁶, para acreditar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el presente artículo no podrá exigirse conceptos, certificados o constancias distintos a los expresamente enumerados en la Ley 232 de 1995.

Por lo anterior ningún propietario de establecimiento podrá ser requerido o sancionado por las autoridades de control y vigilancia de la actividad comercial, o por la Policía Nacional si, cumpliendo con las condiciones definidas por la ley, no exhibe documentos distintos a los previstos en el artículo 1º del presente decreto. En consecuencia, se prohíbe exigir la tenencia y/o renovación de licencias de funcionamiento, permisos, patentes, conceptos, certificaciones, como medio de prueba de cumplimiento de las obligaciones previstas por el Legislador.

De acuerdo con las normas transcritas, es claro que la carga demostrativa del incumplimiento de las condiciones de funcionamiento de los establecimientos de comercio le compete directamente a la autoridad policiva. Esta conclusión resulta lógica y evidente como consecuencia de la prohibición expresa para las autoridades de exigir documentos al propietario del establecimiento de comercio, diferentes a los establecidos de manera taxativa por la ley.

⁸⁶ Art. 27 Ley 962 de 2005: “*Requisitos para el funcionamiento de establecimientos de comercio*. Las autoridades y servidores públicos correspondientes se sujetarán únicamente, a lo dispuesto en la Ley 232 de 1995, por la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales, en cuanto a los requisitos exigibles para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio.

“No podrá condicionarse el cumplimiento de los requisitos legales a la expedición de conceptos, certificados o constancias que no se encuentran expresamente enumerados en la citada ley.

“La ubicación de los tipos de establecimientos será determinada dentro del POT, expedido por los respectivos concejos municipales, teniendo en cuenta que en ningún caso podrán desarrollarse actividades cuyo objeto sea ilícito de conformidad con las leyes”.

Lo anterior comoquiera que el literal a) del artículo 2 de la Ley 232 de 1995 en ninguna parte de su texto exige la presentación de una licencia o concepto emitido por la autoridad respectiva, sino el mero acatamiento de todas las normas referentes al uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación expedida por la autoridad competente del respectivo municipio; por lo que para estos efectos las personas interesadas *podrán* solicitar la expedición del concepto a la entidad respectiva, sin que sea obligatoria su obtención, correspondiéndole a la autoridad policiva la carga de realizar las comprobaciones necesarias, a fin de demostrar que el establecimiento de comercio no está cumpliendo con este requisito⁸⁷.

1.2. Forma de acreditación del cumplimiento de las exigencias de ley para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio

Se entra a estudiar la forma de demostración de cada uno de los requisitos para la apertura de los establecimientos así como de las condiciones de funcionamiento, desde una perspectiva probatoria. Se hace notar que desde el punto de vista de medios probatorios, todos los requisitos y condiciones son demostrables a través del documento, no obstante, es claro que para algunas de las exigencias existen documentos insoslayables solemnes y para otras, distintas formas documentales de acreditación.

⁸⁷ Esta posición ha sido adoptada por el Consejo de Justicia en el acto administrativo 1072 del 28 de septiembre de 2005, rad. 012-01 (2004-0751), C.P.: Gleison Pineda Castro, al señalar: “Si bien el literal a) del artículo 2 de la Ley 232 de 1995, al referirse a la obligación de cumplir con las normas distritales sobre usos del suelo señala que ‘Las personas interesadas podrán *solicitar la expedición del concepto* de las mismas a la entidad de planeación o quien haga sus veces en la jurisdicción municipal o distrital respectiva’ (resaltado no original), el concepto referido no constituye requisito para el funcionamiento del establecimiento comercial, ni autorización para tal efecto. *Tal concepto sólo permite que quien desee saber cuáles son los usos permitidos en un inmueble determinado, pueda solicitar que se le informe al respecto.*”

“De otra parte, consultando los planos oficiales del Acuerdo 6 de 1990 o las Unidades de Planeación Zonal reglamentadas en desarrollo del POT, puede conocerse las categorías de comercio que se permiten en el polígono en el cual se encuentre ubicado el inmueble.

“En razón de lo anterior, basta la consulta directa de las normas urbanísticas para determinar si en un inmueble se permite el ejercicio de cierta actividad comercial. Por tal motivo, si bien es útil, no resulta indispensable solicitar la emisión de un concepto del Departamento Administrativo de Planeación Distrital - DAPD o la exigencia de una licencia de construcción para efectos de demostrar si un determinado uso es permitido o no. Ahora, en el evento de requerirse, la administración (funcionario que tiene el conocimiento) puede solicitarlo directamente al DAPD.

“En razón de lo anterior, en cumplimiento del artículo 333 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 232 de 1995, no puede exigirse la presentación de concepto de uso para efectos de permitir el ejercicio de las actividades comerciales”. Cfr. también el acto administrativo 0812 del 30 de junio de 2006, rad. 287-04 (2005-0629), C.P.: Gleison Pineda Castro.

