

**NI TANTO QUE QUEME AL SANTO NI TAN POCO QUE NO LO ALUMBRE.
Economía colaborativa ¿evolución de mercado o competencia desleal?
Una visión desde el análisis económico del derecho.**

Por: ALEXIS FARUTH PEREA S¹
aperea@pereasanchez.com

Tabla de contenido

Resumen	2
Abstract	2
Introducción	3
1. La economía colaborativa como fenómeno mundial	4
2. La economía colaborativa como evolución del capitalismo y camino de a la desregulación	9
3. La competencia desleal como legislación necesaria.....	10
4.1. Algo de historia de la competencia desleal en Colombia	11
4.2. Ámbitos de aplicación de la competencia desleal.....	13
4.3. Tipos de competencia desleal.....	13
5. La competencia desleal por violación de normas. Una visión desde la teoría de los costos de transacción	16
5.1. El caso UBER en Colombia	18
6. ¿Es la economía colaborativa una forma de competencia desleal? ¿debe ser prohibido este modelo?.....	24
7. El derecho de la competencia y la paradoja de los gemelos de Eistein. 25	
Conclusiones.....	25
Bibliografía	26

¹ Abogado, especialista en Derecho del Mercado de Capitales y candidato a Magister en derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana, con Perfeccionamiento en derecho de la competencia de la Universidad Externado de Colombia,. Cuenta con experiencia profesional tanto en el sector privado como público, dónde ha participado en la estructuración, consultoría y defensa de instituciones económicas y sociales, con responsabilidades que incluyen la gestión jurídica, defensa en sede judicial y administrativa de clientes, capacitación y absolución de consultas. Ha sido profesor de pregrado en la Universidad Externado de Coolombia y de Maestría en la Universidad Santiago de Cali. Además ha sido conferencista en diversas universidades como la UNAM (México) y la FIU (USA). Ganador del premio Rober Cooter 2013 de la Asociación Latinoamericana e Hispánica de Derecho y Economía ALACDE. Datos de Contacto: (+57) 3138569710 – (+57) 1 6008937. email: aperea@pereasanchez.com

Resumen

El presente artículo, el autor expondrá las razones por las cuales considera que la economía colaborativa constituye un nuevo reto para la regulación económica en la medida en que si bien ella en principio muestra una evolución de los mercados, el hecho de que personas no comerciantes presten servicios que tradicionalmente contaban con barreras regulatorias y que haya consumidores dispuestos a pagar por tales prestase a no ser empresas vigiladas por el Estado, puede constituir a la luz del derecho vigente un acto de competencia desleal, concretamente el de violación de normas, el cual trata de que los competidores no saquen ventajas competitivas significativas frente a otros competidores mediante la infracción de normas jurídica. Esto a su vez, supone un ámbito importante de análisis para el análisis económico del derecho, pues se debe estudiar el fenómeno desde la teoría de costos de transacción. Al final del texto se pondrá en evidencia el hecho de que esta nueva forma de transar en los mercados es un pedido del mercado por la desregulación pero también presupone la necesidad de reconocer que mientras ello ocurre, aquellos competidores que se encuentran soportando los costos de transacción impuestos por el Estado se encuentran en desventaja frente a estos nuevos competidor que con menores recursos pueden generar mayores satisfacciones.

Palabras clave: Economía colaborativa; Competencia desleal; costos de transacción.

Abstract

In this paper, the author will explain the reasons why he considers that the collaborative economy is a new challenge for economic regulation to the extent that although it in principle shows a evolution of the markets the fact that non-traders provide services Which traditionally had regulatory barriers and that consumers are willing to pay for such loans, should not be State-controlled companies, may constitute in the light of the current law an act of unfair competition, in particular that of violation of rules, which That competitors do not derive significant competitive advantages from other competitors through infringement of legal rules. This in turn supposes an important scope of analysis for the economic analysis of the law, since it supposes to study the phenomenon from the theory of transaction costs. At the end of the text will be highlighted the fact that this new way of trading in markets is a market demand for deregulation but also presupposes the need to recognize that while this occurs, those competitors who are bearing transaction costs Imposed by the State are at a disadvantage compared to these new competitors who with lower resources can generate greater satisfactions.

