



NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PERFILES EN INSTAGRAM DESTINADOS A LA COMERCIALIZACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS: ¿PUEDEN SER CONSIDERADOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO?*

THE LEGAL NATURE OF INSTAGRAM BUSINESS PROFILES: CAN THEY BE CONSIDERED COMMERCIAL ESTABLISHMENTS?

JULIANA DE LAS SALAS ISAZA**

MARÍA JOSÉ ARMISÉN RUIZ ***

LAURA BARRERO RAMÍREZ ****

MARÍA JOSÉ RESTREPO DE LA ROCHE*****

Fecha de recepción: 22 de noviembre de 2023

Fecha de aceptación: 5 de abril de 2024

Disponible en línea: 30 de junio de 2024

RESUMEN

La evolución tecnológica ha puesto a disposición de los empresarios una multiplicidad de herramientas digitales que les permiten

* El presente artículo es producto de una reflexión sobre la aplicación de las normas mercantiles colombianas referentes al establecimiento de comercio a los perfiles destinados por los empresarios para el desarrollo de actividades comerciales en la Red Social de Instagram. Por lo tanto, el objetivo del presente estudio es determinar si tales perfiles configuran las características y elementos de los establecimientos de comercio.

** Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. ju_delassalas@javeriana.edu.co

*** Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. maria.armisen@javeriana.edu.co

**** Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. barrero.laura@javeriana.edu.co

***** Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. restrepoj@javeriana.edu.co

adecuar sus actividades mercantiles a las nuevas dinámicas del comercio electrónico. Dicha transformación ha llevado a enmarcar las páginas web como establecimientos de comercio electrónico; sin embargo, la sociedad ha ido un paso más allá al apropiarse de Instagram para crear un nuevo espacio de promoción e intercambio de bienes y servicios a través de perfiles creados exclusivamente con este propósito, lo cual ha dado lugar al desarrollo del concepto de comercio social. Los empresarios que acuden a estos perfiles buscan, en su gran mayoría, cumplir con el objeto social de su empresa. Por tanto, es necesario evaluar si dicho fenómeno es susceptible de ser regulado por las normas existentes o si existe un vacío normativo en la materia.

Palabras clave: Establecimiento de Comercio, Redes Sociales, Establecimiento de Comercio Virtual, Comercio Social, Instagram.

ABSTRACT

The technological evolution has provided entrepreneurs with a multitude of digital tools that enable them to adapt their commercial activities to the new dynamics of electronic commerce. This transformation has led to categorizing websites as electronic business establishments; however, society has gone a step further by harnessing Instagram to create a new space for the promotion and exchange of goods and services through profiles created exclusively for this purpose, giving rise to the development of the concept of social commerce. The entrepreneurs who use these profiles, for the most part, employ this platform to fulfill the corporate purpose of their businesses. Therefore, it is necessary to assess whether this phenomenon is subject to regulation under existing norms or if there is a regulatory gap in this matter.

Key words: Business Establishment, Social Networks, Virtual Business Establishment, Social Commerce, Instagram.

INTRODUCCIÓN

En el vertiginoso mundo de la era digital, las redes sociales han transformado radicalmente la manera en que las empresas promocionan y comercializan sus productos y servicios. Entre estas plataformas, Instagram destaca como un escenario de suma importancia para estrategias de marketing y ventas a nivel global que, con millones de usuarios activos diarios, se ha erigido como una he-

rramienta esencial para la promoción y el desarrollo de negocios. Ciertamente, nos encontramos en una era en la que las fronteras entre lo físico y lo digital son cada vez más difusas y donde la economía en línea desempeña un papel central en la vida cotidiana y en el desarrollo económico del país.

En este contexto, surge una pregunta crucial que genera tensión e interés: ¿Los perfiles en Instagram destinados a la comercialización de bienes y servicios encajan en la definición y cumplen con los requisitos de la figura de los establecimientos de comercio bajo la normatividad actual colombiana? o, en cambio, ¿forman parte intrínseca de los establecimientos de comercio? Estas cuestiones no solo despiertan la curiosidad de académicos y juristas, sino que también plantean una serie de dilemas que afectan tanto a los emprendedores y empresas que buscan prosperar en el entorno comercial, como a los consumidores que interactúan con este nuevo y desafiante panorama.

Se debe tener en consideración que este estudio no solo afecta los aspectos legales y empresariales, sino que también incide directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos, ya que la economía digital y el comercio en línea se han convertido en una parte inextricable de la realidad contemporánea. En consecuencia, comprender la naturaleza de estos perfiles en Instagram y su relación con los establecimientos de comercio se torna esencial, no solo para los operadores del mercado y la comunidad empresarial, sino también para la sociedad en su conjunto. En última instancia, este análisis busca aportar claridad a un desafiante dilema que se encuentra en la encrucijada entre la innovación digital y la aplicación de la ley en el contexto colombiano.

Así, por medio de este estudio proponemos analizar minuciosamente estas inquietudes. A lo largo de su desarrollo, la metodología utilizada consistirá en analizar el concepto de establecimiento de comercio, sus características y elementos a la luz del artículo 515 del Código de Comercio colombiano. Adicionalmente, se estudiará la noción de las Redes Sociales, especialmente de Instagram, para determinar la naturaleza de los perfiles en Instagram destinados a la realización de los fines de la empresa de su titular. Asimismo, para efectos de este artículo se analizarán las normas existentes en materia comercial y especialmente de comercio electrónico con el fin de determinar la adecuación de los perfiles en redes sociales a los requisitos del establecimiento de comercio. Dichas normas son el Código de Comercio, la Ley 527 de 1999, la Ley 1429 de 2011 y el artículo 91 de la Ley 633 del 2000.

Por lo tanto, procederemos, en primer lugar, a identificar la definición y los elementos característicos del establecimiento de comercio tradicional. En seguida, analizaremos la noción de las redes sociales y el uso de Instagram

como espacio para la comercialización de bienes y servicios. Luego, se estudiará la figura más similar al caso de estudio, a saber, el establecimiento de comercio virtual, para una mayor comprensión de cómo el ordenamiento jurídico colombiano se ha adaptado a la modernización del establecimiento de comercio. Finalmente, realizaremos una interpretación de las normas referidas para determinar si es dable aplicar la regulación de los establecimientos de comercio a los perfiles de Instagram.

1. ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: NOCIÓN Y ELEMENTOS QUE LO COMPONEN

1.1. Noción del establecimiento de comercio en el derecho comercial colombiano

Para llevar a cabo sus negocios o actividades comerciales, el empresario requiere de una serie de elementos que le permitan alcanzar efectivamente la finalidad económica que con ellos persigue. El establecimiento de comercio es el medio del que dispone el titular de la empresa para la realización de sus actividades mercantiles¹, el cual comprende todos los bienes necesarios, ya sean tangibles o intangibles, para la ejecución de las mismas.²

La interpretación de la definición legal permite identificar ciertas distinciones de la figura, a saber:

a) Es una universalidad jurídica:

Atendiendo a la finalidad que le es inherente a la figura, es dable catalogarla como una universalidad jurídica. Ahora, debe entenderse como una universalidad jurídica de hecho, toda vez que es el empresario quien da la finalidad concreta al conjunto de bienes que lo componen. De esta forma, pese a que los bienes que componen el establecimiento de comercio podrían llegar a ser enajenados de manera individual, el artículo 517 del Código de Comercio optó por preferir la enajenación del establecimiento en bloque respecto de la que podría

1 Juan L. González & Gustavo C. Alemán, *Los Signos Mercantiles Distintivos del Empresario, la Empresa y el Establecimiento de Comercio: Visión Crítica de su Relación*, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 19, 72-90 (2003).