1.2.1 Forma de acreditación del cumplimiento de los requisitos para la apertura de los establecimientos de comercio⁸⁸

Se entra a señalar las formas de acreditación (evidentes y lógicas, por lo demás) de estos requisitos de la cuestión, indicando que no por simples de concluir deben obviarse, comoquiera que su no cumplimiento conllevaría la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio:

- *Matrícula mercantil vigente*⁸⁹: Este requisito solo se puede acreditar con el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de la jurisdicción respectiva, y que tenga la connotación de vigencia actual.
- *Comprobante de pago de derechos de autor por difusión de obras musicales*⁹⁰: El establecimiento de comercio que ejecute públicamente obras musicales deberá demostrar el pago mismo de los derechos para realizar tal difusión.

No obstante lo anterior, es importante indicar que en nuestro criterio dicho comprobante podrá ser emitido con idoneidad por sociedades de gestión colectiva autorizadas por la ley, sin descartar la gestión individual y de otras formas asociativas cuando sean reglamentadas. Esta la conclusión, bajo el entendido de que, dada la complejidad que representa el sinnúmero de obras musicales que pueden ser objeto de difusión, la gestión colectiva representa la forma más garantista para el recaudo de tales derechos (aun cuando se hayan gestionado de forma individual por un autor en particular, los derechos de los demás autores se deberán cancelar a sociedades de gestión colectivas que velen por los mismos).

- *Registro Nacional de Turismo*: Su nombre en sí mismo lleva a la conclusión de su carácter solemne para los efectos de comprobación de cumplimiento. Su expedición a partir de lo establecido en el Decreto Ley 19 de 2012 (Antitrámites) es competencia de las cámaras de comercio.

⁸⁸ En el ámbito Distrital, este tema ha sido desarrollado por el Consejo de Justicia, el cual constituye, de conformidad con lo establecido por el artículo 189 del Acuerdo 79 de 2003, el máximo organismo de justicia policiva en el Distrito Capital, correspondiéndole actuar como segunda instancia de los procesos de policía, salvo las excepciones de ley (art. 191).

⁸⁹ “El registro mercantil vigente se acredita mediante el aporte del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, donde se señale la vigencia de la matrícula para el año donde se exige el requisito”: Consejo de Justicia. Acto administrativo 538 del 16 de septiembre de 2004, rad. 027-2002, C.P.: Héctor Román Morales Betacourt.

⁹⁰ “Los comprobantes de pago de derechos de autor de obras musicales, se acreditan anexando copias de las liquidaciones de la vigencia respectiva, debidamente canceladas y cuando el establecimiento no utilice música debe anexar la respectiva certificación de no ejecución musical expedida por la entidad competente”: ibíd.

1.2.2 Forma de acreditación del cumplimiento de las condiciones para el funcionamiento de los establecimientos de comercio

Se debe también analizar cada una de estas condiciones para el funcionamiento de los establecimientos de comercio, así:

- *El cumplimiento de las normas de uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación.* Tal y como se indicó precedentemente, esta exigencia para el funcionamiento de los establecimientos comerciales se puede acreditar tanto con la licencia de construcción respectiva como a través de la obtención de conceptos que emiten las entidades de planeación o de las curadurías urbanas según corresponda.
- *Condiciones sanitarias descritas por la Ley 9ª de 1979⁹¹ y demás normas vigentes sobre la materia⁹².* Estas condiciones se refieren a elementos mínimos de índole técnica (manejo de residuos sólidos, líquidos, etc.) que deberán advertirse acorde con la estructura y actividad comercial misma del establecimiento de comercio.

2. Enunciación y comentarios al procedimiento administrativo sancionatorio de la Ley 232 de 1995

La Ley 232 de 1995 contempla en su artículo 4 un procedimiento sancionatorio de índole especial, toda vez que establece y concreta de manera positiva la configuración o preexistencia legislativa de faltas, así como el procedimiento y la sanción respectiva. Sin embargo, si bien este procedimiento, se reitera, es especial, no es menos cierto que debido a su simplicidad debe apoyarse, en lo no previsto, y de forma supletiva, en las reglas del procedimiento administrativo

⁹¹ La Ley 9ª de 1979 manda respecto de los establecimientos comerciales:

“Artículo 233. Las disposiciones de esta Ley aplicables a edificaciones para establecimientos comerciales se aplicarán también a las áreas de otros establecimientos que hagan comercio de una u otra forma.

“Artículo 234. Las áreas de circulación de las edificaciones para establecimientos comerciales se construirán y mantendrán de manera que permitan la fácil y rápida evacuación del establecimiento.

“Artículo 235. El Ministerio de Salud o la entidad que éste delegue reglamentará el número y ubicación de servicios sanitarios en los establecimientos comerciales.

“Artículo 236. Todo establecimiento comercial tendrá un número suficiente de puertas o salidas de emergencia, de acuerdo con su capacidad, las cuales deberán permitir su fácil y rápida evacuación y deberán estar debidamente señalizadas”.

⁹² “El cumplimiento de las condiciones sanitarias descritas en la Ley 9ª de 1979, y demás normas sobre la materia, se acredita mediante la presentación del concepto favorable vigente expedido por la autoridad sanitaria competente del sector donde se encuentra el establecimiento, que se realiza al momento de practicarse la vista de inspección”: Consejo de Justicia. Acto administrativo 538 del 16 de septiembre de 2004, cit.

general contemplado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹³.