Keywords: Collaborative economics; Unfair competition; Transaction costs.

Introducción.

Imagínese que es un empresario a un “sector regulado”, el cual para poder operar en el mercado ha tenido que cumplir con una serie de normas que le imponen el realizar erogaciones importantes a fin de poder para prestar los servicios, como: inscribirse en un registro público que será la plataforma para que el Estado pueda cobrarle impuestos y tasas que la ley determina que su sector debe pagar por estar regulado.

Luego de meses de trámites burocráticos y de casi desfallecer en el intento logra ingresar en el mercado, paga las tasas al Estado y en general asume los costos de la regulación. Al poco tiempo de operar encuentra que hay un grupo de competidores que usando las nuevas tecnologías eluden la regulación lo que les permite ahorrarse costos y en consecuencia transferir a los consumidores dichos ahorros mediante menores precios, llegando a ofrecer algunos servicios iniciales gratis.

Luego de varios conflictos e investigaciones administrativas los competidores alegan que ellos solo prestan un servicio que otros (las empresas reguladas) no han cumplido de manera satisfactoria por años; aducen que prestan mejores servicios a menores precios lo que ha redundado en una satisfacción de los clientes quienes aún siendo consciente de que el servicio no es legal optan por usarlo de manera continua.

Ante esto, y teniendo de presente el esfuerzo que debió realizar para operar regularmente se pregunta: ¿Acaso su conducta es contraria a las normas legales? ¿Están estos nuevos agentes económicos compitiendo lealmente? O ¿Es esto una evolución de los mercados que exige que las empresas comprendan los nuevos gustos de los consumidores y por tanto hagan procesos de reingeniería para satisfacerlos?

Sin duda, la existencia de nuevas formas de intercambio de bienes y servicios entre personas con un bajo nivel de intermediación a través de plataformas tecnológicas donde unas ofrecen recursos excedentarios a otras que valoran los mismos y que están dispuestas a pagar por ellos supone un nuevo panorama en el cual las regulaciones parecen haber sido superadas nuevamente por las prácticas que se imponen en el mercado, sectores que como el transporte, el turismo o el financiero que se caracterizan por estar intervenidos por los Estados dan cuenta de ello.

En efecto, la aparición de agentes económicos como UBER, AIRBNB, o los llamados CROWDFUNDING, ponen en la actualidad a tambalear a agentes que tradicionalmente y tras superar los costos regulatorios sectoriales habían logrado instalarse en un mercado, generando a partir de allí estrategias para competir con otros regulares en un mercado supervisado a fin de proteger intereses como los de los consumidores.

Estas regulaciones, sin embargo, generaban barreras de entrada que impedían que otros agentes económicos pudieran ingresar a dichos mercados con ofertas en las que se dieran más productos, menores precios y calidades superiores, lo que a la larga implicaba un desperdicio de recursos que bien podrían ser aprovechados tanto por consumidores como por prestadores y que en últimas enriquecía al mercado.

De otro lado, es importante señalar que, la existencia de estas regulaciones imponen a los agentes que las cumplen erogaciones que finalmente tendrán que ser transmitidas a los consumidores a través de los precios, mismos que en el caso de la denominada economía colaborativa no son cubiertos por el prestador del servicios

pues a través de una plataforma tecnológica logra ahorros significativos que luego son trasladados a los usuarios a través de mejores precios, mejor calidad y mayores cantidades.

También, es importante señalar que en Colombia al igual que en muchos otros países existe un régimen de competencia desleal, el cual sanciona aquellas conductas contrarias a la lealtad esperable de los agentes económicos que se realizan en el mercado con una finalidad competitiva, cuyos efectos principales ocurran dentro del territorio nacional y sin importante si entre el sujeto activo y el pasivo del acto desleal existe o no una relación de competencia.