2 El Código de Comercio colombiano en su artículo 515 se refiere al establecimiento de comercio como aquel "(...) conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. (...)". Así mismo, resalta que "(...) 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"

llegar a hacerse sobre cada uno de los elementos que la componen de manera independiente al conjunto de bienes en sí mismo³. En tal sentido, si no es posible enajenar el establecimiento como unidad económica, se podrán enajenar los bienes que lo componen de manera separada.

b) Empresa y establecimiento de comercio son figuras distintas:

Si bien el establecimiento de comercio abarca todos los bienes que el empresario requiere para la consecución de la finalidad económica de su empresa, ello no supone que ambas figuras se enmarquen dentro de un mismo concepto. La empresa es entendida por el artículo 25 del Código de Comercio como una actividad económica organizada⁴, mientras que el establecimiento de comercio, como se vio, es una unidad económica que cumple una función instrumental para el titular de la empresa⁵.

c) El establecimiento de comercio no se limita al espacio físico donde se desarrolla la actividad comercial:

Una lectura inicial del artículo 515 del Código de Comercio podría llevar a entender que el establecimiento de comercio se refiere al espacio físico que el empresario ocupa para llevar a cabo sus actividades comerciales. Sin embargo, restringir la interpretación de la norma a ese supuesto da lugar a confundir la figura del establecimiento de comercio con la de local comercial. Pese a que este último no está regulado expresamente en la legislación colombiana, hace referencia al lugar físico en el que opera el establecimiento de comercio, donde el empresario ofrece sus bienes y servicios al público⁶. Ahora, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”) ha resaltado que incluso los bienes inmuebles en los que la empresa tiene su asiento son parte integrante del establecimiento de comercio⁷. El problema que aborda este estudio radica, precisamente, en la naturaleza jurídica de los espacios digitales que ocupan los empresarios en redes sociales para el desarrollo de actividades mercantiles.

3 Código de Comercio Colombiano (CCo). Decreto 410 de 1971. Art. 517. Marzo 27 de 1971 (Colombia).

4 Código de Comercio Colombiano (CCo). Decreto 410 de 1971. Art. 25. Marzo 27 de 1971 (Colombia).

5 Radicado 16-171297-00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio].

6 Oficio 220-081958 del 18 de abril de 2017 [Superintendencia de Sociedades].

7 Radicado 16-171297-00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio].

d) Se compone de bienes tangibles e intangibles:

A primera vista, se podría pensar que la importancia de un negocio radica únicamente en sus activos tangibles, como los bienes materiales necesarios para operar. Sin embargo, también abarca activos intangibles cruciales, como los derechos de propiedad intelectual. Estos derechos, según Iván Vargas, son fundamentales en el comercio electrónico, optimizando su funcionamiento. Su relevancia radica en la capacidad que brindan al empresario para adaptarse a las nuevas dinámicas digitales y globales, facilitando el logro de sus objetivos económicos.⁸.

1.2. Elementos que componen el establecimiento de comercio

Respecto a los elementos que hacen parte del establecimiento de comercio, el artículo 516 del Código de Comercio enuncia los bienes que se entienden comprendidos dentro de este. Estos son:

- “(...) 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;*
- 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;*
- 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;*
- 4) El mobiliario y las instalaciones;*
- 5) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;*
- 6) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y*
- 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos*

8 Iván Vargas, *Los activos de propiedad intelectual como bienes organizados del establecimiento de comercio virtual en Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, 319-330, M. Vaquero-Pinto & A. Ávila de la Torre, Eds., Salamanca: Universidad de Salamanca (2018).

*celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento”.*⁹

Cómo se vio en el acápite anterior, y como lo refleja la norma, los establecimientos de comercio se componen de bienes tanto materiales como inmateriales. Respecto de los primeros, el artículo hace referencia a las mercancías, el mobiliario y las instalaciones, sin embargo, no incluye los bienes inmuebles en los que el empresario pone en funcionamiento el establecimiento de comercio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia precisó en el año 2009 que el régimen legal que cobija el establecimiento de comercio comprende todos los bienes que el empresario destine efectivamente al desarrollo de sus actividades mercantiles, incluso si estos son inmuebles¹⁰.

De igual forma, la enumeración de la norma no es taxativa, toda vez que el empresario podrá decidir qué bienes excluye o incluye en el conjunto de elementos que destina al cumplimiento del objeto social de su empresa.

2. NOCIÓN DE LAS REDES SOCIALES

En la era digital en la que se desenvuelven las sociedades contemporáneas, las redes sociales se han convertido en elementos esenciales de la vida cotidiana que permiten a las personas conectarse, comunicarse y compartir experiencias. Sin embargo, detrás de esta aparente simplicidad se encuentra un concepto complejo y en constante evolución: la Red Social.

Así, por ejemplo, la Red Social está definida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia como la “*Plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios*”¹¹. Por su parte, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico brinda una definición desde una perspectiva más holística y detallada sobre dicho concepto, estableciendo que es un:

Servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil

9 Código de Comercio Colombiano (CCo). Decreto 410 de 1971. Art. 516. Marzo 27 de 1971 (Colombia).

10 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1996-09616, M.P. Arturo Solarte Rodríguez; 18 de diciembre de 2009.

11 Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 23.^a ed., (versión 23.6 en línea. Consultada en <https://dle.rae.es>)

*con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo*¹².

Estas definiciones resaltan que las redes sociales tienen una función y alcance más amplio de lo que podría entenderse a simple vista, y están intrínsecamente relacionadas con la formación de comunidades en línea y la interacción entre sus miembros.

A lo largo de la evolución tecnológica, el acceso a las redes sociales ha experimentado un crecimiento explosivo, lo que ha permitido una generalización y expansión global de las redes sociales, alcanzando tanto a mercados maduros como a aquellos en rápido crecimiento. En la actualidad, las redes sociales no sólo impulsan el crecimiento personal, sino también el crecimiento de las empresas. Tal y como expone el académico Harold Hütt Herrera, las redes sociales y los espacios virtuales se han convertido en potentes herramientas de interacción y comunicación con un alcance y un impacto considerablemente mayores que los medios tradicionales¹³.

En este sentido, este concepto en toda su complejidad se ha convertido en una herramienta esencial en el mundo del comercio. En efecto, estas plataformas de comunicación global han trascendido su uso tradicional y se han convertido en un elemento fundamental para el comercio en la era digital. Desde la interacción con los clientes hasta la estrategia de marketing, el uso de las redes sociales ha dado forma a una nueva perspectiva integral del comercio, redefiniendo la forma en que las empresas operan en la actualidad.

