

La aparente competencia desleal generada por las economías colaborativas al contravenir una norma jurídica

Pamela Ríos López¹.

Resumen

El siguiente artículo analiza la relación jurídica entre la competencia generada por las economías colaborativas y la concurrencia al mercado de agentes contraviniendo normas jurídicas. El propósito del texto es confrontar el régimen de competencia desleal y el mercado de economía colaborativa desde una perspectiva de intervención del Estado, en relación con el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en Colombia.

Palabras clave: competencia desleal, economías colaborativas, buena fe comercial, violación de normas jurídicas.

Abstract:

This article analyzes the legal relationship between collaborative economy and unfair competition, in order to derive an assessment of their relationship and identify the cause of the difficulties caused by the regulation of unfair competition to achieve a full development of collaborative economies as a rising reality in the market. This, allows to reconcile alternative solutions to the aforementioned problem, in which guarantees are achieved for the coexistence of the aforementioned institutes.

Keywords: unfair competition, collaborative economies, commercial good faith, violation of legal norms.

¹ Maestría en Derecho Empresarial (2019-2020), Pontificia Universidad Javeriana. Abogado y especialista en derecho administrativo de la Universidad Libre, Pereira, Colombia. Contacto: pamerios4@hotmail.com.

Sumario: Introducción. I. La frontera entre la competencia generada por las economías colaborativas y la concurrencia al mercado contraviniendo una norma jurídica. II. La competencia desleal. III. La competencia desleal como obstáculo en el desarrollo de las economías colaborativas.

Introducción

El proceso de creación destructiva² implica que una innovación conlleva una estela de destrucción a su paso. De igual forma, este proceso genera tanto ganadores como perdedores, los cuales se convertirán en grupos de interés y de presión. Las innovaciones ejercen presión al *statu quo* institucional, particularmente, al marco regulatorio en muchos mercados, de manera que las nuevas formas de acceder al mercado desdibujan antiguas formas regulatorias que podrían llegar a considerarse barreras de competencia en el mercado, siendo este el caso de las economías colaborativas.

El presente artículo centra su análisis en la frontera que existe entre la competencia generada por las economías colaborativas y la concurrencia al mercado contraviniendo una norma jurídica. Particularmente, se observa el mercado del transporte público individual de pasajeros (Ley 769 de 2002), a partir del funcionamiento de plataformas tecnológicas en el mercado internacional (e.g., UBER, LYFT, CAREEM, GETT, DIDI, CHUXING, entre otras) y su posterior participación en el mercado nacional (i.e., UBER, DIDI CHUXING y TAPPSI). La problemática que se pretende analizar se relaciona con el hecho de que las fronteras del mercado del servicio público de transporte individual de pasajeros fueron franqueadas. Esto generó competencia de nuevos agentes económicos, debido a que compañías tecnológicas a través de aplicaciones permitieron la coordinación de propietarios de carros particulares que estaban dispuestos a participar en el

² Morro, J. (2019) La destrucción creadora de Schumpeter. Su significado histórico y su proyección actual. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. P. 7

transporte al público de una forma más flexible y sin la necesidad de pasar por la regulación y coordinación del Estado en el mercado del citado servicio. Además, todo esto ocurrió en un sector hiperregulado, donde se sacrifica la competencia en beneficio de brindar condiciones de seguridad al consumidor y proveer un precio uniforme que garantice una estabilidad para el sector.

La hiperregulación existente para el ejercicio de la actividad de transporte público individual de pasajeros en Colombia genera desventajas competitivas para los agentes que prestan el citado servicio, debido a los mayores costos de operación representados en el pago de las pólizas de seguros, tarjeta de operación, impuesto de circulación, cambio de tarifa, calibración del taxímetro, revisión técnico mecánica, seguridad social y prestaciones sociales; motivo por el cual la clave para la solución a la problemática generada por los nuevos competidores debe estar guiada por la desregularización parcial de la citada actividad comercial, en aras de brindar una mejor posición competitiva a los agentes que ejercen la actividad comercial.

El principal argumento del presente artículo es que ante la inactividad y desidia del Congreso por regular - conforme su función principal (Art. 150 No. 1³) - nuevos escenarios de competencia en el mercado de transporte público individual de pasajeros y adaptar la regulación a esta nueva realidad en busca del bien común, se permite que algunas fuerzas del mercado utilicen el sistema legal como un mecanismo de barrera de entrada al mismo. Por ejemplo, en el caso de COTECH S.A. en contra de UBER BV, UBER Technologies INC. y UBER Colombia S.A.S presentado ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en diciembre de 2019 enseña las dificultades que genera la hiperregulación en el sector del servicio de transporte público terrestre individual de pasajeros en Colombia (Ley 769 de 2002).

En la decisión judicial citada, la SIC declaró que las empresas UBER BV, UBER Technologies INC. y UBER Colombia S.A.S., incurrieron en actos de competencia desleal. Esto se reflejó en

³ Numeral 1, artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

acciones como la desviación de clientela y la violación de normas, conforme a lo contemplado en los artículos 8 y 18 de la Ley 256 de 1996. De igual forma, esto evidencia la incompatibilidad que surge del propósito de lograr el pleno desarrollo de las economías colaborativas para la prestación del servicio de transporte individual de pasajeros en el marco de la legislación vigente.

En esa misma línea, resulta importante decir que el servicio de transporte individual de pasajeros es un mercado proclive a ser capturado por grupos de interés que en muchos casos cabildean por un beneficio para el grupo y en otras ocasiones buscan defender beneficios previamente concedidos,⁴ dicho en otras palabras, el mercado de servicio de transporte individual de pasajeros es un mercado proclive al proceso de captura y caracterizado por una hiperregulación promovida por un gremio influyente que impide que otros agentes puedan incursionar en el mercado, lo cual ha sido contraproducente para sus intereses como se evidencia a partir del crecimiento en la utilización de las plataformas tecnológicas que ofertan el servicio de transporte individual de pasajeros. Lo expuesto debe invitar a la intervención del Estado en el mercado, con el objetivo de minimizar la regulación que impide el acceso a la aludida actividad comercial, en aras de promover un mercado más competitivo; en especial para los agentes que ofrecen el servicio de taxi.

El Congreso de la República de Colombia, ha tramitado en reiteradas ocasiones proyectos de ley de diversa naturaleza, con el propósito de solventar las dificultades presentadas para la prestación de servicio público de transporte individual de pasajeros en plataformas como UBER, DIDI CHUXING y TAPPSI. No obstante, la mayoría de intentos de regulación fracasan debido a que pretenden conducir a las citadas plataformas a ejercer la actividad en el marco de la regulación existente. Se exceptúan los proyectos de ley presentados por Mauricio Toro del Partido Verde y Carlos Acosta del Partido Colombia Justa y Libres⁵, los cuales fijaron su objetivo en la

⁴ Krueger, A. "Fallas del gobierno en el desarrollo", *Criterio Jurídico* 12, 1, 2012, pp. 215-240.

⁵ 06 de enero de 2021. Dinero. Lugar de publicación: Revista Dinero. <https://www.dinero.com/pais/articulo/los-proyectos-de-ley-para-regular-las-plataformas-digitales/294772>

desregularización parcial del citado servicio, en aspectos como: las tarjetas de operación, los impuestos de circulación, calibración del taxímetro, entre otros.

En conclusión, a partir de lo expuesto en el artículo es posible establecer que la regulación en materia de competencia desleal continúa siendo un instrumento importante para generar plenas garantías a quienes intervienen en las dinámicas del mercado. Además, este tipo de regulación no se presenta como un obstáculo para las economías colaborativas. Por el contrario, la dificultad surge en la excesiva regulación existente para la prestación del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en Colombia, lo cual causa desventaja en la posición competitiva de los agentes que ejercen su actividad en el marco de las economías clásicas.

En ese orden de ideas, el presente artículo pretende establecer la frontera entre la competencia generada por las economías colaborativas y la concurrencia al mercado contraviniendo una norma jurídica. Determinar los alcances conceptuales de la figura de la competencia desleal. Finalmente, Evaluar y discutir sobre la figura de la competencia desleal como obstáculo para lograr un pleno desarrollo de las economías colaborativas, en aras de estructurar alternativas de solución a la citada problemática.