Bajo esta óptica, es imperioso indicar que en Colombia existe un tipo de competencia desleal denominado violación de normas el cual reprocha la obtención de una ventaja competitiva significativa obtenida por un competidor en el mercado mediante la infracción de una norma jurídica. Ejemplo de lo anterior tenemos algunos casos como: el de una empresa que prestaba el servicio de telefonía de larga distancia internacional sin haber obtenido previamente una licencia para ser prestador de dicho servicio ni haber pagado el multimillonario precio que cobra el Estado Colombiano para ser concesionario del espectro electromagnético, lo cual le representaba la posibilidad de ofrecer sus servicios a un menor precio.

Igualmente, encontramos el caso de un prestador del servicio de salud de odontología especializada que prestaba dichos servicios sin cumplir con los requisitos mínimos exigidos por la regulación para contar con la debida habilitación, lo cual utilizó para competir con menores precios en el mercado.

Estos ejemplos sirven para ilustrar el dilema que existe entre la economía colaborativa y los sectores regulados, pues por una parte está la facilidad de acceso a servicios de alta calidad y por la otra la obligación de estos nuevos prestadores de ofrecer sus servicios acorde con una regulación previamente establecida.

Así, surgen preguntas como: ¿Por qué a pesar de la ilegalidad de algunas de estas prestaciones los consumidores los prefieren sobre las regulares? ¿Los agentes de esta economía colaborativa son competidores desleales? o ¿Será que la regulación ya no responde a esta época de la historia y por lo tanto debe ser modificada?

En el presente documento trataremos de resolver estos interrogantes, para ello estudiaremos inicialmente la economía colaborativa; luego reparemos el fenómeno de la competencia desleal; y finalmente, determinaremos si estas nuevas formas de transar son desleales y si es pertinente modificar la regulación a favor del libre mercado.

1. La economía colaborativa como fenómeno mundial.

La economía colaborativa es sin lugar a dudas un fenómeno que llegó para quedarse, su crecimiento a nivel mundial es algo evidente que no admite discusión, el uso cada vez más frecuentes de plataformas como UBER para el transporte de personas, AIRBNB para la búsqueda de alojamientos, o MEEDLEY un mercado virtual para la compra y alquiler de bienes, muestran una nueva preferencia de los consumidores hacia este tipo de intercambios los cuales en la Unión Europea alcanzaron en 2015

un total de 28.000 millones de euros² superando ampliamente los 1.000 millones registrados en 2013, lo cual muestra una expansión rápida y constante que requiere ser estudiada desde diversos ángulos como el del análisis económico del derecho.

Son distintas las definiciones que podemos encontrar sobre lo que es la economía colaborativa, así, por ejemplo para Rodríguez Marín son parte de la misma: *“aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales (P2P o B2B) o de particular a profesional a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente, generando un aprovechamiento eficiente y sostenible de los bienes y recursos ya existentes e infrautilizados, permitiendo utilizar, compartir, intercambiar o invertir los recursos o bienes, pudiendo existir o no una contraprestación entre los usuarios”*³.

Para Doménech Pascual son *“nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios que surgen a principios del siglo XXI y que aprovechan las posibilidades abiertas por los recientes avances de las tecnologías informáticas para intercambiar y compartir dichos bienes y servicios”*. Agregando este autor que: *“La novedad de la llamada economía colaborativa radica en el aprovechamiento de las posibilidades abiertas por las tecnologías informáticas que emergen a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, aprovechamiento que permite reducir muy considerablemente las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades, incrementar la escala en la que se llevan a cabo y realizarlas de formas distintas a las hasta ahora conocidas”*⁴.

Para la Comisión europea por su parte: *“el término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”*⁵.

Desde nuestro punto de vista la denominada economía colaborativa es un sistema transaccional caracterizado por conectar agentes particular a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, con o sin intermediación de empresas, a fin de que estos compartan con o sin ánimo de lucro recursos, recursos que con capacidad ociosa a fin de que sean aprovechados por aquella parte que los valora generando de esta manera mayor eficiencia al activo objeto de la transacción.

² Comisión europea. comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

³ Rodríguez Marín Sara. Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales.