A la par que el carácter especial de este procedimiento sancionatorio, sostenemos que el mismo, en nuestro criterio, se rige de manera absoluta por los postulados de reserva de ley⁹⁴, por cuanto si bien se ha determinado por la jurisprudencia que este principio es propio del derecho penal, cuando se estudia a la luz del derecho administrativo admite matices⁹⁵. Analizada cada una de las situaciones que la Ley 232 de 1995 contempla, no se encuentra plausible que la autoridad policiva competente genere infracciones y/o sanciones por fuera del marco de esta norma⁹⁶.

⁹³ Art. 47 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011): “*Procedimiento administrativo sancionatorio*. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

“De esta forma se debe aplicar este capítulo en lo concerniente a lo que el procedimiento especial no trate”.

⁹⁴ Al respecto de la reserva de ley, la Corte Constitucional ha sostenido en sentencia SU-1010 de 2008: “por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que esta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que haya de imponerse, no obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho del debido proceso tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la administración pública”.

⁹⁵ “... tal y como lo ha explicado REBOLLO (1989, 443-444): ‘la potestad sancionadora, por el hecho de estar atribuida a la Administración, no puede ya considerarse como un medio de realización abstracta de la justicia ni pueden predicarse de las sanciones las justificaciones de la pena, como la retribución del daño o la reeducación o inserción social’. Y más concretamente todavía: ‘El bien jurídico protegido cumple en el Derecho Penal una función de criterio hermenéutico para la comprensión de la norma. Desde el punto de vista del Juez constituye no el valor que ha de proteger sino un elemento del tipo delictivo contenido en una norma que ha de aplicar. Por el contrario, en las normas que establecen infracciones administrativas el bien jurídico protegido coincide con el mismo interés público que persigue toda la actuación de la Administración en la materia [...]. De aquí se deduce la necesidad de contemplar la potestad sancionatoria, no aisladamente sino en el marco de la concreta actuación administrativa en que se desenvuelve afectada por los principios de ésta, como una potestad que tiene la misma finalidad y los mismos límites que toda la acción en la materia y que impregna los principios penales que han de presidirla, como poder represivo que es, con los caracteres del sector de intervención pública en el que se integra”:

ALEJANDRO NIETO. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 87.

⁹⁶ “La Administración Pública posee entre sus potestades una denominada sancionadora que le permite la realización de sus cometidos. De este modo, la autoridad administrativa ejerce dicho poder en el evento en que la conducta de una persona se encuentre tipificada como infracción administrativa, y tenga la competencia para imponer una sanción. El ejercicio de la imposición de la sanción, como tampoco el procedimiento previo a ella, es discrecional; todo lo contrario, la actividad sancionadora se encuentra cobijada por una serie de postulados que la presiden y regulan su actividad. Entre estas máximas se encuentra el principio de legalidad, siendo una de las vertientes que lo conforman la reserva de ley, que exige un rango determinado de la norma que contempla la infracción y la sanción a imponer al administrado”: MARÍA LOURDES RAMÍREZ TORRADO. “La reserva de Ley en materia sancionadora administrativa colombiana”, en *Jurid*, Manizales, 6 (1), enero-junio de 2009, p. 138, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192131.pdf>

En cuanto a la competencia policiva de inspección, vigilancia y control de los establecimientos de comercio⁹⁷, se debe indicar que la misma radica en cabeza del alcalde como máxima autoridad de policía en el municipio o distrito⁹⁸, o de su delegado. Procedimiento que puede tener su origen a petición de parte o de oficio.

El procedimiento estatuido en el artículo 4 de la Ley 232 de 1995 es el siguiente:

1. Requerirlo por escrito para que en un término de 30 días calendario cumpla con los requisitos que hagan falta.
2. Imponerle multas sucesivas hasta por la suma de 5 salarios mínimos mensuales por cada día de incumplimiento y hasta por el término de 30 días calendario.
3. Ordenar la suspensión de las actividades comerciales desarrolladas en el establecimiento, por un término hasta de 2 meses, para que cumpla con los requisitos de la ley.
4. Ordenar el cierre definitivo del establecimiento de comercio, si transcurridos 2 meses de haber sido sancionado con las medidas de suspensión, continúa sin observar las disposiciones contenidas en la presente Ley, o cuando el cumplimiento del requisito sea posible.

Se trata de un procedimiento de aplicación gradual, en el que se va incrementando el nivel de la sanción en la medida en que el propietario del establecimiento de comercio se mantenga incumpliendo con los requisitos y exigencias para la apertura y funcionamiento del mismo. De manera tal que la autoridad no podrá, por ejemplo, ordenar el cierre inmediato del establecimiento de comercio sin antes dar aplicación a las demás medidas establecidas por la norma, esto es, el requerimiento, la imposición de multas sucesivas y la suspensión de

⁹⁷ Según un estudio de funciones delegadas y/o asignadas a alcaldes(as) locales realizado en el año 2012 por la Subsecretaría de Asuntos Locales y Desarrollo Ciudadano de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá, un 40% de las funciones que desempeñan estos alcaldes locales están relacionadas con el control policivo, de las cuales, un 30% corresponden a funciones de inspección, vigilancia y control sobre establecimientos de comercio. Según el informe, se presenta un alto nivel de congestión en los expedientes que reposan en las alcaldías locales por concepto de espacio público, obras y urbanismo y establecimientos de comercio, de manera tal que el tiempo promedio de trámite que tardan las actuaciones administrativas adelantadas por ley 232 de 1995, oscila entre 12 y 30 meses, lo que resulta una cifra bastante alarmante, en especial si tomamos en cuenta que lo que debería caracterizar un proceso policivo es precisamente su inmediatez. Fuente: http://www.gobiernobogota.gov.co/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=309&Itemid=100415