3. EL CASO DE INSTAGRAM: USO DE LAS REDES SOCIALES PARA EL COMERCIO Y EL SOCIAL COMMERCE

Instagram, es una plataforma que ofrece una manera creativa y amena de compartir la vida con amigos y familia mediante una secuencia de imágenes. Su interfaz intuitiva y la gratuidad de su servicio contribuyen en gran medida a su

12 Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (versión 23 en línea. Consultada en <https://dpej.rae.es/lema/red-social>)

13 Harold H. Herrera. *Las Redes Sociales: Una nueva herramienta de difusión*. 91(2) *Revista Reflexiones*. 121. (2012).

popularidad.¹⁴ Adicionalmente, se ha convertido en un medio a través del cual se pueden generar ingresos, tanto para individuos como para numerosas empresas.

Ahora bien, el uso de las redes sociales como plataforma publicitaria y comercial, con un marcado enfoque en Instagram, ha dado lugar al nacimiento del concepto conocido como *social commerce* o comercio social (en adelante *S-commerce*). Este término es definido por Huang y Benyoucef de la siguiente manera:

*El social commerce se refiere a una aplicación comercial basada en Internet que aprovecha las redes sociales y las tecnologías web 2.0. Estas tecnologías respaldan la interacción social y el contenido generado por el usuario con el propósito de asistir a los consumidores en la toma de decisiones y en la adquisición de productos y servicios dentro de comunidades en línea*¹⁵.

El *S-commerce*, representa una auténtica revolución en el ámbito comercial con una serie de ventajas distintivas en la actualidad. Se destaca por generar confianza a través de una interacción directa con los clientes. Esto se traduce en un servicio de atención al cliente eficaz y evita obstáculos en la comunicación con las empresas. Además, promueve el “engagement” con la audiencia, lo que conlleva a la creación de relaciones sólidas y duraderas con los usuarios. Esta conexión profunda requiere un equipo de mercadotecnia competente para fomentar la interacción de los clientes con el contenido de la red social, despertando interés por los productos o servicios ofrecidos y fortaleciendo la relación entre las marcas y sus audiencias.¹⁶

Adicionalmente, el *S-commerce* se destaca como una estrategia altamente efectiva para las ventas en línea. Al fusionar las redes sociales y las tiendas en línea, las empresas logran establecer una conexión más cercana y personal con sus clientes ideales. Lo anterior, convierte las redes sociales en un canal de adquisición de productos muy utilizado en el país.¹⁷ Según la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE), la digitalización de las compras ha demostra-

14 Cristina Madrigal. *Instagram como herramienta de comunicación publicitaria: el caso de Made With Lof*. Universidad de Sevilla. Departamento de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Literatura. 70. (2015).

15 Z. Huang & M. Benyoucef. *From e-commerce to social commerce: A close look at design features*. *Electronic Commerce Research*. 12(4), 246–259. (2013).

16 Juliana Serna & Laura Cardona. *El Comercio Electrónico y las Transacciones Comerciales por medio de la Plataforma Digital Instagram*. Universidad EAFIT de Colombia. 66-67. 83. (2022).

17 *Social Commerce, la preferencia de los consumidores al realizar sus compras online*. (Consultado en <https://keyrus.com/latam/es/insights/social-commerce-la-preferencia-de-los-consumidores-al-realizar-sus-compras>). (2022)

do un crecimiento significativo en los últimos años. En el segundo trimestre de 2021, se informó un aumento del 16% en las ventas a través de canales digitales en comparación con el primer trimestre del mismo año. Además, se destaca que el 54% de los colombianos prefiere realizar sus compras a través de las redes sociales, con Facebook, WhatsApp e Instagram como las plataformas más populares para esta actividad¹⁸.

Ahora, la diferencia clave entre el comercio electrónico, concepto en el que se profundizará en el siguiente acápite, y el *S-commerce* radica en el contexto de las transacciones y el papel de las redes sociales. El comercio electrónico implica la compra y venta de bienes y servicios en línea a través de sitios web y aplicaciones específicas¹⁹. Por otro lado, el *S-commerce* se refiere a la compra y venta directamente en redes sociales, donde los usuarios pueden visualizar productos, comprar y compartir sus experiencias sin redirigirse a sitios web externos. En el *S-commerce*, las redes sociales son el escenario principal de estas transacciones, mientras que en el comercio electrónico, las redes sociales se utilizan en su mayoría como canales de marketing para atraer tráfico a sitios web de comercio electrónico. Ambos enfoques son complementarios en el panorama del comercio en línea.

Teniendo en cuenta lo anterior, los perfiles de Instagram, caracterizados por su naturaleza adictiva y su capacidad para generar interacción y reconocimiento social, se han convertido en herramientas esenciales para el comercio en la era digital. La plataforma permite a individuos y empresas compartir creativamente productos y servicios, conectarse con audiencias diversificadas y, lo que es más significativo, facilitar transacciones comerciales directamente en la plataforma configurando así el *S-commerce*. Como resultado, Instagram no solo actúa como canal de marketing, sino también como plataforma de comercio directo que impulsa la economía digital y ofrece una experiencia de compra cada vez más integrada.

4. ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO VIRTUALES

4.1. Comercio electrónico

El concepto de comercio electrónico ha sido definido de diversas maneras por organismos internacionales relacionados con el ámbito del comercio en línea.

18 *INFORME DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN 2021*. (2021). (Consultado en https://www.ccce.org.co/gestion_gremial/informe-del-comercio-electronico-en-el-segundo-trimestre-de-2021) (2021).

19 Z. Huang & M. Benyoucef. *From e-commerce to social commerce: A close look at design features*. *Electronic Commerce Research*. 12(4), 246–259. (2013).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en 2009, revisó su definición previamente establecida en 2001. Según la OCDE, el comercio electrónico abarca cualquier transacción destinada a la venta de bienes o servicios realizada a través de redes informáticas, utilizando métodos diseñados específicamente para recibir o procesar pedidos. Es importante destacar que, en este contexto, el pago y la entrega de los bienes o servicios no necesariamente tienen que ocurrir en línea²⁰.

Por su parte, la Organización Mundial del Comercio (OMC) estableció que el comercio electrónico se describe como “*la distribución, mercadeo, venta o entrega de bienes y/o servicios hecha con medios electrónicos*”²¹. Finalmente, la Comisión Europea ha elaborado su propia definición, considerando el comercio electrónico como:

*cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y on-line de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío on-line de servicios como publicaciones, software e información...*²².

Estas definiciones conjuntas sugieren que el comercio electrónico abarca transacciones en las que se emplea un medio electrónico para llevar a cabo la transferencia de bienes o servicios. No obstante, es relevante señalar que el carácter electrónico del medio no se limita únicamente a Internet, ya que también incluye otras formas de intercambio de datos electrónicos. Además, en virtud de la Comisión de Regulaciones de Comunicaciones Colombiana (CRC), es necesario diferenciar el comercio electrónico en general del comercio basado en la web. El comercio en la web se refiere específicamente a la utilización de un navegador de Internet para identificar proveedores, seleccionar productos o servicios, formalizar una transacción de compra y completar una transacción económica con el fin de obtener el servicio deseado. En este sentido, el comercio electrónico es un concepto más amplio que abarca una gama más diversa de actividades comerciales en línea²³.