Capítulo Primero. La frontera entre la competencia generada por las economías colaborativas y la concurrencia al mercado contraviniendo una norma jurídica

En el presente capítulo se pretende establecer la frontera entre la competencia generada por las economías colaborativas y la concurrencia al mercado contraviniendo una norma jurídica. En relación con el citado objetivo se debe empezar aduciendo que las dinámicas económicas se encuentran en continua transformación como consecuencia de algunos fenómenos de carácter político y social, los cuales establecen la manera como se desenvuelve el mercado. En ese orden de ideas, los competidores que no tienen la capacidad de innovar, de acuerdo con las dinámicas

citadas, desaparecen del mercado. Estas situaciones permiten guardar vigencia exclusivamente a los competidores que se adapten a las nuevas realidades.

El fenómeno de la masificación en el uso de las herramientas tecnológicas ha permitido el fortalecimiento de las economías colaborativas, debido a que facilitan la conexión de agentes del mercado. Así mismo, han permitido superar la tramitología estatal y los intermediarios de la relación comercial. Como lo expone Perea (2017), tal planteamiento revierte en mayor eficiencia para el activo que es objeto de la transacción y favorece al consumidor final.

En ese orden de ideas, es posible aducir que las economías colaborativas son un modelo alternativo de la manera como se relacionan la oferta y la demanda, entre agentes que se encuentran en igualdad de condiciones y a través de plataformas digitales. En palabras de Rodríguez (2017), este proceso genera un aprovechamiento eficiente de los recursos. Igualmente, se mejora la posición competitiva para el competidor y se crean condiciones más aptas para el consumidor final, a partir de la reducción en los denominados costos de transacción.

Un planteamiento similar es presentado por Ossa (2017), quien en torno al concepto de economías colaborativas señala:

Tal es el caso de las economías colaborativas, esto es, aquellas nuevas formas de asociación de individuos conectados entre sí, que crean, distribuyen y consumen bienes y servicios sin necesidad de intermediarios. Esta realidad es algo que golpea directamente la concepción tradicional de producción de bienes y la prestación de servicios, lo cual a su vez, en aquellos mercados sujetos a regulación, hace necesario cambiar la forma como vemos la regulación, porque estas economías colaborativas no encuadran en los esquemas tradicionales, lo que hace que siempre las veamos como transgresiones a la ley. (p. 4)

A partir de los argumentos expuestos, se colige que el elemento que genera una mejor posición a los competidores que se encuentran en el marco de las economías colaborativas; en especial, en

lo relacionado con el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros, es la posibilidad de evadir las cargas transaccionales contempladas en el sistema normativo. Esto deriva en la posibilidad de prestar un servicio idéntico, pero a un menor costo, de manera que se relegan a los competidores que ejercen esta actividad comercial.

Una evidencia de lo antes descrito es el crecimiento exponencial de las economías colaborativas en el servicio de transporte individual de pasajeros. A nivel del mercado internacional esto ocurre a través de la utilización de plataformas tecnológicas como UBER, LYFT, CAREEM, GETT y DIDI CHUXING. En el mercado nacional se evidencia a partir del uso de las plataformas UBER, DIDI CHUXING y TAPPSI. Estas plataformas han irrumpido en la concepción y el desarrollo tradicional, especialmente en relación con el servicio público individual de pasajeros en Colombia. Así mismo, esto ha generado que los participantes de las economías clásicas compitan en desigualdad de condiciones, debido a la hiperregulación de la actividad económica que ejercen.

Adicionalmente, lo descrito pone de manifiesto los alcances que ha intentado brindar la doctrina nacional y foránea a las economías colaborativas. Así mismo, esto muestra las dificultades que se pueden suscitar en su desarrollo, en aras de acudir a analizar el tratamiento que le otorga la jurisprudencia nacional, para finalmente realizar la valoración de las dificultades encontradas y el planteamiento de alternativas de solución.

La regulación del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en Colombia

El servicio de transporte terrestre individual de pasajeros es una actividad comercial altamente regulada por el Estado y constituye una excepción al principio de libre competencia⁶ en Colombia,

⁶ Conforme la Sentencia C-228 de 2010 la libre competencia se presenta “[c]uando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita...][...el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas...”

particularmente, al no ser un mercado en donde se permita la libre entrada de oferentes y que estos puedan determinar de forma libre el precio del servicio de transporte, prueba de lo descrito es la regulación establecida por las dinámicas del mercado que impide el libre ingreso de los competidores al establecer cupos para prestar el servicio y la determinación por parte de autoridades municipales y distritales del precio del servicio.⁷

Las citadas circunstancias y las que se evidenciarán a continuación son la principal restricción para poder participar en el mercado de forma legal. La dificultad, es que el agente que participa en el mercado se queda en la ilegalidad. Tal participación de agentes en el marco de la ilegalidad se ve perturbada por la trasgresión de las normas jurídicas que regulan la actividad pero no se extingue; por el contrario, termina afectando la posición competitiva de los agentes que prestan el servicio a través de la modalidad tipo taxi.

En aras de develar un ápice de la hiperregulación de la cual es objeto el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en Colombia, se torna necesario profundizar en los alcances del Decreto 1047 de 2014, por medio del cual se regula la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social de los conductores del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en vehículos tipo taxi y se reglamentan algunos aspectos del servicio para su operatividad, sin que ello signifique que es la única norma jurídica que regula la materia.

Las obligaciones que se proponen en el presente análisis, prueban como la hiperregulación de una actividad económica como el servicio público de transporte terrestre de pasajeros en vehículos tipo taxi, termina por constituir un obstáculo a la posición competitiva de los agentes en el marco de las

⁷ Véase para más información la Ley 336 de 1996 (art. 30), Decreto 80 de 1987, Decreto 588 de 1978, Decreto 2660 de 1998, Decreto 1079 de 2015 y Resolución 392 de 1999, entre otras.

economías clásicas, sometiéndolos al riesgo de extinción al momento de competir con agentes que prestan el citado servicio dentro de las denominadas economías colaborativas.

La primera carga que señala la aludida norma jurídica es la obligación de afiliar al conductor del vehículo al Sistema Integral de Seguridad Social, en calidad de cotizante y prohibiendo la operación a los conductores que no se encuentren activos en los sistemas de pensiones, salud y riesgos laborales. La liquidación mensual por el citado concepto sobre un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021 asciende a la suma de doscientos sesenta y tres mil ochocientos pesos m/cte (\$263.800.00), costo en el cual en principio el agente que presta el servicio de transporte individual de pasajeros dentro de las economías colaborativas no se ve obligado a incurrir.

La segunda carga es la contemplada en el artículo 7° del Decreto 1047 de 2014, por medio de la cual se adiciona el artículo 58A al Decreto 172 de 2001, respecto a la obligación de las empresas de servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, de adquirir una póliza de accidentes personales que ampare a los conductores. La aludida exigencia para la prestación del servicio de transporte individual de pasajeros en plataformas UBER, DIDI CHUXING y TAPPSI se limita a ser una facultad del propietario del vehículo.

La tercera carga que se evidencia es la intervención de las autoridades de transporte municipales, distritales o metropolitanas en la actualización anual de costos para la fijación de las tarifas del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, siguiendo la metodología establecida por el Ministerio de Transporte mediante la Resolución 4350 de 1998, modificada por la Resolución 392 de 1999, sobre lo cual los conductores y propietarios poseen mayor discrecionalidad en la prestación del servicio en las denominadas economías colaborativas.