⁹⁸ Art. 4° Ley 232 de 1995: “El alcalde, quien haga sus veces, o el funcionario que reciba la delegación, siguiendo el procedimiento señalado en el libro primero del código contencioso administrativo, actuará con quien no cumpla los requisitos previstos en el artículo 2° de esta ley”.

actividades; a menos, claro está, que el cumplimiento del requisito sea imposible⁹⁹, en cuyo caso se ordenará directamente el cierre definitivo del establecimiento de comercio.

Sobre esa posibilidad de ordenar directamente el cierre definitivo de un establecimiento de comercio se han generado discusiones por parte de la doctrina, en la medida en que algunos consideran que no es posible ordenarlo sin agotar previamente todo el trámite contemplado en la ley, por cuanto ello sería violatorio tanto del debido proceso como de la gradualidad de la sanción establecida en la Ley 232 de 1995¹⁰⁰. Discusión que en nuestro parecer ha sido totalmente superada por el Consejo de Estado, al indicar:

Se observa que la gradualidad que reclama la actora y que efectivamente establece la norma transcrita es relativa en la medida en que la parte final del precepto consagra una situación en la cual no es aplicable al autorizar que se ordene el cierre definitivo de manera inmediata, esto es, prescindiendo de las medidas anteriores, como sucede cuando el cumplimiento del requisito no es posible, lo cual, por lo demás, responde a principios de claridad y eficiencia de las actuaciones administrativas y, por ello, al de la buena fe, toda vez que si está acreditado que un requisito determinado es imposible de cumplir, es contrario a la rectitud y a la lealtad que debe regir toda relación jurídica exigir escalonadamente comportamientos que de antemano se sabe que no van a poder ser cumplidos por la otra parte, en este caso, por el investigado, y que, por lo mismo, va a ser acreedor, sucesivamente, de sanciones cada vez más gravosas y que inevitablemente se llegará a la de mayor gravedad¹⁰¹.

⁹⁹ Con el ánimo de ejemplificar un requisito de imposible cumplimiento que en la realidad se muestra de tipificación cotidiana y masiva, así como la orientación en que deben actuar las autoridades al identificar el mismo, se trae a colación el incumplimiento de los requisitos de uso del suelo por parte de los establecimientos comerciales, cuando ejercen su actividad comercial en zonas en las cuales la misma no está permitida. Ante esto, la autoridad policiva, asegurando las garantías de debido proceso y demás principios aplicables, debe proceder acorde con lo que establece el numeral 4 del citado artículo 4°, ello es, ordenar el cierre definitivo del establecimiento de comercio.

¹⁰⁰ Sobre este particular dice por ejemplo CORONADO PINTO: “Ha querido hacer carrera la equivocada interpretación que permite ordenar el cierre definitivo del establecimiento de comercio, sin agotar todo el trámite previsto en el artículo 4° de la ley 232 de 1995, en los casos ‘cuando el cumplimiento del requisito sea imposible’. Resulta que estamos frente a una norma de procedimiento que, como tal, es de imperativo cumplimiento y que implica la obligatoriedad de agotar uno a uno los pasos en aquélla contemplados”: ob. cit., p. 450.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2002, rad. 25000-23-24-000-1999-0846-01(7787), C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de abril de 2004, rad. 25000-23-24-000-1999-00389-02(5743), C.P.: Camilo Arciniegas Andrade: “Las anteriores normas ponen de presente que si bien cierto que a los establecimientos de comercio no se les exige en la actualidad licencia de funcionamiento, también lo es que están obligados a cumplir con las normas referentes al uso del suelo, y las autoridades podrán verificarlo en cualquier momento, y antes del cierre del establecimiento podrán imponer multas y la suspensión de actividades comerciales, siempre y cuando sea posible el cumplimiento del requisito faltante, que no lo era en el caso examinado, razón por la cual procedía ordenar su cierre definitivo”.

Posición que en el caso del Distrito Capital ha sido totalmente acogida por el Consejo de Justicia¹⁰².

Empero, si la medida a aplicar no es directamente el cierre definitivo del establecimiento de comercio, deberá entonces seguirse con el procedimiento previsto en el artículo 4 de la Ley 232 de 1995, esto es, la autoridad administrativa deberá realizar un requerimiento por escrito, en el que le indique al comerciante con claridad, precisión y suficiencia cuál es el requisito que no ha acreditado, otorgándole un término de 30 días calendario para su cumplimiento, ello con el fin de salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso que rige estas actuaciones administrativas¹⁰³. Vencidos los 30 días sin haber acatado el requerimiento, se continuará con las multas sucesivas, la suspensión de las actividades, y solamente cuando todo ello haya fallado se procederá al cierre definitivo del establecimiento de comercio.

III. TENDENCIAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

En este apartado se mencionan algunas tendencias actuales que si bien son paralelas a la Ley 232 de 1995, tienen una marcada propensión a generar requisitos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio de forma directa, lo cual, en suma, refleja una postura del legislador de hacer invertir el estado de cosas actual logrado con la Ley 232 de 1995; esto en el entendido de que las normas a enunciar se muestran proclives a establecer requisitos previos obligatorios como regla general, desdibujando en gran medida la concepción imperante, que se fundamenta, como se ha indicado a lo largo de este artículo, en la libertad de empresa y en la no necesidad de habilitación legal para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio. Veamos algunas de dichas normas.

1. Ley 1575 de 2012 - Ley General de Bomberos

¹⁰² Sobre este particular cfr., por ej., Consejo de Justicia. Actos administrativos 002 del 30 de enero de 2006, rad. 085-99 (2006-0627), C.P.: Gleison Pineda Castro, y 538 del 16 de septiembre de 2004, cit.

¹⁰³ “De conformidad con lo anterior, un requerimiento que invita a acreditar los requisitos de la Ley 232 de 1995, sin señalar expresamente cuáles de ellos son los que debe presentar (o le hacen falta), no se adecuaría a las condiciones señaladas en la norma. De otra parte, informar cuáles son los requisitos que exige la ley, sin realizar el requerimiento expreso para que en el término de 30 días se alleguen los requisitos que le corresponda, tampoco se adecuaría a las condiciones señaladas en la norma. En conclusión, la omisión del requerimiento o su realización en indebida forma, afecta el debido proceso. Irregularidad que debe ser subsanada antes de continuar con el procedimiento escalonado que señala el artículo 4 de la Ley 232 de 1995 (multa, suspensión y cierre)”: acto administrativo 002 del 30 de enero de 2006, cit.

Dentro de las leyes relacionadas con la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio se cuenta la Ley 1575 de 2012 que en su artículo 42 les asigna a los cuerpos de bomberos¹⁰⁴ la competencia para la realización de las labores de inspecciones y revisiones técnicas en prevención de incendios y seguridad humana en edificaciones públicas, privadas y particularmente en los establecimientos de comercio e industriales, informando a la entidad competente del cumplimiento de las normas de seguridad en general.

Así mismo, se radica en cabeza de los curadores urbanos o las secretarías de planeación municipales o distritales la obligación de verificar el cumplimiento de las normas técnicas de seguridad humana, de manera previa a la expedición de las licencias de construcción, para lo cual podrán contratar o suscribir convenios con los cuerpos de bomberos.

Ahora bien, si en el establecimiento de comercio se realizan eventos masivos o aglomeraciones de público, de conformidad con lo establecido por el artículo 43¹⁰⁵ de la ley, será obligatorio el concepto positivo del Cuerpo Oficial de Bomberos¹⁰⁶, o en su defecto el del cuerpo voluntario de bomberos¹⁰⁷ de la respectiva jurisdicción, para la realización de los mismos.

2. Ley 1554 de 2012

Mediante la Ley 1554 de 2012 se regula todo lo relacionado con la operación y funcionamiento de establecimientos que prestan el servicio de videojuegos¹⁰⁸. Al respecto, como primera medida

¹⁰⁴ Según el artículo 17 de la ley, los cuerpos de bomberos son aquellas instituciones organizadas para la prevención, atención y control de incendios, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades inherentes a su actividad y la atención de incidentes con materiales peligrosos.

¹⁰⁵ “Artículo 43. *Aglomeraciones de público*. El concepto integral de seguridad humana y contra incendios en los eventos masivos o aglomeraciones de público, se clasificará y reglamentará por la Dirección Nacional de Bomberos atendiendo las recomendaciones de la Junta Nacional de Bomberos. En aquellos eventos masivos o aglomeraciones de público que la citada reglamentación estipule, será obligatorio el concepto positivo del Cuerpo de Bomberos Oficial, o en su defecto el Voluntario de la respectiva jurisdicción, para la realización del mismo”.

¹⁰⁶ Según lo establecido por el artículo 18 de la ley, los cuerpos de bomberos oficiales son: “aquellos que crean los concejos distritales o municipales, para el cumplimiento del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos a su cargo en su respectiva jurisdicción”.

¹⁰⁷ Los cuerpos de bomberos voluntarios, según lo establecido por el artículo 18 de la ley, son: “aquellos organizados como asociaciones sin ánimo de lucro, de utilidad común y con personería jurídica expedida por las secretarías de gobierno departamentales, organizadas para la prestación del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, en los términos del artículo segundo de la presente ley y con certificado de cumplimiento expedido por la Dirección Nacional de Bomberos”.

¹⁰⁸ “Artículo 1. *Definición*. Para los efectos de la presente ley se entiende por establecimiento de prestación de servicio de videojuegos, aquel que ofrece juegos de video por computador y/o simuladores, o consolas de videojuegos, y/o cualquier otro instrumento, que en su desarrollo utilice imágenes visuales electrónicas o similares.

se debe indicar que para la prestación de dichos servicios, en consonancia con el artículo 1 de la ley, se le exige a la persona natural o jurídica la inscripción en la cámara de comercio del lugar en el que cumple su objeto comercial. En este punto, creemos importante señalar que la inclusión de dicho requisito en la ley resulta innecesaria, no solamente porque, como ya lo señalamos, el mismo constituye un requisito previo a la creación de cualquier establecimiento de comercio, de conformidad con lo señalado por el Decreto Reglamentario 1879 de 2008, sino porque, comoquiera que lo que se está desarrollando es una actividad mercantil de manera habitual y profesional, tanto la persona natural o jurídica comerciante como el propio establecimiento de comercio tendrán la obligación de matricularse en el registro mercantil según lo dispuesto por la norma mercantil.