20 OCDE. *Electronic and Mobile Commerce. OECD Digital Economy Papers. Organisation for Economic Cooperation and Development*. No. 228. (2013). (Consultada en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IE/IIS\(2012\)1/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IE/IIS(2012)1/FINAL&docLanguage=en)).

21 OMC. (s.f). *Organización Mundial del Comercio*. (Consultado en Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/wto_dg_stat_s.htm)

22 Diana M. Restrepo y Carlos F. Dovale. *Superintendencia de Industria y Comercio. Estudios de Mercado. Comercio Electrónico en Colombia*. 36.

23 Cámara de Regulación de Comunicaciones. *El Comercio Electrónico en Colombia*. (Consultado en <https://www.crcm.gov.co/system/files/Biblioteca%20Virtual/El%20comercio%20electr>

Se debe tener en consideración que cada vez más el comercio en línea se consolida como una fuerza creciente en el panorama empresarial. Por este motivo, se han proferido varias normas en el ordenamiento jurídico colombiano para regular este fenómeno, tales como la Ley 527 de 1999, y puntualmente el artículo 91 de la Ley 633 del 2000.²⁴

4.2. Modernización de la noción tradicional de establecimiento de comercio como consecuencia del auge del comercio electrónico

Teniendo en cuenta lo explicado en la sección anterior, resulta inevitable que esta circunstancia incida en la regulación existente en el ámbito del derecho comercial. Sin embargo, nos limitaremos a estudiar el impacto de este fenómeno en las normas que regulan la figura del establecimiento de comercio. En primer lugar, procederemos a plantear una definición de establecimiento de comercio virtual o electrónico, para de forma seguida analizar si esta se ajusta o no a la norma mercantil dispositiva que consagra la noción de establecimiento de comercio en Colombia. Posteriormente, analizaremos si existen normas que regulen la materia de forma distinta a la normativa general del establecimiento de comercio tradicional, para culminar con un breve estudio de los retos que trae consigo esta figura, y las soluciones que ha brindado el ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, con respecto a qué es un establecimiento de comercio virtual o electrónico, debemos señalar que en este caso, para establecer una definición adecuada, se debe partir de la base de que la noción de establecimiento de comercio del artículo 515 del Código de Comercio es plenamente aplicable a la figura, en tanto se sigue tratando de un establecimiento de comercio, pero que tiene un calificativo adicional — “*virtual o electrónico*”. En tal sentido, se pronuncia Peña Valenzuela al indicar que la noción consagrada en dicho artículo “*es aplicable a un sitio de Internet dispuesto por un empresario en el mundo virtual para realizar operaciones de comercio electrónico*”.²⁵

%C3%B3nico%20en%20Colombia.%20An%C3%A1lisis%20y%20perspectiva%20regulatoria /234-comelecpd_0.pdf)

24 El texto del artículo 91 de la citada ley dispone “*Todas las páginas Web y sitios de Internet de origen colombiano que operan en el Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiero o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro Mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera*”.

25 Daniel Peña Valenzuela. *Aspectos Legales de Internet y del comercio electrónico*. Ed. Dupre. (2000).

De forma similar, en el marco del derecho comparado, Iván Vargas afirma lo siguiente:

*Teniendo en cuenta que pese a su connotación virtual, la figura objeto de análisis no deja de ser un establecimiento de comercio y, queriendo partir desde su definición, la primera precisión a realizar es que el establecimiento de comercio virtual responde a todas las características y finalidades propias de un establecimiento de comercio físico, pero, concebido desde las dinámicas establecidas (...) en materia de comercio electrónico (...).*²⁶

Lo anterior trae consigo dos implicaciones importantes: (i) no existe una norma específica que defina el establecimiento de comercio virtual, y; (ii) en principio, la definición del artículo 515 del Código de Comercio es suficientemente amplia para abarcar la noción del establecimiento de comercio virtual o incluso cualquier otra modalidad que se presente en la sociedad que reúna los requisitos mínimos contenidos en dicha disposición legal.

De cara a la importancia y relevancia actual de la modernización de esta figura, Miranda Serrano afirma lo siguiente:

*Las tiendas o establecimientos mercantiles dejarán de ser lugar de encuentro por excelencia entre empresarios y consumidores. Este pasará de situarse en un espacio físico inmobiliario a ubicarse, inmaterializado, en las redes de comunicación que ofrecen las modernas tecnologías de la información y de la comunicación y, muy singularmente, Internet.*²⁷

Por otro lado, consideramos que las normas aplicables a esta figura dada su naturaleza jurídica son las normas contenidas en el Código de Comercio respecto del establecimiento de comercio, en la Ley 527 de 1999, la Ley 1429 de 2011 y en el artículo 91 de la Ley 633 del 2000, sin perjuicio de otras normas que resulten aplicables al caso en concreto. Consideramos que vale la pena hacer referencia a la última disposición mencionada, en tanto esta ha sido objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional.

La norma contiene dos deberes específicos para las personas naturales o jurídicas que desarrollen su actividad económica prestando servicios persona-

26 Iván Vargas, *Los activos de propiedad intelectual como bienes organizados del establecimiento de comercio virtual* en *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, 319-330, M. Vaquero-Pinto & A. Ávila de la Torre, Eds., Salamanca: Universidad de Salamanca (2018).

27 Luis Miranda Serrano. *Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica, Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. Ed. La Ley, 582. (2001).

les, comerciales o financieros, total o parcialmente, a través de internet. Uno de ellos, es registrar la página web o el sitio de internet. La Corte Constitucional, en Sentencia C-1147 de 2001 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 91 de la Ley 633 del 2000, afirmando que:

*“La inscripción en el registro mercantil es un acto que informa acerca de la existencia de páginas web o sitios de Internet mediante los que se prestan servicios y se realizan actividades, comerciales o financieras. Esto facilita la identificación de los agentes económicos que operan en un nuevo escenario tecnológico(...). Este registro, sin embargo, no implica revelar información sobre las transacciones realizadas ni sobre la evolución de la actividad comercial. Aunque si representa hacer pública cierta información para identificar el sitio web o la página de Internet, ésta es la misma que debe revelar cualquier agente económico sobre el cual recaiga el deber de efectuar un registro mercantil. Por eso, prima facie, **tal deber resulta razonable, de lo contrario, quienes ejercen el comercio virtual tendrían privilegios frente a quienes también ejercen profesionalmente el comercio por la vía real**”²⁸ (subrayado fuera de texto).*

Por tanto, al analizar la providencia anterior, la SIC, de forma acertada, concluyó que *“las páginas web o sitios de internet a través de los cuales se realizan ventas de bienes y servicios son establecimientos de comercio virtuales y en su calidad de tales establecimientos deberán ser matriculados en la respectiva cámara de comercio”*.²⁹ E indicó que, como resultado de lo anterior, el comerciante que *“registre un sitio web como medio de comercialización de bienes y servicios”* tiene las mismas obligaciones de todo comerciante, es decir, las consagradas en el artículo 19 del Código de Comercio.³⁰

Ahora bien, de cara a los retos a los que se ha enfrentado esta figura, optamos por estudiar dos de los más relevantes: (i) la ausencia del local comercial y; (ii) la dificultad de establecer dónde se ubica el establecimiento permanente o domicilio negocial del empresario.