La cuarta carga develada es la contemplada en el artículo 1 del Decreto 80 de 1987, por medio la cual se asigna la competencia a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, para:

“a) Otorgar, negar, modificar, revocar, cancelar y declarar la caducidad de licencias sobre asignación de rutas y horarios para la prestación del servicio de transporte terrestre urbano, suburbano, de pasajeros y mixtos. Las actuaciones administrativas que se adelanten con el objeto de conceder los permisos a que hace referencia este artículo, se regirán conforme a lo establecido por las disposiciones vigentes.

b) Otorgar, negar, modificar, revocar y cancelar las licencias de funcionamiento a las empresas de transporte público urbano y suburbano, de pasajeros y mixto.

c) Fijar con sujeción a las normas contenidas en el Decreto 588 de 1978, las tarifas del transporte terrestre urbano y suburbano, de pasajeros y mixto, cuando no sea subsidiado por el Estado.

d) Racionalizar el uso de las vías municipales en los respectivos municipios y en el Distrito Especial de Bogotá, y como consecuencia: i) Otorgar, negar, modificar, revocar y cancelar las autorizaciones para los recorridos urbanos que deben cumplir las empresas que prestan servicios intermunicipales de transporte de pasajeros en cada municipio y en el Distrito Especial de Bogotá; ii) Propender por la adecuación y restablecimiento de vías de acceso y salida de los terminales de transporte terrestre y adoptar las medidas necesarias para asignar la localización adecuada de las empresas transportadoras, y iii) adecuar la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano de conformidad con las necesidades de la vida municipal.

e) Sancionar a quienes infrinjan el Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor.

f) Expedir la tarjeta de operación para los vehículos de servicio público en las modalidades de urbano y suburbano de pasajeros y mixto.

g) Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público del transporte en el territorio de su jurisdicción y expedir las autorizaciones de que tratan las distintas normas fijadas al respecto por la junta directiva del Intra y el Gobierno

h) Fijar la capacidad transportadora de las empresas de transporte público, urbano y suburbano, de pasajeros y mixtos, en el territorio de su jurisdicción.

i) Autorizar la constitución de personas jurídicas que tengan por objeto la prestación de servicio de transporte público, urbano y suburbano, de pasajeros y mixto, en el territorio de su jurisdicción de acuerdo a lo establecido en el parágrafo del artículo 983 del Código de Comercio.

j) Fijar los derechos por los servicios de que trata este Decreto.”

Otras normas jurídicas que regulan el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros, son: (I) El artículo 1 del Decreto 392 de 1999, contempla la unificación del período para el pago del impuesto vehicular y el período de vigencia del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, lo cual se debe atender para la operación del servicio de transporte individual de pasajeros. (II) El Decreto 2660 de 1998, establece los criterios para la fijación de tarifas para la operación del servicio de transporte público municipal, distrital y/o metropolitano de pasajeros. (III) El Decreto 1079 de 2015, contempla entre otras cargas para la prestación del servicio de transporte individual de pasajeros las estipuladas en los artículos 2.2.1.1.5.1. y 2.2.1.1.5.1., las cuales se relacionan con el radio de acción de las empresas que se habiliten en virtud de esta disposición será de carácter metropolitano, distrital o municipal; y la sujeción de prestación de este servicio público a la expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión o de operación suscrito por la autoridad competente.

A pesar de lo descrito, la regulación de la actividad del transporte individual de pasajeros en Colombia no se agota en las normas jurídicas propuestas, la pretensión es presentar ejemplos sobre como la regulación en torno al citado servicio en el marco de las economías clásicas colocan al agente en una posición competitiva desfavorable en relación con los agentes que ejercen la actividad en el marco de las economías colaborativas. En el asunto sugerido existe dispersión de normas jurídicas de diferente nivel jerárquico que regulan asuntos como la tarjeta de operación, las pólizas todo riesgo, entre otros requisitos para el ejercicio de la aludida actividad comercial.

En conclusión, la problemática en torno a las dificultades que ha tenido el desarrollo del servicio de transporte individual de pasajeros en Colombia dentro de las economías colaborativas, no obedece en estricto sentido al régimen de competencia desleal sino a la hiperregularización de la cual es objeto la citada actividad. En ese orden de ideas, la solución a la problemática se podría

analizar a partir de tal enfoque al flexibilizar la normatividad en la materia, tendiente a hacer más competitivos a los agentes que ejercer la actividad dentro de las economías clásicas.

Las Economías Colaborativas en Colombia

Los pronunciamientos de la jurisprudencia colombiana en torno a las economías colaborativas son limitados conceptualmente. Ejemplo de lo señalado es la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC. En dicha sentencia se declara la comisión de actos de competencia desleal por la desviación de clientela y la violación de normas, conforme a lo contemplado en los artículos 8 y 18 de la Ley 256 de 1996. En consecuencia, se ordena cesar la utilización de contenidos, acceso y prestación de servicios de transporte individual de pasajeros en las modalidades de Uber, Uber X y Uber VAN. No obstante, no se referencia con precisión los alcances de la aludida figura.

La SIC, como autoridad competente para avocar el conocimiento y decisión de ese tipo de asuntos, publicó en el año 2018 un informe denominado *Regulación y competencia en economías colaborativas*. En dicho informe se abordó *in extenso* los alcances de la figura aludida. Por este motivo, el presente texto debe considerar el informe de la SIC, ya que genera claridad sobre el entendimiento que posee el órgano jurisdiccional sobre el citado tema.

El informe de la SIC (2018) parte del concepto propuesto por Bostman y Rogers (2010), para quienes la economía colaborativa es “un sistema económico basado en el uso compartido de bienes o servicios infrautilizados, de forma gratuita o mediando un precio, directamente por particulares” (p. 7). Dicho documento termina con el planteamiento de las características propias de la economía colaborativa, la cual se encuentra estructurada sobre cuatro pilares que son de gran importancia a la hora de realizar un análisis legal respecto a este modelo. Dentro de las características planteadas por la SIC (2018) se encuentran:

- Tener presente que las prácticas que se puedan desarrollar en estos modelos conducen al uso o utilización de bienes y servicios compartidos.
- La presencia de una plataforma tecnológica para una intermediación entre oferentes de bienes y servicios y los usuarios.
- El objetivo de estos modelos es el aprovechamiento de bienes y servicios a través del uso compartido (p. 7)

En torno al órgano jurisdiccional competente para los asuntos objeto de investigación, lo anterior muestra que, aunque en sus sentencia no se evidencia una conceptualización precisa de qué se debe entender por economías colaborativas, los informes técnicos sí permiten plantearlo. En este sentido, al partir de fuentes doctrinales el órgano ha construido los alcances de la citada figura con una coherencia lógica y argumentativa muy sólida.

En síntesis, la SIC plantea una posición similar en torno a los alcances de las economías colaborativas, en relación con las conclusiones arrojadas en el análisis desarrollado frente a aspectos doctrinales. En este sentido, es posible comprender que las características estructurales son: (a) la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación como instrumento de contacto entre oferentes y consumidores; (b) la superación de los intermediarios en la práctica transaccional; y (c) la reducción de los costos de transacción del negocio jurídico, lo cual beneficia al consumidor final al pagar un menor valor por el bien o servicio.

Así, es posible afirmar que, a partir de las características propuestas, las economías colaborativas obedecen a dinámicas de producción, comercio y consumo renovadas. Esto cambia sustancialmente el modo de relacionamiento entre el consumidor y el productor, dinámica que extralimita la regulación del mercado existente hasta la fecha.

Es en el anterior punto donde radica el principal problema del tratamiento que han pretendido brindar los estados al tema. De esta manera, hay una renuencia a aceptar el hecho de que las

economías colaborativas obedecen a una nueva realidad del mercado. Por esta razón, es equivocado e impropio tratar este tipo de economía a partir de la normatividad existente, debido que las normas jurídicas atienden a una realidad del mercado diferente.

De esta forma, se resalta la importancia de comprender, desde la doctrina y la jurisprudencia, los alcances de la figura de las economías colaborativas y las diferencias sustanciales con otro tipo de dinámicas económicas, lo cual fue el objetivo del presente capítulo. A partir de ello, se procede con el análisis de la competencia desleal y el análisis de cómo las normas jurídicas existentes en el contexto colombiano terminan por constituir un obstáculo para alcanzar el pleno desarrollo de las economías colaborativas. Esto último se relaciona con el hecho de que la naturaleza del citado tipo de economía se encuentra expresamente prohibido en la regulación nacional.