Ahora bien, refiriéndonos al ámbito de aplicación de la ley, consideramos que de la redacción del artículo 1 de la misma se infiere que esta no solamente se aplica a establecimientos de comercio que presten servicios de videojuegos, sino a cualquier establecimiento que tenga en su interior un dispositivo electrónico, como por ejemplo un cajero electrónico o similar, pues la norma resulta indeterminada al señalar: “cualquier otro instrumento, que en su desarrollo utilice imágenes visuales electrónicas o similares”.

En igual sentido, debe señalarse que el artículo 2 de la ley, nuevamente, refuerza la obligación por parte de estos establecimientos del cumplimiento de los requisitos exigidos tanto por la Ley 232 de 1995 como por el Decreto 1879 de 2008 y demás normas aplicables.

Al margen de lo que se señaló en el aparte referido al procedimiento sancionatorio especial de la Ley 232 de 1995, cabe indicar que si bien la carga demostrativa del cumplimiento de los requisitos de funcionamiento se encuentra en cabeza de la autoridad competente, llama la atención que en la presente ley se genere un desplazamiento en la acreditación del cumplimiento de la norma de uso del suelo, en esta materia específica, de las autoridades administrativas que ejercen función de policía hacia las cámaras de comercio. Ello en la medida en que para la existencia, propiedad o renovación de la matrícula mercantil, la cámara deberá exigir certificación expedida por el curador urbano o autoridad competente, en la cual se acredite que el establecimiento cumple con el uso de suelo permitido y/o admitido en la licencia de construcción original, en el plan básico de ordenamiento del territorio o esquema básico de ordenamiento territorial. De no cumplirse con este requisito, la sanción que se impone es la más drástica, esto es, el cierre definitivo del establecimiento¹⁰⁹.

El servicio de videojuegos será prestado por personas naturales o jurídicas, debidamente inscritas en la Cámara de Comercio del lugar en el que se cumple su objeto comercial”.

¹⁰⁹ Cfr. art. 2 Ley 1554 de 2012.

Lo anterior, en nuestro sentir, conduce a un círculo vicioso que genera confusión en cuanto a la naturaleza de los requisitos y condiciones para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, toda vez que por esta vía convierte la exigencia de cumplimiento de la normativa de uso del suelo (condición predicable para el funcionamiento de los establecimientos) en un presupuesto básico para la obtención o renovación de la matrícula mercantil, que a su vez constituye un requisito previo para la apertura de los establecimientos de comercio.

Además de los requisitos establecidos en la Ley 232 de 1995 y el Decreto 1879 de 2008, la ley en su artículo 3 establece unos requisitos especiales para el funcionamiento y operación de esta clase de establecimientos de comercio, cuyo cumplimiento se verificará por parte de las secretarías de gobierno y las secretarías de salud de orden departamental, distrital y municipal. Entre otros, se exige que los mismos deben: estar ubicados a más de 400 metros de distancia de centros e instituciones educativas; no superar los niveles auditivos permitidos; disponer de condiciones de iluminación y ventilación propicias, espacios y áreas necesarias para garantizar condiciones adecuadas para la salud, el bienestar y la comodidad; implementar las medidas necesarias en materia de prevención y atención de emergencias; tener un espacio adecuado de distancia entre usuario y pantalla; ser administrados por mayores de edad; no vender bebidas con contenido alcohólico ni cigarrillos; y, encontrarse certificados en el manejo e identificación de jugadores patológicos.

La ley, para los efectos anteriores, establece un régimen de transición para los establecimientos que ya se encuentran abiertos al momento de entrada en vigencia de la ley (9 de julio de 2012), otorgando un término de 12 meses para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 2 y 3.

En cuanto al procedimiento sancionatorio se debe indicar que el mismo se radica en cabeza de los alcaldes municipales y distritales o de los funcionarios que reciban delegación. Se trata de un procedimiento especialísimo al margen del establecido en la Ley 232 de 1995, esto en la medida en que, en nuestro concepto, cuando la ley en el artículo 11 indica que se “impondrán las siguientes sanciones a los establecimientos de comercio, que no cumplan con las disposiciones contenidas en la presente ley”, no está diciendo otra cosa diferente a que si un establecimiento dedicado al servicio de videojuegos incumple las disposiciones contenidas en la Ley 1554 de 2012, se le iniciará el procedimiento previsto en el artículo 11 de la ley. Ahora bien, si adicionalmente contraviene alguna de las disposiciones contenidas en la Ley 232 de 1995 o el Decreto 1879 de 2008, se verá también sometido a las sanciones previstas en la Ley 232 de 1995, por cuanto, en nuestra opinión, un procedimiento no resulta excluyente del otro.

3. Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia¹¹⁰

Respecto a este proyecto nos permitimos traer a colación los comentarios realizados en apartes anteriores sobre el traslado de competencias a las cámaras de comercio respecto a la constatación de ciertos requisitos para la apertura de establecimientos de comercio.