Frente a la tesis de varios doctrinantes que indica que la ausencia del local comercial en los establecimientos de comercio virtuales desnaturaliza la figura del

28 Corte Constitucional. Sentencia C-1147 del 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ; 31 de octubre del 2001.

29 Radicado 16-171297- -00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio].

30 Ibid.

establecimiento de comercio, podemos afirmar que esta postura es el resultado de la confusión que suele darse entre las figuras de establecimiento de comercio y local comercial. La distinción entre ambas figuras ha sido aclarada en varias ocasiones por distintas autoridades, tal como se mencionó anteriormente. Ahora bien, conforme el análisis del artículo 516 del Código de Comercio, es claro que los componentes del establecimiento de comercio no son taxativos, y que en realidad, es el titular del establecimiento de comercio quien decide qué bienes, corporales o incorporeales, van a conformar la universalidad jurídica destinada al funcionamiento de la empresa. Si para el empresario el local comercial no resulta indispensable para el desarrollo de su actividad económica, es perfectamente viable que este no lo incluya en su establecimiento de comercio.

Adicional a lo anterior, la SIC profirió un concepto en el que afirmó que en el derecho comercial es posible asimilar el “host” al local comercial. Dicha autoridad define el “host” como *“el lugar donde reposa la información; servidores que prestan el servicio de almacenamiento de la misma y que se encuentran permanentemente conectados a la red, permitiendo que cualquier navegante de Internet acceda a la información almacenada”*.³¹ Por lo tanto, este reto parece haber sido ampliamente superado en nuestro ordenamiento jurídico en el campo de los establecimientos de comercio virtuales.

Ahora bien, de cara a la dificultad de establecer dónde se ubica el establecimiento de comercio del empresario cuando este se dedica a realizar operaciones y transacciones por medio de una página de internet, la SIC indica que, en principio, habría que verificar si *“el establecimiento fue colocado o registrado en un servidor en un país determinado, y de esa manera queda sometido a la jurisdicción del país”*.³²

Adicionalmente, en el mismo concepto, la SIC se cuestiona sobre qué sucedería en el caso en que un establecimiento de comercio virtual, ubicado en el extranjero pero que, de forma continua y reiterada, realice actividades con ciudadanos colombianos que adquieran sus bienes y servicios a través de sus páginas de internet. Para responder dicho cuestionamiento, la SIC cita la siguiente respuesta dada por el doctrinante Peña Valenzuela:

Si analizamos el concepto de nuestro Código de Comercio sobre la realización de negocios permanentes en Colombia, veremos cómo empresarios virtuales estarían incluidos dentro de dicha definición a pesar de

31 Radicado 16-171297- -00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio].

32 Ibid.

*no tener un establecimiento físico en Colombia y tendrían, por tanto la obligación de establecer una sucursal en Colombia pues al no tener una sucursal, no podrían realizar dichos negocios virtuales permanentes en el país.*³³

La SIC procede a complementar la respuesta anterior indicando que, en el caso en el que una persona haya registrado el nombre de su dominio (entendido este como el nombre único que se le da a un sitio web para que cualquier usuario pueda identificarlo) en un país, pero que opere fuera de él, habría que verificar el sitio físico donde dicho comerciante realiza sus actividades, y en caso tal de que este no exista, se debe verificar el lugar de su residencia. Es decir, se debe proceder de la misma forma como se procedería en el caso de un establecimiento de comercio tradicional.³⁴

Por último, la SIC se pronuncia de forma expresa respecto de qué se debe hacer en Colombia, cuando el empresario o comerciante realice la “apertura” de un establecimiento de comercio virtual consistente en el “registro de un dominio”. En este caso, deberá inscribirlo en el registro mercantil conforme lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 28 del Código de Comercio. De acuerdo con la entidad, el efecto en este caso es que “*se presumirá que dicho comerciante tiene el domicilio comercial en donde haya realizado dicha inscripción*”.³⁵

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PERFILES DE INSTAGRAM DESTINADOS AL DESARROLLO DE ACTIVIDADES MERCANTILES

Considerando el contexto de las redes sociales y nuestras precisiones sobre el establecimiento de comercio, su versión digital, el e-commerce y el s-commerce y su creciente evolución³⁶, es menester analizar cómo estos conceptos se relacionan con los perfiles en Instagram destinados a la comercialización de bienes y servicios. En este capítulo nos enfocaremos en examinar cómo se adecúan a las normas que abordan esta noción jurídica de establecimiento de comercio. Con tal fin, estudiaremos si podría llegar a comprenderse como parte del es-

33 Daniel Peña Valenzuela. *Aspectos Legales de Internet y del comercio electrónico*. Ed. Dupre. (2000).

34 Radicado 16-171297- -00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio].

35 Ibid.

36 Adrián Vaquero Baena. *Redes Sociales en Comercio Electrónico y los nuevos medios digitales como el móvil y la TV interactiva*. Universidad de Valladolid (2021)

tablecimiento de comercio o como un establecimiento de comercio autónomo. Seguidamente, exploraremos los elementos y características que podrían componerlo y finalmente analizaremos de manera breve las normas aplicables a este supuesto, así como las consecuencias que implica esta caracterización.

5.1. ¿Este tipo de perfiles se pueden enmarcar dentro de la definición de establecimiento de comercio?

Como fue expuesto en acápites anteriores, Instagram se ha consolidado como un espacio para que los comerciantes desarrollen sus actividades de intercambio de bienes y servicios. De esta forma, los comerciantes tienen en Instagram la opción “perfil empresa” para constituir un lugar en donde pueden publicar fotos y videos para conseguir clientes y ejecutar sus actividades mercantiles por medio de herramientas como los mensajes directos³⁷. Así, se puede evidenciar que existen diversos bienes que confluyen en los perfiles de Instagram y de manera unificada permiten el desarrollo de la finalidad que el empresario busque. En suma, podría reunir los caracteres de la definición de esta figura.

No obstante, como hemos reiterado en múltiples ocasiones a lo largo de este artículo, y como se puede observar en el artículo 516 del Código de Comercio, la composición del establecimiento de comercio depende en gran medida de la voluntad del empresario, quien puede decidir los bienes que lo conforman. En este sentido, los derechos y elementos asociados al perfil de Instagram que el empresario destina para el desarrollo de sus actividades mercantiles, podrían llegar a pertenecer a un establecimiento de comercio. De ahí que, incluso el perfil de Instagram en su conjunto podría llegar a ser un elemento del establecimiento de comercio si el comerciante así lo decide.

Ahora bien, podemos determinar que los perfiles de Instagram podrían reunir las características de esta noción al comprender diversos bienes que de manera organizada son usados por el empresario para desarrollar sus fines en el comercio. En este caso, debemos señalar que la definición establecida en el artículo 515 del Código de Comercio se haría extensiva al supuesto de este tipo de perfiles de Instagram. Por lo anterior, en los próximos acápites de este capítulo se expondrá cómo sería su composición si se llegara a considerar que el perfil es un establecimiento de comercio.