Conclusiones

A partir de lo expuesto en este apartado es viable plantear tres conclusiones puntuales, que permitan generar plena comprensión por parte del lector.

En primer lugar, las características esenciales de las economías colaborativas se pueden resumir en la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, como instrumento de contacto entre oferentes y consumidores. De igual forma este concepto de economía se relaciona con la superación de los intermediarios en la práctica transaccional y la reducción de los costos de transacción del negocio jurídico, lo cual beneficia al consumidor final, quien paga un menor valor por el bien o servicio.

En segundo lugar, se observa que las economías colaborativas obedecen a un paradigma del mercado sustancialmente diferente a las dinámicas del mercado tradicional. Esto se debe a que este tipo de economía tiene la posibilidad de reducir los intermediarios en la relación comercial, al tiempo que reduce los costos de transacción. Estas características le permiten a un competidor ofertar los bienes y servicios a menor costo, en comparación con el competidor de las economías

clásicas. De esta manera, se asegura el crecimiento exponencial de las primeras y la reducción sustancial de las segundas, de manera que se crea una nueva realidad en las dinámicas del mercado y en la forma de abordarlo.

En tercer lugar, se evidencia que la principal dificultad de los estados en torno al abordaje del servicio público de transporte individual de pasajeros ofertado a través de plataformas digitales, radica en el hecho de intentar ajustar las nuevas realidades económicas a la regulación de realidades con características diferentes. Esto conduce a la inoperancia de las medidas administrativas adoptadas por los gobiernos.

Capítulo Segundo. La Competencia Desleal

La legislación de competencia desleal constituye un principio de corrección en el tráfico jurídico, porque impone a quienes participan en el mercado la obligación de actuar correctamente, para que el sistema competitivo pueda actuar de manera adecuada, beneficiando así a todos los que participan en él. (p. 37).

Entonces, en aras de establecer una relación entre las economías colaborativas y la competencia desleal, es posible acudir (en primera medida) al artículo 7 de la Ley 256 de 1996. Dicho artículo establece *in extenso* la obligación de los participantes en el mercado de respetar el principio de buena fe comercial, en todas sus actuaciones. Igualmente, dicho texto prohíbe a los competidores actuar de forma contraria a las sanas costumbres, a la buena fe y a la utilización deshonestas en materia industrial o comercial.

La norma jurídica citada precisa algunos presupuestos sobre los cuales se incurre en conductas de competencia desleal. En ese orden de ideas, es posible aseverar que no todos los supuestos planteados en la Ley 256 de 1996 constituyen un obstáculo para lograr el pleno desarrollo de las economías colaborativas. De esta forma, se torna necesario limitar el análisis a lo contemplado en el artículo 18 de dicha norma, el cual precisa que “se considera desleal la efectiva realización en el

mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja debe ser significativa”.

Así mismo, es posible plantear que independientemente del medio utilizado para ofertar los bienes y servicios, el competidor puede incurrir en actos de confusión, engaño, descrédito, comparación, imitación, entre otros contemplados en la Ley 256 de 1996. No obstante, el factor que distingue la competencia entre las economías clásicas y las economías colaborativas es que a estas últimas les es posible reducir los costos de transacción a partir de la infracción de las normas jurídicas que regulan determinados sectores económicos.

La competencia es el ejercicio propio y legítimo de las dinámicas del mercado, que tiene el objetivo de persuadir al cliente de que un determinado competidor ofrece las condiciones más adecuadas para adquirir un bien o servicio. Por este motivo, en principio la competencia es beneficiosa para las partes intervinientes en el mercado, ya que garantiza la libertad económica a los oferentes y precios más justos a los consumidores finales.

La competencia permite al consumidor final adquirir el mejor bien y/o servicio al mejor precio posible. En ese orden de ideas, surge la necesidad de direccionar el análisis en torno a cómo se utilizan los mecanismos para competir, debido a que a partir de tal análisis es factible establecer la licitud o ilicitud en la conducta desplegada por el competidor. A modo de ejemplo, es posible plantear los siguientes casos: (a) un competidor que ofrece servicios adicionales (e.g., el domicilio) al bien ofertado, con el objetivo de crear un valor con el cual no cuentan sus competidores (competencia leal); y (b) un competidor que viola las normas jurídicas, con la pretensión de que el bien ofertado tenga un valor menor al de sus competidores (competencia desleal).

Así lo ha defendido Otamendi (1998) al afirmar “no es competencia desleal el captar el cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utilizan para captar ese cliente. Dicho autor también señala que “(...) cuando el

competidor para luchar por la clientela, comienza a apoyarse en su o sus competidores, sus esfuerzos o en sus productos o servicios entra en un terreno de la deslealtad” (Otamendi, 1998, p. 1).

Con el fin de ejemplificar lo descrito, es procedente tomar la sentencia de la SIC de diciembre de 2019, en contra las empresas UBER Colombia S.A.S., UBER Technologies INC. y UBER B.V. En dicha sentencia, la SIC señala que lo reprochable no es la utilización de las aplicaciones tecnológicas, sino el hecho que no se sujeten a las regulaciones. De acuerdo con el órgano, tal posición representaría sobreponer la neutralidad de la red (o el derecho de acceso a la tecnología) sobre los derechos de los ciudadanos, los cuales son el objeto de protección cuando se estructuran ese tipo de regulaciones. La siguiente cita evidencia dicha situación:

“Una aplicación tecnológica o que se diseñó una aplicación o que se ponga disposición de los usuarios eso no es lo que le ha reprochado aquí es más no es el hecho mismo de usar tecnología en el mercado lo que aquí se está reprocha lo que en realidad ocurre es que si se usa una tecnología para incursionar en un servicio que hace parte de un mercado regulado no se puede simplemente ignorar la regulación so pretexto ampararse en la neutralidad de la red o el derecho acceso a la tecnología no la regulación de aplicarse independientemente de los medios que se utilizan para la prestación del servicio para una neutralidad del derecho a la tecnología. (SIC, 2019.”

Lo descrito antes adquiere sentido al comprender que el bien jurídico que pretende proteger la competencia desleal es, precisamente, libre y leal competencia en las dinámicas del mercado. Esto permite garantizar la transparencia y la libertad económica. En ese orden de ideas, es posible deducir que se autoriza la utilización de los diversos medios para captar la clientela, sean estos de carácter tecnológico o no, siempre que se ajusten a las condiciones establecidas para cada sector económico (Jaekel y Montoya, 2013).

Al respecto, la Sentencia No. 001 del 19 de agosto de 2005, proferida por la SIC, establece:

La competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir, los cuales precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad del mercado, pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren, y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio.

Por otro lado, cuando se vulnera la lealtad (como bien jurídico protegido) se generan irrupciones en el mercado (e.g., segregación, inequidad e injusticia). Por este motivo, se torna necesaria la intervención del Estado, a través de acciones que permitan garantizar el goce efectivo de los derechos intrínsecos a la libre competencia comercial. Esto es especialmente relevante en lo relacionado con la lealtad y la buena fe, con lo cual se supera el antiquísimo paradigma en el que se arrogaba la capacidad del mercado para autorregularse (Silva, 2012).

Dentro de las acciones adoptadas por el Estado, se puede señalar las medidas de naturaleza administrativa, legislativa y judicial. Por este motivo el poder legislativo y el poder público pueden tramitar y aprobar una ley, por medio de la cual se contemplen los supuestos de hecho que permitan configurar los actos de competencia desleal, las autoridades competentes y las sanciones o reparaciones aplicables, de acuerdo con el caso concreto.

En ese orden de ideas, el régimen de libre competencia en el cual se contempla los actos de competencia desleal es un mecanismo de intervención del Estado para subsanar los actos de desviación de la clientela, la desorganización, la confusión, el engaño, el descredito, la comparación, la imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de los secretos, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas y los pactos desleales de exclusividad (Ley 256 de 1996).