En efecto, en los términos del artículo 112 del proyecto de ley, se les asignan a las cámaras de comercio funciones importantísimas, todas ellas encaminadas a la verificación previa de la información suministrada, de las instalaciones en donde se desarrollará la actividad económica, así como del cumplimiento de la reglamentación de los usos del suelo contemplada en el plan de ordenamiento territorial¹¹¹. Lo anterior, cuando quiera que se pretenda la expedición del registro y la matrícula mercantil, la inscripción inicial, el cambio de domicilio o de actividad económica; lo cual en nuestro concepto constituirá una tarea enorme y casi que imposible para las cámaras de comercio del país. Y aún más grave, se estarían asignando funciones de inspección a particulares¹¹².

En lo relacionado con los requisitos para cumplir actividades económicas, el Proyecto de Ley, además de recopilar los ya contemplados en la Ley 232 de 1995, el Decreto 1879 de 2008 y demás normas complementarias y especiales, los convierte en requisitos previos¹¹³, lo cual, en nuestro parecer, constituye un regreso al régimen anterior, pues si bien no se habla de una licencia de funcionamiento, materialmente se les están imponiendo a los comerciantes condiciones habilitantes para el ejercicio del comercio.

¹¹⁰ Proyecto de ley radicado por el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República el 2 de noviembre de 2012. Fuente: www.mininterior.gov.co

¹¹¹ Solo en el caso de que se trate de renovaciones periódicas se permitirá la verificación aleatoria y representativa de las mismas (parágrafo art. 112 Proyecto de Ley).

¹¹² La Corte Constitucional, en sentencia C-144 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, respecto de las cámaras de comercio dejó en claro que pese a ser instituciones de orden legal, su naturaleza es corporativa, gremial y privada.

¹¹³ “Artículo 113. *Requisitos para cumplir actividades económicas.* Es obligatorio, para el ejercicio de cualquier actividad: comercial, industrial, de servicios, social, cultural, de recreación, de entretenimiento, de diversión; con o sin ánimo de lucro, o que siendo privadas, trasciendan a lo público, además de los requisitos previstos en normas especiales, cumplir previamente a la iniciación de la actividad, los requisitos establecidos en el régimen de policía”.

CONCLUSIONES

- El régimen de la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio, si bien se nutre de las normas referidas al poder, función y actividad de policía, tiene su base fundamental en el derecho comercial; esto por cuanto la aplicación de la Ley 232 de 1995 y de los demás decretos reglamentarios solamente tiene operancia en la medida en que exista un establecimiento dedicado al desarrollo de actividades mercantiles.
- La apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio se rige por regla general bajo la concepción de libertad de empresa, que implica la no necesidad de habilitación legal o licencia de funcionamiento. De forma excepcional y en virtud de la libertad de configuración legal que le asiste al Legislador, se han establecido requisitos previos para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio en materias específicas.
- La potestad que le asiste al Estado de intervenir en la economía fundamenta la configuración de requisitos previos y posteriores a la apertura de los establecimientos de comercio. Sin embargo, debe analizarse con cuidado si los mismos en ciertas ocasiones pueden conducir a limitaciones excesivas e innecesarias a la libertad de empresa e iniciativa privada.
- La inspección, vigilancia y control de la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio es desarrollo material del poder de policía, en la medida en que concreta la función y actividad de policía en cabeza de los alcaldes o sus delegados, así como de la Policía Nacional.
- El procedimiento para determinar el cumplimiento de los requisitos y condiciones para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio es de carácter especial, que a su vez se nutre de forma supletiva de las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- En materia de acreditación de cumplimiento respecto de los requisitos previos se pueden exigir documentos concretos para su demostración, mientras que para las condiciones de

funcionamiento tal situación no es predicable, toda vez que la carga de verificación de acatamiento de los mismos le compete a la administración.

- La imposición de normas que regulan la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio encuentra su sustento en la necesaria protección de los derechos de los consumidores, por ser a estos a quienes se encuentra destinada la actividad comercial que desarrollan dichos establecimientos.

Así entonces, la exigencia de requisitos de sanidad, cumplimiento de las normas de seguridad, publicidad de sus actos, pago de derechos de autor, cumplimiento de usos del suelo, horarios, intensidad auditiva, ubicación y destinación, entre otras, no es otra cosa que una de las tantas formas en que el Estado vela por el debido respeto de los derechos de los consumidores y del bien común. En ese contexto, se constituyen en una limitación razonable y proporcionada al ejercicio de la libertad de empresa y la iniciativa privada, esto siempre y cuando dichas restricciones tengan como finalidad la salvaguarda de los mencionados derechos.

- Resulta preocupante la tendencia actual a la imposición de requisitos previos para la apertura de los establecimientos de comercio, pues con ello se genera toda una estructura compleja de exigencias que de una u otra manera conllevan una restricción innecesaria al ejercicio de la actividad mercantil, por lo menos a través de un establecimiento de comercio; lo que, en nuestro parecer, puede conducir a una eventual violación de los derechos de libertad de empresa e iniciativa privada e ir en contravía de la necesaria celeridad que exige el tráfico comercial contemporáneo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Lecciones de Derecho Mercantil, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BONILLA REYES, JULIO ENRIQUE. “La Empresa y el Empresario”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 3, enero/junio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA. Derecho Comercial. Actos de Comercio, Empresas, Comerciantes y Empresarios, UNIANDES y Temis, Bogotá, 2010.