37 Consigue más clientes con los anuncios de Instagram https://business.instagram.com/?locale=es_ES&content_id=yjpdMFtGGcMV5oR&ref=sem_smb&utm_term=aud-1392154218209%3Adsa-1878220726445&gclid=CjwKCAjwkNOpBhBEEiwAb3MvvW4zOnAWMpghg6U4ji8f_BaQ50lqA9avr1SqX_-2R6UF4D3DAh0VGRoCeKYQAvD_BwE (2016)

5.2. Elementos del establecimiento de comercio y los perfiles de Instagram destinados al desarrollo de actividades mercantiles

a) Sobre el local comercial

Como hemos recalcado a lo largo de este artículo es esencial distinguir entre el local comercial y el establecimiento de comercio. Igualmente, considerando que el comercio por medio de plataformas como Instagram se presenta en un entorno inmaterial, debemos cuestionar la noción del local comercial como elemento del establecimiento de comercio. Es más, en el caso objeto de estudio se evidencia como el derecho y sus instituciones tradicionales deben adaptarse a nuevas realidades, especialmente si se considera la rápida evolución del comercio en entornos digitales.

En principio, la Superintendencia de Sociedades estableció que “*es dable afirmar que el local comercial es el espacio físico donde se ofrecen bienes o servicios*”.³⁸ No obstante, estamos frente a un uso del espacio digital en el que no se ofrecen los bienes y servicios de manera física ni en un solo lugar. Por lo tanto, consideramos que este concepto, que parte del establecimiento de comercio tradicional, debe ser ajustado y no limitarse al mundo físico.

Los perfiles en Instagram permiten a sus usuarios acceder a un espacio en el que “*los consumidores colaboran en línea; obtienen asesoramiento de personas de confianza; descubren productos y servicios; y luego los consumen*”.³⁹ Así, dado que en concordancia con lo afirmado por la Superintendencia de Sociedades, no existe ninguna formalidad legal para que un local comercial sea parte del establecimiento de comercio, se podría determinar que el perfil de Instagram podría asemejarse a esta noción, aun cuando no encaja perfectamente en el concepto original.

En realidad, en los casos en que los perfiles se usan para comercializar bienes y servicios, podemos ver como estos se erigen como aquel espacio virtual en el que los empresarios ofrecen sus productos y tienen el conjunto de bienes que conforman lo que eventualmente se podría considerar un establecimiento de comercio. En consecuencia, se podría llegar a pensar que el perfil, como espacio virtual, guarda ciertas coincidencias con las definiciones de local comercial proporcionadas por aquella Superintendencia.

38 Oficio 220-081958 del 18 de abril de 2017 [Superintendencia de Sociedades].

39 Alba Patricia Guzmán Duque & Carlos Alberto Abreo Villamizar, *Del comercio electrónico al comercio social: La innovación al alcance de las organizaciones. Estudio para el sector calzado Bucaramanga, Colombia*, Contabilidad y Negocios, diciembre de 2017. At. 107

Por otro lado, en la medida en que la SIC concluyó que en temas de comercio electrónico, el “*host*” puede ser considerado el local comercial⁴⁰, se debe tener en cuenta que Instagram permite a sus usuarios publicar contenido que posteriormente reposa en sus servidores en que dicha información es procesada y almacenada. A este respecto, las condiciones de uso de Instagram disponen que los datos son conservados en sistemas ubicados en distintos lugares del mundo entre los cuales se transmite información con una infraestructura global.⁴¹ En este sentido, si hacemos extensiva la posición expuesta por la SIC sobre los establecimientos de comercio electrónicos a los perfiles de Instagram, la noción de local comercial se relacionaría con el servidor en el que se acumula la información del perfil de los empresarios.

Ahora bien, en materia de ubicación geográfica a la hora de identificar la normativa aplicable, podemos determinar que este supuesto se regiría de la manera que fue reseñada en el capítulo anterior de este artículo. En efecto, en tanto por medio del establecimiento de comercio el empresario desarrolla actividades permanentes en Colombia, las mismas deben ajustarse a la normatividad colombiana aún si el servidor no se encuentra ubicado en el territorio nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, en modo alguno se puede concebir que la figura de establecimiento de comercio depende de la existencia de un local comercial. Por lo cual, aun si los perfiles en Instagram o el “*host*” no se consideran locales comerciales, esto no conlleva la inexistencia del establecimiento de comercio.

b) Bienes y derechos que lo componen

Al relacionar la descripción presentada en el primer capítulo de este artículo sobre los elementos que conforman un establecimiento de comercio con los perfiles de Instagram utilizados para vender productos, podemos concluir que si se llegaran a considerar establecimientos de comercio, tales elementos podrían estar presentes. Como expusimos previamente, el establecimiento de comercio puede estar integrado por bienes intangibles destinados al desarrollo de las actividades mercantiles del empresario. En efecto, día a día los empresarios comparten contenido con aquel propósito.⁴²

40 Radicado 16-171297- -00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio]

41 Condiciones de uso https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES (2022)

42 Consigue más clientes con los anuncios de Instagram https://business.instagram.com/?locale=es_ES&content_id=yjpdMFtGGcMV5oR&ref=sem_smb&utm_term=aud-1392154218209%3Adsa-1878220726445&gclid=CjwKCAjwkNOpBhBEEiwAb3MvvR9BG119hMoeqpTDF2FzuktLI2QupfTTvCShOeGVAcGInU0b4bdp0hoCHlGQAvD_BwE (2023)

En primer lugar, los perfiles de Instagram contienen imágenes, videos, música, textos y otros elementos que podrían estar protegidos por la propiedad intelectual. A este respecto, las condiciones de uso de la plataforma establecen que una vez se aceptan sus términos y condiciones aun cuando no se reclama la propiedad del contenido, el usuario le confiere a Instagram una licencia para usarlo. Instagram lo expone de la siguiente manera:

*Nos concedes una licencia mundial, no exclusiva, transferible, sublicenciable y libre de regalías por derechos de autor para alojar, utilizar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, traducir y mostrar o comunicar públicamente tu contenido, así como para crear obras derivadas (de acuerdo con tu configuración de privacidad y de la aplicación). La licencia se extinguirá cuando el contenido se elimine de nuestros sistemas.*⁴³

Notamos que de acuerdo con esta cláusula, los titulares de estas creaciones son los usuarios, en este caso los empresarios. Es importante mencionar que como obras tienen una protección de derechos de autor, lo cual conlleva diversos derechos para su titular⁴⁴. Consecuentemente, estos bienes intangibles del empresario se disponen como parte de una unidad para la realización de sus actividades mercantiles. Es más, son la parte esencial de sus operaciones en el comercio en línea en tanto le permiten promocionar su empresa, interactuar con sus clientes y ofrecer los productos que comercializará.⁴⁵

De igual forma, en un perfil de Instagram podría haber otro tipo de bienes intangibles como lo son las marcas. Por ejemplo, eventualmente, si se encuentra registrado ante la SIC, el nombre de usuario, la foto de perfil o cualquier otro elemento distintivo podrían estar protegidos como signos identificadores de los productos o servicios que se ofrecen por medio de los perfiles⁴⁶. El derecho que tendría el empresario respecto de los objetos de protección de la propiedad industrial, le conferiría el uso exclusivo de los mismos.⁴⁷ Lo anterior también es reconocido por Instagram dentro de sus condiciones de uso pues se reservan el derecho de cambiar los nombres de usuario cuando estos vulneren derechos de propiedad industrial.⁴⁸

43 Condiciones de uso https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES (2022)

44 Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. 28 de enero de 1982. D.O. No. 35.949

45 Consigue más clientes con los anuncios de Instagram https://business.instagram.com/?locale=es_ES&content_id=yjpdMFtGGcMV5oR&ref=sem_smb&utm_term=aud-1392154218209%3AAds-1878220726445&gclid=CjwKCAjwkNOpBhBEEiwAb3MvvR9BG119hMoeqTDf2FzuktLI2QupfTTvCShOeGVAcGInU0b4bdp0hoCHlgQAvD_BwE (2023)

46 Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. 14 de septiembre de 2000.