⁴ Doménech Pascual Gabriel. La regulación de la economía colaborativa. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54302/112244.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵ Comisión Europea. Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

En este sentido, son muchos los emprendimientos desarrollados a nivel mundial que han creado un nuevo movimiento basado en el concepto de confianza digital, pues en estos casos los consumidores y oferentes confían en sus contrapartes basados en los filtros que ofrecen las plataformas para la plena identificación de ambas partes.

Tal ha sido el impacto de la economía colaborativa que algunos emprendimientos en poco menos de una década han alcanzado, al menos nominalmente, unidades de ventas que a agentes de que se nutren del mercado tradicional les ha tomado décadas. Uno de esos ejemplos lo encontramos en un comparativo expuesto por Albert Cañigueral quien ha puesto de presente que una empresa como AIRBNB ha alcanzado en solo 6 años el mismo número de habitaciones alrededor del mundo que a una multinacional del sector hotelero como INTERCONTINENTAL HOTELS GROUP le costó 63 años, y todo esto sin ser propietario de ningún inmueble y con solo 1.000 empleados, mientras que intercontinental tiene en total 120.000 trabajadores. Pero lo más sorprende es que pese a no tener inventario se estima que la valoración bursátil de AIRBNB es hoy 13 billones de euros mientras que su contraparte tiene una de 10 billones⁶.

airbnb	InterContinental Hotels Group
650,000 hab.	650,000 hab.
6 años	63 años
SIN inventario 1000 empleados	PROPIETARIO 120,000 empleados
Market cap. \$13B	Market cap. \$10B

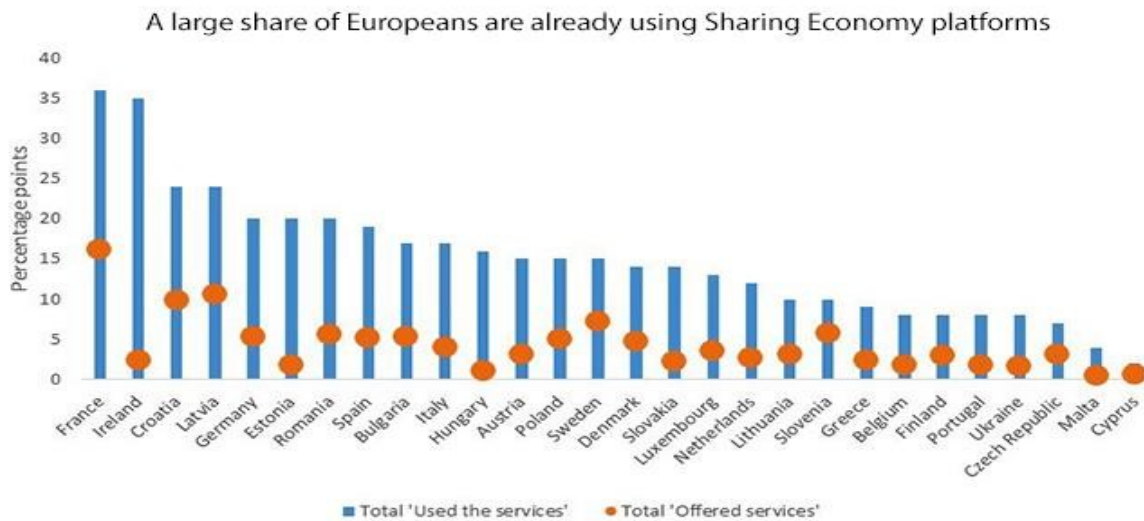
Tabla 1. Comparación entre AIRBNB vs. INTERCONTINENTAL HOTELS GROUP Tomada de Cañigueral Albert. Los retos de la economía colaborativa. <https://www.youtube.com/watch?v=PPdvLT0wjA>

Según comenta HERNAN WINKLER EL MAR: “Aunque las plataformas en línea representan una proporción pequeña de los ingresos totales, la cantidad de personas que participan en estas plataformas es importante en muchos países europeos. Por ejemplo, aproximadamente 1 de cada 3 habitantes en Francia e Irlanda ha utilizado una plataforma de economía colaborativa, mientras que por lo menos 1 de cada 10 lo ha hecho en los países del norte y el centro de Europa (vea el gráfico a continuación).