Al respecto, Bercovitz (2018) afirma que:

Más allá del hecho de que en la sentencia de diciembre de 2019, la SIC haya aducido la configuración de las causales de desviación de clientela y violación de normas, conforme a lo contemplado en los artículos 8 y 18 de la Ley 256 de 1996; el factor central de valoración debe ser la infracción de las normas jurídicas que regulan cada materia. Esto se debe a que allí radica el factor diferencial de las economías colaborativas y el no entendimiento de las normas jurídicas. En la sentencia en cuestión, la SIC señala que:

Una aplicación tecnológica o que se diseñó una aplicación o que se ponga disposición de los usuarios eso no es lo que le ha reprochado aquí es más no es el hecho mismo de usar tecnología en el mercado lo que aquí se está reprocha lo que en realidad ocurre es que si se usa una tecnología para incursionar en un servicio que hace parte de un mercado regulado no se puede simplemente ignorar la regulación (...)

Hasta el momento se han planteado los elementos de interés en torno a la problemática objeto de abordaje del presente texto. Esto se hace bajo la consideración de que no se puede aducir que el régimen de la competencia desleal (en su integralidad) constituye un obstáculo para el desarrollo de las economías colaborativas, como es posible deducirlo desde el análisis jurídico y la utilidad del régimen aludido en las dinámicas comerciales. Por lo tanto, no resulta viable idear un escenario de no regulación del servicio de transporte individual de pasajeros en Colombia; en razón a que se terminaría tolerando todo tipo de conductas por parte de los diversos actores.

Para el Estado colombiano, lo reprochable jurídicamente no es la utilización de los medios tecnológicos o virtuales para la prestación de los diversos servicios y a través de las denominadas economías colaborativas. Lo que resulta reprochable es el hecho de que los competidores en este tipo de escenarios no se ajusten al cumplimiento de las normas jurídicas de cada uno de los sectores. Como ejemplo piénsese en el servicio de transporte de pasajeros, el de hotelería, entre otros.

Al respecto, Perea (2017) señala que “(...) en Colombia existe un tipo de competencia desleal denominado “violación de normas”, que reprocha la ventaja competitiva significativa obtenida por un competidor en el mercado mediante la infracción de una norma jurídica” (p. 22). Por medio de este criterio se pretende aducir que al oponerse al cumplimiento de las normas jurídicas para la prestación del servicio, los competidores emergentes de las economías colaborativas están incurriendo en actos de competencia desleal con los demás competidores.

Esto representa el núcleo del problema por el cual los estados, la sociedad y los actores económicos no han podido plantear una solución viable. De acuerdo con Perea (2017), al pretender solucionar las diferencias a través de mayor regulación del mercado se presenta un enfoque equivocado del problema. Por el contrario, las economías colaborativas están evidenciando *a priori* que algunas regulaciones, tales como la de la competencia desleal en determinados aspectos, no responde a las realidades actuales del mercado. Adicionalmente, dichas economías invitan a una reflexión sobre las posibles alternativas para que no exista un impedimento para dicho tipo de economías.

Sin lugar a duda, el panorama legal, jurisprudencial y doctrinal expuesto evidencia que mientras continúen existiendo ciertas regulaciones (e.g., artículo 18 de la Ley 256 de 1996) las economías colaborativas no van a tener un espacio dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Esto se debe a que dichas regulaciones constituyen un límite para las dinámicas propias del mercado. No obstante, no deja de ser paradójico que aunque las economías colaborativas (e.g., UBER y AIRBNB) son una realidad en crecimiento en la dinámica comercial en Colombia, tales legislaciones parecen inoperantes ante la realidad del mercado.

En mérito de lo expuesto, el presente ejercicio de investigación se enfrenta al compromiso de analizar los motivos por los cuales la competencia desleal puede constituir un obstáculo para lograr el pleno desarrollo de las economías colaborativas en Colombia. A partir de ello, se espera plantear

alternativas que permitan el ingreso de las economías colaborativas sin que existan ese tipo de impedimentos de orden legal, al tiempo que no se genere su desnaturalización. A continuación, se realiza un análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada, a la luz del artículo 18 de la Ley 256 de 1996

El artículo 18 de la Ley 256 de 1996, establece como acto de competencia desleal para el mercado en general y para el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en particular, la conducta por medio de la cual el agente trasgrede una norma jurídica con el objetivo de mejorar la posición competitiva frente a los demás competidores. En el caso de plataformas tecnológicas como UBER, DIDI CHUXING y TAPPSI, terminan prestando el servicio de transporte sin la intervención del Estado y en franco desconocimiento de la hiperregulación de la actividad.

En materia de telecomunicaciones se presentó el caso EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en contra de GRUPO TELEMANDO S.A el cual lo definió la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en octubre de 2009. En el aludido asunto se enseña que la citada causal de acto de competencia desleal se configura cuando la trasgresión a la norma jurídica deriva en la adquisición de una ventaja competitiva para una de estas. *“Así, en estricto sentido, la ley de competencia desleal no censura la mera infracción normativa, pues se hace necesario, en adición, acreditar que con ocasión de esa vulneración un participante en el mercado obtuvo un provecho que en condiciones regulares no hubiera logrado.”*⁸

Al profundizar sobre los alcances de la citada causal de competencia desleal, la jurisprudencia ha contemplado los siguientes cuatro requisitos previos a configuración: (I) La efectiva realización de

⁸ Sentencia NO. 012 del 20 de octubre de 2009. Superintendencia de Industria Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de 2009. Comercio de la República de Colombia.

una ventaja competitiva en el mercado. (II) La ventaja debe ser sobre los demás competidores. (III) La ventaja competitiva es adquirida mediante la infracción de una norma jurídica. (IV) La ventaja obtenida debe ser significativa.

La efectiva realización de una ventaja competitiva en el mercado del servicio de transporte individual de pasajeros en Colombia, surge del hecho de que las fronteras del citado servicio público fueron franqueadas, debido a que compañías tecnológicas a través de aplicaciones permitieron la coordinación de propietarios de carros particulares; lo cual aunado a la existencia de un sector hiperregulado, termina por sacrificar la competencia en beneficio de brindar condiciones de seguridad al consumidor y proveer un precio uniforme que garantice una estabilidad para el sector.

Las citadas circunstancias, permiten que los agentes que prestan el servicio de transporte individual de pasajeros utilizando plataformas tecnológicas como UBER, DIDI CHUXING y TAPPSI, generen ventaja sobre los demás competidores; en razón a que ofrece el servicio a un menor costo, por lo cual se encuentran en mejor posición competitiva. La citada ventaja competitiva se adquiere como consecuencia de la trasgresión de las diversas normas jurídicas que regulan la actividad de servicio de transporte individual de pasajeros tipo taxi; en especial las contempladas en el Decreto 1047 de 2014, Decreto 1079 de 2015, Decreto 172 de 2001, Decreto 80 de 1987, Decreto 392 de 1999, Decreto 2669 de 1998, entre otras, las cuales imponen una serie de cargas a los agentes.

Finalmente, establece la jurisprudencia desarrollada por la SIC que la ventaja obtenida debe ser significativa, lo cual en el caso concreto del servicio de transporte individual de pasajeros en Colombia se torna evidente cuando se ponderan las cargas que debe asumir un agente del servicio tipo taxi y un agente que utiliza plataformas digitales. Lo significativo de la ventaja obtenida se encuentra cifrado en la inexistencia de la obligación de incurrir en costos de aspectos como el cupo, la seguridad social, los seguros, los impuestos vehiculares, entre otros aspectos contemplados en

la regulación existente, lo cual genera la existencia de agentes compitiendo en el marco de la ilegalidad y de agentes en una posición competitiva desfavorable por la existencia de agentes que ofertan el servicio a un menor costo.

En conclusión, el presente acápite devela la necesidad de adentrarse en un análisis más allá de la estructura del régimen de competencia desleal; en especial del artículo 18 de la Ley 256 de 1996 que contempla la violación de normas jurídicas como causal para su configuración; en razón a que las problemáticas identificadas atienden al requerimiento de una regularización del servicio de transporte individual de pasajeros que obedezca a las dinámicas generadas con las plataformas tecnológicas y a la flexibilización de la regulación existente en la materia, con el objetivo de crear una buena posición competitiva a los agentes que prestan el servicio en la modalidad tipo taxi.