47 Ibid

48 Condiciones de uso https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES (2022)

Así mismo, eventualmente el nombre de usuario podría ser considerado como un nombre comercial, definido en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina como “*cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil*”⁴⁹. Lo anterior se presentaría en el caso en que verdaderamente este nombre de usuario identifique el establecimiento, la empresa o la actividad económica que desarrolle su titular. Sobre este punto, es relevante anotar que “*el derecho exclusivo sobre el nombre comercial se adquiere con su primer uso en el comercio*”⁵⁰.

Así mismo, como elementos del establecimiento de comercio, de acuerdo con el artículo 516 del Código de Comercio, se encuentran los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento. Efectivamente, con ocasión de las ventas por este medio, los empresarios celebran contratos con otros usuarios que actúan como consumidores. Del mismo modo, los derechos y obligaciones contraídos con base en la aceptación de las condiciones de uso de Instagram son susceptibles de convertirse en elementos del establecimiento de comercio. Como resultado, si el empresario decide constituir su perfil de Instagram como establecimiento de comercio autónomo, aquellos derechos y obligaciones, que no fueron contraídos en consideración de su titular, tendrían la potencialidad de pertenecer al mismo. Igualmente, se puede considerar, si así lo decide el empresario, que estos derechos y obligaciones pertenecen a otro establecimiento de comercio bien sea de manera independiente o como parte del perfil en su conjunto.

En dicho contexto, una vez más, reiteramos una cuestión transversal a los elementos susceptibles de integrar el establecimiento de comercio anteriormente expuestos, dado que el empresario puede decidir de manera opuesta a los elementos señalados en el artículo 516 del Código de Comercio, en definitiva, su inclusión en esta universalidad depende de la voluntad del empresario.

5.3. Características del establecimiento de comercio y los perfiles de Instagram: especial mención a la clientela y el *Good Will*

La clientela y el *Good Will* son características importantes del establecimiento de comercio pues dan cuenta del esfuerzo del empresario para la consolidación

49 Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. 14 de septiembre de 2000.

50 Ibid.

de su buena fama y la confianza de sus grupos de interés.⁵¹ En esta medida, la Corte Suprema de Justicia definió el *Good Will* como el buen nombre y el prestigio que tiene un establecimiento mercantil frente al público en general.⁵² Por otra parte, entendemos la clientela como el conjunto de personas que mantienen relaciones comerciales con el establecimiento de comercio.

Con base en el artículo 516 del Código de Comercio estos son elementos del establecimiento de comercio, no obstante, en múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia y la SIC se han pronunciado para determinar que más que elementos se presentan como características del mismo. Así, en sentencia AC1526-2020, la Corte Suprema de Justicia al referirse al *Good Will* expuso que “no se trata, por consiguiente, de un factor esencial del establecimiento de comercio, sino accidental y estimable en dinero”⁵³. Igualmente, la SIC expuso que si bien es notable que la clientela tiene un valor económico, no existe un derecho del empresario respecto de las personas que la componen.

Con lo anterior en mente, estas características toman aún más importancia en el entorno del *S-commerce* en donde se busca dar a conocer una empresa y consolidar su posición dentro del mercado digital.⁵⁴ Para tal fin, se implementan diversas estrategias de mercadeo que permiten que el contenido llegue a su público objetivo.⁵⁵ Así, el mismo propósito del *S-commerce* conlleva a que su foco en la consolidación de una clientela y del *Good Will* que conlleva un esfuerzo novedoso y altamente efectivo. Sin embargo, podemos determinar que su proyección en el marco del comercio en esta red social sería equivalente a la que se da respecto de los establecimientos de comercio tradicionales.

5.4. Efectos

Al enmarcar los perfiles de Instagram destinados a la comercialización de productos como establecimientos de comercio autónomos, estos se adecuarían a las disposiciones normativas que aplican a los establecimientos de comercio tradicionales. En virtud de ello, el empresario debe cumplir con todas las obligaciones propias de esta figura, incluyendo el registro, y es titular, además,

51 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia AC1526-2020, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 21 de julio de 2020.

52 Ibid.

53 Concepto 15129532 del 14 de julio de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]

54 Huang, Z., & Benyoucef, M. *From e-commerce to social commerce: A close look at design features. Electronic Commerce Research.* 12(4), 246–259. (2013).

55 Adrián Vaquero Baena. *Redes Sociales en Comercio Electrónico y los nuevos medios digitales como el móvil y la TV interactiva.* Universidad de Valladolid (2021)

de todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los titulares de establecimientos de comercio.

Ahora bien, cabe realizar una precisión adicional en relación a la eventual enajenación del perfil comercial de Instagram entendido, claro está, como un establecimiento de comercio. Sobre el particular, los términos y condiciones de uso de dichos perfiles contemplan: (i) una prohibición respecto de la venta o adquisición de cuentas de Instagram y/o los datos recopilados a través de estas; y (ii) en todo caso, disponen que los derechos conferidos al titular de la cuenta no podrán ser transferidos a un tercero salvo que Instagram otorgue su consentimiento respecto de dicha operación.

En virtud de lo anterior, incumplir dichas condiciones podría tener como consecuencia la suspensión o eliminación de la cuenta por parte de Instagram, considerando que los derechos de propiedad no recaen de manera exclusiva en el titular de la cuenta. Así pues, incluir los perfiles de Instagram en una eventual enajenación vinculada a un establecimiento de comercio es una operación que, en todo caso, no se encuentra exenta de riesgos, motivo por el cual consideramos que aún resulta imperante reevaluar la actualidad de dichas condiciones teniendo en cuenta la proliferación de perfiles de carácter comercial que existen en Instagram.

Ahora, en cuanto a los derechos de los consumidores que utilizan los establecimientos de comercio electrónico para adquirir bienes y servicios, vale la pena mencionar que a nuestro parecer, bajo el ordenamiento jurídico colombiano, estos se verían cobijados por el Estatuto del Consumidor, en la medida en que se entable una relación de consumo en los términos de dicha norma.

En efecto, la SIC ha establecido que “*los usuarios de plataformas de comercio electrónico (sea como comprador o vendedor) son consumidores de un servicio y en ese sentido, se encuentran amparados por los derechos del consumidor frente a la plataforma electrónica*”.⁵⁶ Consideramos que esta premisa es plenamente aplicable a los establecimientos de comercio estudiados en el presente artículo, en consideración a lo previamente analizado en acápite anteriores con relación a su naturaleza jurídica y el impacto del comercio electrónico.