Al mismo tiempo, el porcentaje de la población que ha utilizado los servicios ofrecidos por estas plataformas y ha obtenido ingresos es también significativo, llegando al 10 % o más en Francia, Letonia y Croacia. Esto significa que por lo menos 1 de cada 10 adultos en estos países trabajó como conductor para una empresa de transporte compartido como Uber, (i) alquiló una habitación de su casa usando una plataforma de alquiler entre pares como Airbnb, (i) o proporcionó servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) a través de una plataforma digital de trabajo independiente como Upwork, (i) por citar algunos ejemplos”⁷.

⁶ Cañigueral Albert. Los retos de la economía colaborativa. <https://www.youtube.com/watch?v=PPdvLT0wjA>

⁷ WINKLER EL MAR HERNAN. ¿Quién participa en la economía colaborativa en Europa? <http://blogs.worldbank.org/voices/es/quien-participa-en-la-economia-colaborativa-en-europa>

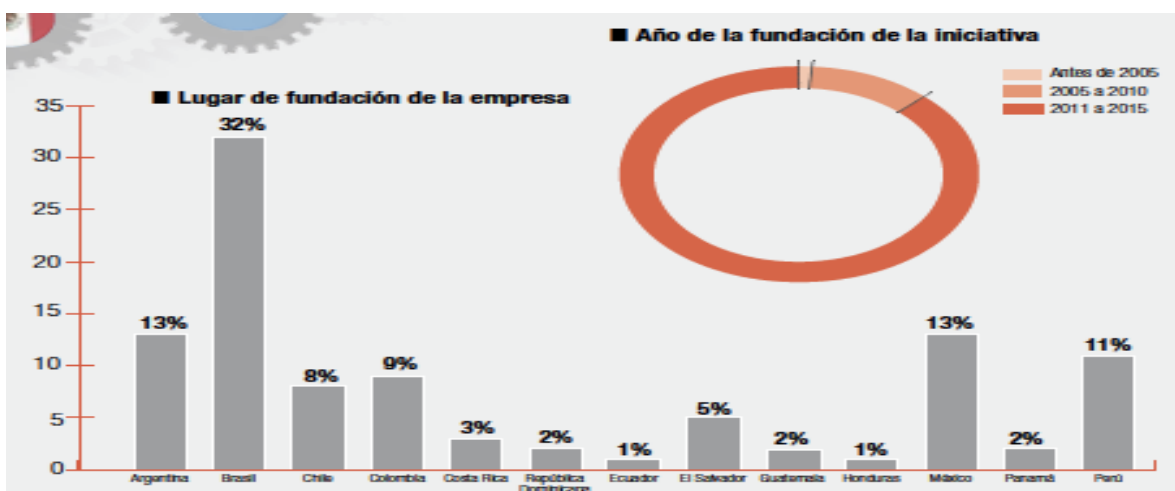


Gráfica 1. Fuente: WINKLER EL MAR HERNAN .Cálculos propios basados en datos de la edición Flash del Eurobarómetro 438 de marzo de 2016.

Estas cifras pueden darse con facilidad si se tiene en cuenta el éxito que en la actualidad vienen teniendo empresas como UBER en el mercado del transporte o los denominados CROWDFUNDING que revolucionan el sistema financiero al reunir los aportes de personas de diversas partes del mundo que se unen en forma virtual para invertir en un objetivo común.

Tal es el impacto de la economía colaborativa que para la Unión Europea la misma tendrá para 2025 un impacto de 300.000 millones de euros a nivel mundial⁸.