Conclusiones

A partir de lo expuesto anteriormente, es posible plantear dos conclusiones puntuales que permitan generar plena comprensión por parte de lector.

La primera consiste en que la competencia desleal no posee ninguna relación con los diversos medios de captación de clientela, por lo cual es factible acudir a los medios tradicionales o a los medios virtuales. El asunto de los intereses relacionados con el pluricitado régimen se vincula con el análisis del cómo se usan los medios para persuadir al cliente, respecto a la adquisición del bien o servicio. Esto se debe a que cuando el competidor se apoya en sus competidores, sus esfuerzos, sus productos o en la infracción de las normas jurídicas para lograr un menor precio incurre en el escenario de la competencia desleal.

La segunda conclusión implica que no todo el régimen de competencia desleal contemplado en la Ley 256 de 1996, constituye un obstáculo para lograr el pleno desarrollo de las economías colaborativas. En este sentido, más allá de que los análisis jurisprudenciales se hayan surtido en torno a las causas de la desviación de clientela y la infracción de las normas, la problemática surge

exclusivamente en relación con la hipótesis contemplada en el artículo 18 de la ley citada, en criterio de la autora. Esto ocurre como consecuencia de la desatención de las normas jurídicas y en razón a que su incumplimiento genera menores costos de transacción y mejor posición competitiva.

Capítulo Tercero. La Competencia Desleal Como Obstáculo Para el Desarrollo de las Economías Colaborativas

La Regulación Como Obstáculo para el Desarrollo de las Economías Colaborativas

El avance en las condiciones tecnológicas han promovido una nueva creación que ha permitido a los particulares poder participar del mercado del servicio de transporte individual de pasajeros a un menor coste que cuando se participa en el mercado con la intervención del Estado, motivo por el cual se debe propender por una regulación orientada a disminuir costos de transacción.

En ese orden de ideas, es posible plantear alternativas relacionadas con la depuración de la regulación existente y la estructuración de una regulación que atienda a los nuevas realidades del mercado de transportes terrestre individual de pasajeros. Esto permitirá generar condiciones más óptimas para los competidores de las economías clásicas y las colaborativas. No obstante, bajo ninguna circunstancia la refinación normativa implica la abolición de la regulación, so pena de enfrentar circunstancias muy perjudiciales.

En relación con ello, no resulta necesario eliminar el régimen de competencia desleal, lo cual generaría la exposición del mercado en escenarios de arbitrariedad, inequidad e injusticia. Tales escenarios imposibilitarían la intervención del Estado en el mercado, de manera que no podrá subsanar los desequilibrios económicos y sociales generados por tales dinámicas.

Por el contrario, la solución consiste en concebir el régimen de competencia desleal como un instrumento correctivo dentro del ordenamiento jurídico, por medio del cual se permite enmendar las inequidades derivadas de las dinámicas propias del mercado. Lo anterior conduce a superar la

concepción creciente de percibir este régimen jurídico como un obstáculo para el desarrollo de la economía en general, y de las colaborativas en particular.

A modo de ejemplo, piénsese en dos empresas cuya actividad económica es el servicio de transporte terrestre de pasajeros. En este marco, la empresa A atiende de forma debida y oportuna la carga tributaria, y se ve obligada a cobrar un mayor valor por el pasaje como consecuencia del incremento de los costos de transacción derivados del cumplimiento de las normas jurídicas. Por su parte, la empresa B, independiente de si utiliza o no elementos propios de las economías colaborativas, no atiende de forma debida y oportuna a la carga tributaria, por lo cual le es factible cobrar un menor valor por el pasaje. Esto es consecuencia de la disminución de los costos de transacción que se deriva del incumplimiento de las normas jurídicas.

El ejemplo planteado demuestra que el eje central del problema no es el hecho de que el régimen de competencia desleal constituya un obstáculo para el desarrollo de la economía colaborativa. Independientemente de si se está frente a las economías clásicas o a las economías colaborativas, lo que realmente reprocha el régimen de competencia desleal es el comportamiento del competidor que intenta generar una ventaja competitiva, en relación con el incumplimiento de las normas jurídicas.

A partir de lo anterior, como conclusión inicial se deriva la utilidad que representa un orden social y económico justo, ante el establecimiento y desarrollo de la competencia desleal. Esto es relevante para que los diferentes oferentes puedan participar en el mercado, se ofrezca el mejor bien o servicio al consumidor final (en relación con precio-calidad) y se generen los réditos de carácter tributario para el Estado, a partir de la existencia de una economía sólida.

Además, las economías colaborativas no pueden lograr su pleno desarrollo a partir de la trasgresión del régimen de competencia desleal, lo cual no representa un impedimento para que alcancen una mejor posición competitiva frente actores del mismo sector económico. Realizar un

planteamiento contrario representaría reevaluar la finalidad de la constitución del Estado y el eje central de la protección del estado social de derecho. Esto se debe a que dicho planteamiento implicaría relegar la garantía de derechos de la ciudadanía al segundo plano y no sería posible garantizar la solidez del sistema económico.

Sin embargo, se evidencia que la regulación concreta de determinadas actividades comerciales constituye un obstáculo para el desarrollo de la economía en general. Ejemplo de ello es el alto costo que representa: (a) la adquisición del cupo de taxi para poder ejercer la actividad económica de transporte individual de pasajeros; (b) las pólizas o seguros; y (c) la imposibilidad de habilitar las tarifas dinámicas para el servicio de taxi. Estas circunstancias terminarían por incrementar los costos de transacción en la prestación del servicio, por lo cual los relega en la relación competitiva.

En otras palabras, el obstáculo al pleno desarrollo de las economías colaborativas no se deriva de la naturaleza de este tipo de economías y del régimen de competencia desleal, sino de la regulación frente a cada actividad económica. Es en relación con ellas que surge la necesidad de depurar y flexibilizar normativamente, en atención a una nueva realidad del mercado que tiene por principio la desconcentración de los mecanismos de acceso a los potenciales clientes.

En esa línea expositiva, los diversos actores políticos, económicos y sociales se deben comprometer con las reformas normativas necesarias. Por su parte, los competidores de las economías colaborativas deben sujetarse a las normas jurídicas que resulten de la depuración normativa y al régimen de competencia desleal. Esto se hace so pena de continuar sometiendo la situación a un debate infructuoso y estéril, que termina por perpetuar la ilegalidad de los competidores de las economías colaborativas y someter a la extinción a los competidores de las economías clásicas, con las implicaciones de carácter económico y social que tengan lugar.

En conclusión, la regulación (como género) no constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las economías colaborativas. Esto se debe a que el régimen de competencia desleal es necesario

para el Estado, especialmente, por su calidad de instrumento correctivo frente a los desafueros de los competidores del mercado. No obstante, la regulación como especie (sobre todo cuando se analiza una actividad económica determinada) constituye un obstáculo para que los oferentes de las economías colaborativas atiendan sus obligaciones normativas, así como para que los oferentes de las economías clásicas reduzcan sus costos de transacción, en aras de tener una mejor posición competitiva.

Alternativas Para Superar los Obstáculos que Impone la Regulación

Al comprender que el exceso de regulación frente a determinadas actividades económicas es el obstáculo para lograr el pleno desarrollo de las economías colaborativas, surge la necesidad de plantear alternativas de solución a dicha problemática. En estas soluciones se debe contemplar la necesidad de desregularización parcial de la actividad económica concreta, como eje central con el propósito de permitir la competencia entre agentes del mercado y en vez de regulación que sean las normas de derecho de la competencia quienes regulen el funcionamiento del mercado y no la intervención del Estado. La postura citada se fundamenta en lo expuesto por Carlton y Picker (2006). Dichos autores establecen que la complementariedad entre la regulación y las normas de derecho de la competencia puede surgir de dos maneras: (a) las normas de derecho de la competencia puede utilizarse para que se autorregule los segmentos no reglamentados en una industria que se desreglamenta parcialmente, mientras que la regulación controla el resto; y (b) las normas de derecho de la competencia se debe utilizar como una forma de aplicar la reglamentación.