CORONADO PINTO, GUSTAVO. Derecho de Policía Aplicado, Temis y Jurídicas RADAR, Bogotá, 2003.

CORREA HENAO, MAGDALENA. Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

DOING BUSINESS 2013. Regulaciones inteligentes para las pequeñas y medianas empresas. Comparando las regulaciones empresariales para las empresas locales de 185 economías. Banco Mundial. IFC. 10ª ed., 2013. Fuente: <http://datos.bancomundial.org/indice/doing-business>. Consultado el 15 de marzo de 2013.

GABINO PINZÓN, Introducción al Derecho Comercial, Temis, Bogotá, 1966.

GARCÍA ARIAS, FERNANDO. Bienes Civiles y Mercantiles, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2008.

GARRIGUES, JOAQUÍN. Curso de Derecho Mercantil, t. III, reimpresión de la 7ª, Temis, Bogotá, 1987.

LEMUS CHOIS, VÍCTOR DAVID. Introducción a las Infracciones Urbanísticas, Temis S.A., Bogotá, 2010

LÓPEZ GUZMÁN, FABIÁN. Introducción al derecho mercantil, Temis, Bogotá, 2007.

MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO. Principios de Derecho Comercial, Temis, Bogotá, 1980.

MEDINA VERGARA, JAIRO. Derecho Comercial, Parte General, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2008.

NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO. Derecho Mercantil Colombiano, la Empresa y el Establecimiento de Comercio, 1ª ed., Legis, Bogotá, 2002.

NIETO, ALEJANDRO. Derecho Administrativo Sancionador, 2ª ed. ampliada, Tecnos, Madrid, 1994.

PENAGOS, GUSTAVO. Derecho Administrativo, Parte General, 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000.

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES. La reserva de Ley en materia sancionadora administrativa colombiana, en *Jurid, Manizales*, 6 (1): enero- junio, 2009. Fuente: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192131.pdf>. Consultada el 7 de abril de 2013.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, LUIS ENRIQUE. Contravenciones y amparos administrativos de policía, Fundación Universitaria de Boyacá, Centro de Investigaciones para el Desarrollo – CIPADE, Tunja, 2004.

RODRÍGUEZ R., LIBARDO. Derecho Administrativo General y Colombiano, 17ª ed., Temis, Bogotá, 2011.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Tratado de Derecho Administrativo, Introducción, t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

TORRES RICO, REMBERTO. Tratado de Derecho de Policía. Parte Especial, Procedimental y Práctica, t. II, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2000.

VIDAL PERDOMO, JAIME. Derecho administrativo, 10ª tercera ed., 2ª reimpresión, Legis, Bogotá, 2010.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia C-006 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-144 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-024 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-126 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1142 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-790 de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-974 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-509 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-1118 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-1041 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-1008 de 2008. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-352 de 2009. Expediente D-7480. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-263 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C- 889 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-368 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2002, rad. 25000-23-24-000-1999-00389-02(5743), C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.

Sentencia del 27 de junio de 2003, rad. 11001-03-24-000-1999-00865-01(7262), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

Sentencia del 22 de abril de 2004, rad. 25000-23-24-000-1999-00389-02(5743), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sentencia del 30 de agosto de 2007, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, radicación 2007 – 0339, Sección Segunda, Magistrado Ponente: César Palomino Cortés.

FALLOS POLICIVOS

Consejo de Justicia

Acto administrativo 538 del 16 de septiembre de 2004, rad. 027-2002, Consejero Ponente: Hector Roman Morales Betacourt.

Acto Administrativo 1072 del 28 de septiembre de 2005, rad. 012-01 (2004-0751), Consejero Ponente: Gleison Pineda Castro.

Acto Administrativo 0002 del 30 de enero de 2006, rad. 085-99 (2006-0627), Consejero Ponente: Gleison Pineda Castro.

Acto Administrativo No. 0812 del 30 de junio de 2006, radicado No. 287-04 (2005-0629), Consejero Ponente: Gleison Pineda Castro.

NORMATIVIDAD

Constitución Política

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Código de Comercio

Decreto 1355 de 1970.

Ley 9 de 1979.

Ley 232 de 1995.

Decreto 2150 de 1995.

Ley 300 de 1996.

Ley 388 de 1997.

Ley 590 de 2000.

Ley 905 de 2004.

Circular No. 11 de 2006. Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Decreto 1879 de 2008.

Ley 1429 de 2010

Decreto 1469 de 2010.

Ley 1450 de 2011.

Ley 1554 de 2012.

Ley 1575 de 2012

Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

PÁGINAS WEB

www.mininterior.gov.co.

www.consejodeestado.gov.co

www.corteconstitucional.gov.co

www.gobiernobogota.gov.co

www.ccb.org.co

www.secretariasenado.gov.co

<http://datos.bancomundial.org/indice/doing-business>

[http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia?topic=starting-a-business.](http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia?topic=starting-a-business)

www.dialnet.unirioja.es