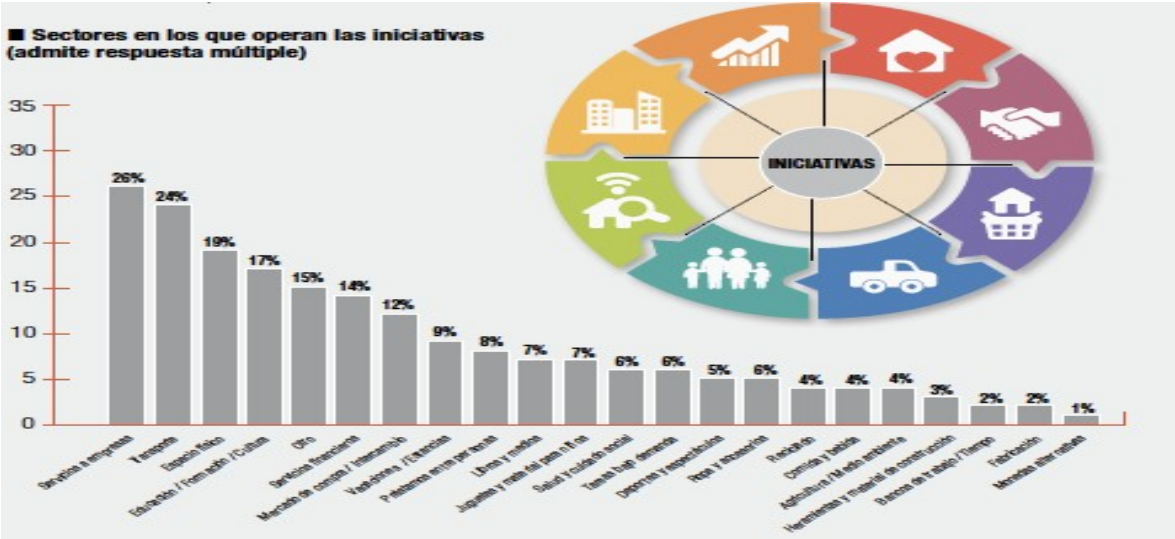
Por otra parte, es menester indicar que Latinoamérica no ha sido al fenómeno, así por ejemplo en un estudio del BID y otras entidades se logró establecer que Brasil es el país en donde mayor número de emprendimientos colaborativos se han iniciado con un 32% del total de la región seguidos por Argentina y México con un 13% .



Gráfica 2. Porcentaje de emprendimientos colaborativos en Latinoamérica. Fuente BID, Ministerio de economía y competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.

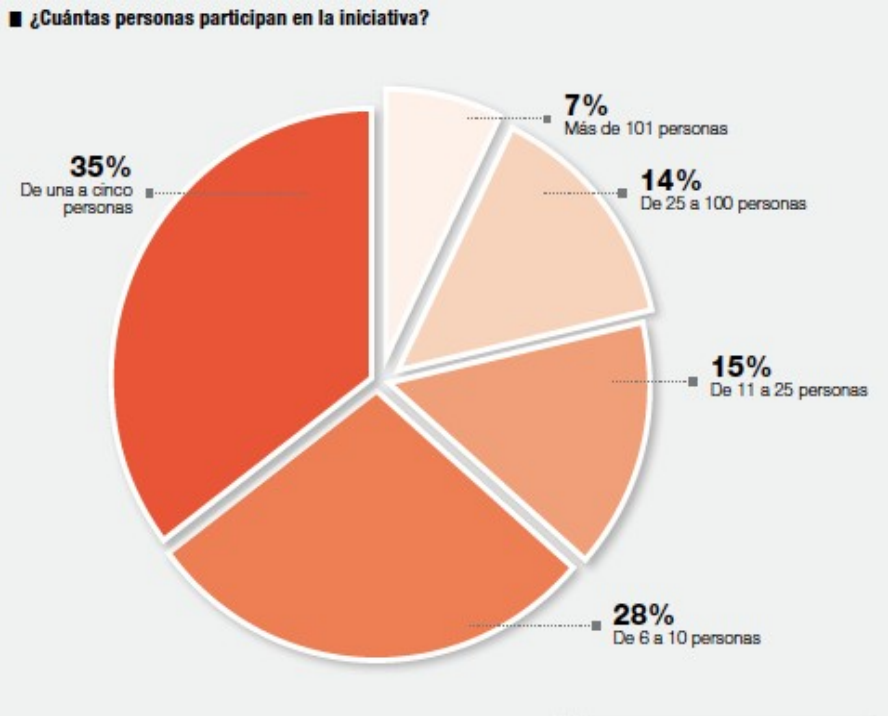
⁸ Unión Europea. Los límites de la economía colaborativa.