Ahora bien, en este punto del análisis es factible señalar que se superó la hipótesis que pretendía establecer a la competencia desleal como obstáculo al desarrollo de las economías colaborativas. Como se ha observado, el análisis se desvió hacia la necesidad de desregularizar la industria o la actividad económica y acompañar esta acción de una reglamentación sólida en materia de antimonopolio. Esto tiene el objetivo de garantizar que los oferentes interesados participen en el

mercado brindando sus bienes y servicios, sin constituir una posición dominante que impida la participación de los otros actores.

Lo anterior constituye el eje central de la controversia, ya que invita a reflexionar en torno a la necesidad del rediseño de los aspectos estructurales de las diferentes actividades económicas, las industrias o de los mercados. Esa necesidad se hace especialmente relevante en aquellos contextos donde exista un fuerte crecimiento de las economías colaborativas, de manera que se propicien condiciones de competitividad más equitativas. De acuerdo con lo expuesto, esto debe ocurrir a partir de la depuración de la carga obligacional de los oferentes de las economías clásicas, así como el sometimiento de los oferentes de las economías colaborativas a un régimen normativo más flexible.

En ese orden de ideas, a continuación se realiza la valoración de una actividad económica de notable crecimiento, en el marco de las economías colaborativas y a partir de las alternativas planteadas. Para ello, se utilizará la prestación de servicios de transporte individual terrestre de pasajeros, especialmente aquellos aspectos que permitan evidenciar las diferencias en los puntos de transacción entre los diversos competidores y que lleven a plantear alternativas para depurar esas exigencias normativas.

De esta manera, el modelo de negocio de la actividad de transporte individual de pasajeros, a través del tradicional taxi, es equivocado. Este tipo de modelo hace incurrir a sus oferentes en altos costos de transacción (e.g., el cupo, la tarjeta de operación, las pólizas todo riesgo, entre otros), lo cual repercute en mayores costos para la prestación del servicio. Además, el sistema de cupos tiende a estructurar un sistema monopólico que gira en torno a los propietarios de los vehículos tipo taxi y a las empresas constituidas para agremiar a los propietarios.

En el marco de las economías colaborativas, la prestación de este servicio ocurre a través de plataformas como Uber, In driver, entre otras. De esta manera, el oferente no se encuentra impelido

a atender obligaciones como el cupo, la tarjeta de operación, la póliza todo riesgo, entre otros asuntos que, como se ha indicado *in extenso*, incrementan los costos de transacción. Esto ocurre a tal punto que en determinados municipios con la adquisición del cupo para la operación del taxi se pueden operar hasta cuatro vehículos particulares en las plataformas virtuales ya señaladas.

Este contexto genera los siguientes fenómenos: (a) el servicio de taxis no posee la capacidad técnica y operativa para suplir la demanda de pasajeros que existe, debido al diseño cerrado o monopólico de la actividad económica a través del sistema de cupos; (b) una ineficiencia en la actividad económica, debido al incremento automático del precio del cupo para poder realizar la operación del taxi, lo cual deriva en un incremento del cobro al consumidor final; y (c) en el marco de las economías colaborativas, el servicio de transporte individual de pasajeros encuentra una alta demanda en el mercado, así como la posibilidad de prestar el servicio a un menor precio, gracias a la reducción de los costos de transacción.

Ante la existencia de dichos fenómenos, resulta pertinente revisar las cargas dinerarias que le asisten a los prestadores del pluricitado servicio de transporte individual de pasajeros en ambos escenarios. Estas cargas surgen de diversas fuentes normativas (ver Tabla 1).

Tabla 1

Promedio de costos de operación del servicio de transporte individual de pasajeros a través de vehículos tipo taxi y particular

Concepto	Valor - 2020	Valor - 2020
	Taxi	UBER - In Driver
Vehículo - Promedio	\$40.000.000	\$20.000.000
Cupo - promedio	\$60.000.000	No aplica
Frecuencia	\$636.612	35% del valor del servicio
SOAT	\$397.100	\$320.750
Pólizas de seguros	\$825.236	Es potestativo

Tarjeta de operación	\$27.059	No aplica
Impuesto de circulación	\$42.434	No aplica
Cambio de tarifa - taxímetro	\$27.059	No aplica
Calibración del taxímetro	\$35.366	No aplica
Revisión técnico mecánica	\$179.194	\$179.194
Pago de seguridad social	\$3.003.600	No aplica
Prestaciones sociales	\$2.409.312	No aplica
Total	\$107.582.972	\$20.499.944

Nota: estos valores están actualizados conforme al Índice de Precios al Consumidor de los años 2016, 2017, 2018 y 2019.

Las cifras presentadas en la Tabla 1 muestran los motivos por los cuales es posible prestar un servicio de transporte individual de pasajeros a un menor costo en el marco de las economías colaborativas. Esto no solo permite comprender el escenario de crecimiento de plataformas como Uber e Indriver y el decaimiento del servicio de taxi en los últimos cinco años. Además, permite avizorar el escenario desolador para este último sector en los próximos años.

Al respecto, conviene proponer una fórmula conciliatoria en la cual ambos sectores puedan tener la posibilidad de igualdad de condiciones para desarrollar su actividad económica, por medio de la cual contribuyan a atender la demanda existente. De igual forma, esto permitirá proscribir cualquier intento de monopolización que se pueda deducir del diseño normativo contemplado en el ordenamiento jurídico, para el ejercicio de la prestación del servicio individual de pasajeros. Vale la pena aclarar que para alcanzar estos objetivos se requiere del compromiso de los actores políticos y económicos que tienen algún tipo de relación con la actividad.

En primer lugar, es importante señalar la necesidad de reestructurar la reglamentación de la actividad económica del servicio de taxi. Esto resulta especialmente relevante en lo relacionado con las exigencias normativas en términos de cargas dinerarias, transitando del concepto de obligación al de la facultad de atender algunas de las actuales obligaciones. Lo anterior tiene el

objetivo de reducir los costos de transacción, en aras de generar una mejor posición competitiva, frente a los oferentes que ejercen la actividad en el marco de las economías colaborativas.

A modo de ejemplo, es posible pensar en un escenario en el que el oferente de un servicio de transporte individual de pasajeros no se encuentre impedido a atender las obligaciones del pago del cupo, la frecuencia, las pólizas de seguros, la tarjeta de operación, el impuesto de circulación, el taxímetro y la calibración de taxímetro. Todas las anteriores consisten en cargas adicionales que debe atender en la actualidad como consecuencia de prestar un servicio público.

Tal propuesta de desregularización conduciría a realizar el tránsito de la obligación a la facultad, dejando la decisión de acogerse al criterio del oferente de la actividad económica. Para ilustrar el tema, se puede pensar en la adquisición de las pólizas de seguros todo riesgo, para atender indemnizaciones de carácter patrimonial y extramatrimonial, contractual y extracontractual que se puedan generar como consecuencia del ejercicio del transporte de pasajeros. Esa decisión tiene implicaciones sobre el patrimonio del propietario del vehículo, lo cual lo pondría en el escenario de propietario particular, en el sentido que tiene la facultad de adquirir la póliza de responsabilidad civil extracontractual. En caso de configurarse un siniestro, si el propietario cuenta con la póliza solicitará a la empresa aseguradora atender las obligaciones que se deriven del accidente. En caso de no haber adquirido la póliza, tendrá que atender las obligaciones con su patrimonio.

En relación con otros tópicos que repercuten en mayores costos de transacción (e.g., el cupo, la frecuencia, la tarjeta de operación, el impuesto de circulación, el taxímetro y la calibración de taxímetro) es posible plantear la alternativa de abolirlos o modificarlos por instrumentos de carácter tecnológicos. Algunos ejemplos se encuentran en los instrumentos usados en el marco de las economías colaborativas, los cuales permiten consolidar un mercado más eficiente.