Finalmente, como fue mencionado previamente, en los entornos digitales y de *s-commerce* alcanzar un mayor grado de reconocimiento y fidelidad del consumidor cobra aun más importancia. En efecto, consideramos que la clientela

56 Concepto No 21-171791 de 2021 [Superintendencia de Industria y Comercio].

y la reputación, como elementos del establecimiento de comercio, podrían ser protegidos mediante el derecho de la competencia de ataques de terceros que busquen afectar o aprovechar los frutos de los esfuerzos comerciales que ha efectuado establecimiento. Por otro lado, frente a eventualidades como suspensión de la cuenta, imitación del perfil, suplantación de identidad e infracciones a derechos de propiedad intelectual, Instagram tiene determinados mecanismos de denuncia y asistencia que permiten solucionar el inconveniente para proteger la clientela y reputación del establecimiento.

CONCLUSIONES

La era digital ha revolucionado el comercio a través de nuevas plataformas, redefiniendo la promoción y venta de productos y servicios. En este contexto, exploramos cómo el concepto de establecimiento de comercio se adapta a perfiles de Instagram destinados a la comercialización de bienes. Observamos que el establecimiento de comercio es una entidad jurídica compuesta por bienes tangibles e intangibles, definidos por el empresario y distinguido de la empresa y del local comercial. Además, destacamos que el empresario puede optar por no seguir ciertas disposiciones legales.

Al estudiar las redes sociales, reconocemos su papel como plataformas para la interacción cercana entre usuarios, lo que facilita la construcción de comunidades. Dada su capacidad para promover productos, actividades comerciales y facilitar transacciones, las redes sociales se perfilan como espacios ideales para el comercio, dando lugar al surgimiento del “social commerce” como una evolución del comercio electrónico.

La introducción de la tecnología en el comercio está transformando las nociones tradicionales, dando lugar al establecimiento de comercio electrónico, que extiende los principios del establecimiento de comercio a la esfera digital. Respecto a los perfiles de Instagram, concluimos que podrían considerarse como establecimientos de comercio, ya que son conjuntos de bienes organizados por el empresario para sus fines mercantiles, aunque esta inclusión depende de la decisión del empresario.

En última instancia, subrayamos la importancia de adaptar conceptos legales tradicionales para abordar los desafíos planteados por la transformación digital, como el comercio social, ya que estos cambios tienen impactos significativos tanto en el ámbito jurídico como en las interacciones sociales de las personas. Es fundamental avanzar en la legislación y la conceptualización para adecuarse a estas nuevas realidades.

REFERENCIAS

- Cámara Colombiana de Comercio Electrónico. *INFORME DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN 2021*. (2021). (Consultado en https://www.ccce.org.co/gestion_gremial/informe-del-comercio-electronico-en-el-segundo-trimestre-de-2021).
- Cámara de Regulación de Comunicaciones. *El Comercio Electrónico en Colombia*. (Consultado en https://www.crcm.gov.co/system/files/Biblioteca%20Virtual/El%20comercio%20electr%C3%B3nico%20en%20Colombia.%20An%C3%A1lisis%20y%20perspectiva%20regulatoria/234-comelecpd_0.pdf).
- Código de Comercio Colombiano (CCo). Decreto 410 de 1971. Arts. 25, 515, 516, 517. Marzo 27 de 1971 (Colombia).
- Concepto No 15129532 del 14 de julio de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio].
- Concepto No 21-171791 de 8 de junio de 2021 [Superintendencia de Industria y Comercio].
- Condiciones de uso https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES (2022).
- Consigue más clientes con los anuncios de Instagram https://business.instagram.com/?locale=es_ES&content_id=yjpdMFtGGcMV5oR&ref=sem_smb&utm_term=aud-1392154218209%3Adsa-1878220726445&gclid=CjwKCAjwkNOpBhBEEiwAb3M-vvW4zOnAWMpghg6U4ji8f_BaQ50lqA9avrISqX_-2R6UF4D3DAh0VGRoCceKYQAvD_BwE (2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-1147 del 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ; 31 de octubre del 2001.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1996-09616, M.P. Arturo Solarte Rodríguez; 18 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia AC1526-2020, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 21 de julio de 2020.
- Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. 14 de septiembre de 2000.
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (versión 23 en línea. Consultada en <https://dpej.rae.es/lema/red-social>).
- González, Juan L. & Alemán, Gustavo C. *Los Signos Mercantiles Distintivos del Empresario, la Empresa y el Establecimiento de Comercio: Visión Crítica de su Relación*, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 19 (2003).
- Herrera, Harold H. Las Redes Sociales: Una nueva herramienta de difusión. 91(2) *Revista Reflexiones*. (2012). https://www.ccce.org.co/gestion_gremial/informe-del-comercio-electronico-en-2022-y-perspectivas-2023/ (2023).
- Huang, Z., & Benyoucef, M. *From e-commerce to social commerce: A close look at design features*. *Electronic Commerce Research*. 12(4) (2013).
- *INFORME DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN 2021*. (2021). (Consultado en https://www.ccce.org.co/gestion_gremial/informe-del-comercio-electronico-en-el-segundo-trimestre-de-2021) (2021).
- *INFORME DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN 2022 Y PERSPECTIVAS EN 2023*.
- Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. 28 de enero de 1982. D.O. No. 35.949.

- Madrigal, Cristina. *Instagram como herramienta de comunicación publicitaria: el caso de Made With Lof*. Universidad de Sevilla. Departamento de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Literatura. 70. (2015).
- Miranda Serrano, Luis. *Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica, Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. Ed. La Ley, 582. (2001).
- OCDE. *Electronic and Mobile Commerce. OECD Digital Economy Papers. Organization for Economic Cooperation and Development*. No. 228. (2013). (Consultada en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IE/IIS\(2012\)1/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IE/IIS(2012)1/FINAL&docLanguage=en)).
- Oficio 220-081958 del 18 de abril de 2017 [Superintendencia de Sociedades].
- OMC. (s.f). *Organización Mundial del Comercio*. (Consultado en Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/wto_dg_stat_s.htm).
- Peña Valenzuela, Daniel. *Aspectos Legales de Internet y del comercio electrónico*. Ed. Dupre. (2000).
- Radicado 16-171297- -00001-0000 del 9 de agosto de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio].
- Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 23.^a ed., (versión 23.6 en línea). Consultada en <https://dle.rae.es>
- Restrepo, Diana M. y Dovale, Carlos F. Superintendencia de Industria y Comercio. *Estudios de Mercado. Comercio Electrónico en Colombia*. 36.
- Serna, Juliana & Cardona, Laura. *El Comercio Electrónico y las Transacciones Comerciales por medio de la Plataforma Digital Instagram. Universidad EAFIT de Colombia*. 83. (2022).
- *Social Commerce, la preferencia de los consumidores al realizar sus compras online*. Consultado en <https://keyrus.com/latam/es/insights/social-commerce-la-preferencia-de-los-consumidores-al-realizar-sus-compras>). (2022).
- Vaquero Baena, Adrián. *Redes Sociales en Comercio Electrónico y los nuevos medios digitales como el móvil y la TV interactiva*. Universidad de Valladolid (2021).
- Vargas, Iván. *Los activos de propiedad intelectual como bienes organizados del establecimiento de comercio virtual en Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*. M. Vaquero-Pinto & A. Ávila de la Torre, Eds., Salamanca: Universidad de Salamanca (2018).