Igualmente, se destaca que en esta región los emprendimientos relacionados con servicios empresas, transporte y uso de espacio físico son los más exitosos con porcentajes del 28% , 24% y 19% respectivamente.



Gráfica 3. Sectores en los que operan las iniciativas en Latinoamérica. Fuente BID, Ministerio de economía y competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.

De la misma forma en el señalado estudio se indica que, estas iniciativas colaborativas tiene un potencial generador de empleo para la región pues el 64% de las iniciativas tienen 10 menos participante, lo que permite concluir que se puede generar en el corto plazo todo un tejido microempresarial colaborativo en la región.



Gráfica 4. Personas que participan de las iniciativas las iniciativas en Latinoamérica. Fuente BID, Ministerio de economía y competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.

Sin embargo, no todos están de acuerdo con la economía colaborativa, así por ejemplo, el profesor de la Universidad Pompeu Fabra Vicenç Navarro señala que: *“la expansión de este tipo de economía es un indicador de la expansión de la economía neoliberal que está afectando muy negativamente tanto a la calidad del mercado de trabajo como al bienestar de los barrios urbanos en el tiempo que vivimos.”*⁹

Para sostener tal afirmación el citado autor sostiene que en casos como el de UBER las condiciones laborales de los conductores no son ni siquiera cercanas a las de los taxistas pues los conductores de UBER tiene poco poder de negociación en comparación con los sindicatos de trabajadores. Igualmente, indica que, en el caso de AIRBNB se encuentra que el alojamiento en pisos subutilizados trae como consecuencia problemas a los vecinos en la medida en que ellos se ven sometidos a tener una población flotante con el vecindario.

Es claro que la economía colaborativa no es perfecta, de hecho está en plena gestación y como lo muestran las cifras son muchos los beneficios que tiene. Por lo tanto, frente a lo dicho por el profesor español es menester indicar que precisamente la racionalidad humana puede convertir estos problemas en transitorios, veamos: en el caso de UBER es evidente que, los conductores ejercen esta actividad que porque están mejor laborando en esas condiciones que con un auto estacionado, por lo que están claramente generando nuevos ingresos que satisfacen sus necesidades; por otra parte, en cuanto a AIRBNB, es evidente que estos supuestos problemas de vecindarios se pueden solucionar mediante arreglos institucionales entre vecinos si es que ellos consideran que es un problema la población flotante, pero más allá de todo considero que en todo caso lo que están haciendo los prestadores de servicios a través de AIRBNB o UBER es ejerciendo los derechos de propiedad que tienen sobre sus activos y por ende mientras no causen externalidades negativas a otros no debería suprimirse su libertad.

2. La economía colaborativa como evolución del capitalismo y camino de a la desregulación.

Desde mi punto de vista es claro que la economía colaborativa constituye una evolución del capitalismo, pues muestra como este sistema es una verdadera alternativa para que las personas usen sus recursos materiales o inmateriales para proveerse de un mejor porvenir mediante la innovación y la satisfacción de las necesidades de otros.

La economía colaborativa pone en evidencia otro aspecto realmente importante, y es que en la mente del consumidor la regulación económica pesa cada vez menos, pues los consumidores están cada vez más dispuesto a asumir los riesgo de actuar por fuera de la *“protección”* del régimen legal para satisfacer sus necesidades.

Sobre este particular es menester recordar que desde los años 80's autores como De Soto, Ghersi y Ghibellini en su obra *“el otro sendero”* nos habían enseñado que la informalidad tiene costos entre los que se destacan: los de ser ilegales, se pueden materializar en aquellos derivados de evitar sanciones de la administración, pues los empresarios informales deben invertir recursos en eludir las sanciones derivadas de

⁹Navarro Vicenç. Lo que se llama economía colaborativa no tiene nada de colaborativa.

no estar insertos dentro de la regulación; los costos por transferencias netas, pues aquí es claro que el informal se ahorra los costos de la formalidad y se beneficia gratuitamente de los servicios públicos prestados por el Estado, lo que obliga a este último a transferir el peso financiero del presupuesto público a la actividad formal; y los costosa de no tener una buena ley, lo que redundo en no poder aprovechar el sistema contractual por no ser exigibles los contratos o ser de difícil exigibilidad, y en los costos de no tener in sistema eficiente de responsabilidad extracontractual, pues en caso de daños estos no solo afectan a las partes involucradas en situación específica sino a toda la sociedad¹⁰.