Por otra parte, el oferente del aludido servicio que se encuentra en el marco de las economías colaborativas también debe flexibilizar su postura y obligarse a atender una serie de cargas

dinerarias. Ejemplo de tales cargas son los costos de seguridad social y de prestaciones sociales, en los casos en los cuales el conductor sea un tercero. Esto tiene el objetivo de no generar condiciones de precarización laboral y reducción de costos de la transacción, en relación con las cargas asumidas por los competidores que prestan el servicio de taxi.

La flexibilización en la regulación de la actividad económica concreta y las medidas antimonopolio contempladas, fungen como alternativa viable desde el enfoque jurídico y operativo para la prestación del servicio terrestre de pasajeros. Esto ocurre porque dichas medidas producen condiciones equitativas para los competidores, al tiempo que permiten entender las diferencias que se pueden suscitar y en aras de garantizar la posibilidad de que en el mercado se presente la mayor cantidad de competidores para atender la demanda de forma debida y oportuna.

Conclusiones

A modo de conclusión, es dable empezar afirmando que el régimen de la competencia desleal conforme a lo contemplado en la Ley 256 de 1996, no constituye un obstáculo para el desarrollo de las economías colaborativas como se ha pretendido exponer por diversos sectores doctrinales. Pensar en la posibilidad de abolir de manera parcial o total el régimen de la competencia desleal del ordenamiento jurídico representaría la autorización automática de comportamientos arbitrarios e injustos por parte de los competidores, renunciando a la oportunidad de lograr la intervención de las instituciones del Estado para subsanar las fracturas que se generen como consecuencia de las dinámicas del mercado.

Por su parte, la ubicación equivocada del régimen de competencia desleal como obstáculo para el desarrollo de las economías colaborativas, surge de un entendimiento erróneo sobre los alcances de dicho régimen. Por este motivo, se debe partir de la idea de que es un instrumento para corregir

las deficiencias que produce el mercado y que permite garantizar la posibilidad que la mayor cantidad de competidores participen de él, al tiempo que cubre la demanda del bien o servicio.

No obstante, en el texto se identificó que existe un tipo de regulación que constituye un obstáculo al pleno desarrollo de las economías colaborativas, en la medida en la que incrementa los costos de transacción para los competidores de las economías clásicas. Esto desmejora la posición competitiva, dado que permite al competidor de estas economías brindar el mismo bien o servicio a un menor costo. Un ejemplo claro de tal afirmación es el servicio de transporte individual de pasajeros y el de hotelería.

Por otro lado, en la búsqueda de soluciones a la problemática que aquí se abordó, se realizó una conciliación de posturas, las cuales son guiadas por los planteamientos de Carlton y Picker (2006), respecto a la necesidad de una industria que se desreglamenta parcialmente, así como la utilización de las normas de derecho de la competencia como una forma de regular el funcionamiento del mercado. De esta manera, dejaría de ser utilizado el artículo 18 del régimen de competencia desleal como un escudo para defender una posición de mercado y evitar el desarrollo de nuevas formas de competencia como en el caso de las economías colaborativas en segmento del transporte individual en Colombia y así equilibrar las condiciones entre los diversos competidores y permitir la utilización de los diversos beneficios que poseen las economías colaborativas.

En síntesis, la alternativa de solución al problema planteado consiste en flexibilizar las regulaciones de cada actividad económica en concreto. Esto es importante porque es en ese punto en el que se está produciendo la desventaja competitiva, tal como se evidenció en el ejemplo del servicio de transporte individual de pasajeros. De igual forma, es necesario abolir los vestigios de posibles normas jurídicas que conduzcan hacia el monopolio de las actividades económicas, ya que generan las deficiencias que se han podido evidenciar.

Referencias

- Bercovitz, A. (2018). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Editorial Aranzadi.
- Carlton, D., & Picker, R. (2006). *Antimonopolio y regulación*. Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago.
- Congreso de la República de Colombia. (1996, enero 15). *Ley 256 de 1996*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38871>
- Jaeckel, J., & Montoya, C. (2013). La deslealtad en la competencia desleal. Qué es, cómo se establece en las normas, qué se debe probar y quién la debe probar. *Revista Derecho Competencia*, 9(9), 139-155.
- Ossa Bocanegra, Camilo ErnEsto Economías colaborativas: regulación y competencia. *Revista de Derecho Privado*. 2017; (57): 1-22. [Fecha de Consulta 17 de Diciembre de 2020]. ISSN:.
Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3600/360055996008>
- Otamendi, J. (1998). Competencia desleal. *Revista Jurídica*, 2, 1-44.
- Perea, A. (2017). Ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre. *Revista Con-texto*, 48, 25-57.
- Rodríguez, S. (2017). *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales*.
Sharing España. <https://www.fidefundacion.es/attachment/810605/>
- Silva J. (2012), Evolución y origen del concepto de Estado Social de Derecho incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991. *Revista Ratio Juris*, 7(14), 141-158.
- Smith, A. (1958). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económico.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2018). *Regulación y competencia en economías colaborativas*. SIC.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2005, agosto 19). *Sentencia No. 001 de 2005*.

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Jurisdiccionales/Jurisprudencia/2005/Sentencia_01_2005.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2019, diciembre 20). *Sentencia dentro del proceso radicado 16-102106*

<http://www.sic.gov.co/sentencias-competencia-desleal-2019>

Gache, L., & Otero, D. (2010). Adam Smith: la mano invisible o la confianza. *Revista Científica Visión de Futuro*, 2(14).

Botsman, R., & Rogers, R. (2010). What's mine is yours: The rise of collaborative consumption. Collins e-books. <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shareddefinition>

Cañigüeral, A. () *Los retos de la economía colaborativa*.

<https://www.youtube.com/watch?v=ppdvlte0wja>

Navarro, V. (2016, noviembre 3). Lo que se llama economía colaborativa no tiene nada de colaborativa. Diario Público. internet: <http://blogs.publico.es/dominiopublico/18322/lo-que-se-llama-economia-colaborativa-no-tiene-nada-de-colaborativa/>

Colegio de Ingenieros de Telecomunicaciones. (2016). Grupo de Políticas Públicas y Regulación: Informe sobre economía colaborativa. Colegio de Ingenieros de Telecomunicaciones.

Massaguer J. (1997). La acción de competencia desleal en el derecho español. *Themis: Revista de Derecho*, 36, 103-118.

Gonzalez A., & Moyano V. (2005). *Análisis comparativo de las normas de competencia en la legislación colombiana, el acuerdo de complementación económica entre Mercosur y los países miembros de la Comunidad Andina, las decisiones de la CAN en materia de prácticas comerciales restrictivas, el tercer borrador del ALCA, el TLC Chile-E.E.U.U y el CAFTA y*

proyección del capítulo de competencia del TLC Colombia-E.E.U.U. Pontificia Universidad Javeriana.

Rubio, J. (2004). *Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio*. Superintendencia de Industria y Comercio.

Miranda, A. (1997, octubre). El régimen general de la libre competencia. Características principales. Bogotá D.C. Segundo congreso iberoamericano de derecho empresarial. Colombia.

Jaramillo, A. (2013). Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal. *Revista de Derecho Privado*, 49, 4-15.

Gutiérrez, G. (2013). *La competencia empresarial y su aplicabilidad*. semanticscholar.org. <https://pdfs.semanticscholar.org/81f3/37b2485490cb70c504580e0bd5a59ed05624.pdf>

Camargo, J. (2011). *Constitución Económica*. Universidad Externado de Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. (2011). Sentencia 1496 de 2011. SIC

Alarcón, P. (2018). Economía Social de Mercado como sistema constitucional económico colombiano. *Estudios constitucionales*, 16(2), 141-182.

Doménech, P. G. (). La regulación de la economía colaborativa. Disponible en internet: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54302/112244.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Giraldo, Y. (2019). La economía colaborativa en Colombia: una vía de informalidad en las relaciones laborales. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, 9(3), 154-171.