Y si estos es así ¿Por qué los consumidores se acercan cada vez más a la economía colaborativa? Creo que la respuesta está en que los consumidores hacen intuitivamente como seres racionales que son una relación costo-beneficio y por lo tanto llegan a concluir que los riesgos asumidos multiplicados por la probabilidad de que ellos ocurran son inferiores a las satisfacciones esperadas.

Por ejemplo, cuando una persona usar un taxi UBER se expone o a que un policía detenga el vehículo y no pueda llegar a su destino, caso en el cual si ha pagado la carrera deberá tomar otro taxi y perder el dinero pagado a dicha compañía sin que sea posible que le reclame por no haber cumplido a cabalidad el contrato.

Igualmente, ocurre en el caso de AIRBNB, bien podría ocurrir que en medio de la noche la policía junto con la autoridad de turismo haga redada y obligue a que los huéspedes deban buscar un nuevo alojamiento.

Sin embargo, es claro que los consumidores consideran tan poco probables que situaciones así ocurran y tan altamente factible que sus necesidades sean satisfechas por estos agentes que deciden asumir los riesgo derivados de actuar por fuera del régimen legal vigente.

Por lo anterior, es evidente que los mercados reclaman una desregulación de estas operaciones con lo cual se reducirían los costos de transacción se generarían mayores eficiencias tanto productivas como asignativas.

3. La competencia desleal como legislación necesaria.

La legislación de la competencia desleal al igual que la del antitrust en su momento suele ser criticadas desde diversos ángulos del análisis económico del derecho porque con ella se pretende dar cierto orden al comportamiento que deben tener los oferentes en el mercado.

En efecto, es conocido que diversos autores como Bork o Rockefeller han criticado en épocas recientes la propia existencia del derecho de la competencia calificándolo de paradójico¹¹ o de ser solo una religión¹². Sin embargo, es preciso señalar que casi siempre estos autores se han referido al llamado derecho de la libre competencia, en el cual se estudian temas como los cárteles empresariales, el control de integraciones

¹⁰ De soto; Ghersi y Ghibellini. El otro sendero.

¹¹ Bork Rober. The Antitrust paradox.

¹² Rockefeller Edwin S. The Antitrust Religion.

o los abusos de posición de dominio, materia que solo será tratada de forma tangencial en este escrito.

En cambio se tratará aquí el tema de la competencia desleal, el cual constituye un cuerpo normativo que tiene como objetivo proteger que entre los agentes en el mercado se respete la lealtad exigible entre ellos como miembros de un mercado.

Esta legislación considero que es necesaria puesto que con ella se lograr reprimir conductas que atentan contra el mercado, los consumidores u otros competidores y que resultan reprochables en la medida en que al ser desarrolladas por un agente del mercado generan daños que no son tolerables por generar ineficiencias en el mercado.

Para autores como Bercovitz, la legislación de competencia desleal constituye un principio de corrección en el tráfico jurídico porque imponen 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 él¹³.

Creo que le asiste razón al citado autor en la medida en que la existencia de una legislación de competencia da las herramientas necesarias para que los competidores que se sientan afectados ilegítimamente por sus competidores puedan acudir al juez a reclamar que este corrija su conducta y si ha causado perjuicios que los indemnice con lo cual en caso de ser reprimida la misma generará en otros agentes los incentivos para no repetir ese actuar indebido.

3.1. Algo de historia de la competencia desleal en Colombia.

El área de la competencia desleal es sin duda una de las que mayor evolución ha tenido pese a su corto tiempo de existencia. En efecto, esta surgió a finales del siglo XIX como producto del auge del liberalismo económico por toda Europa.

En este sentido, en Francia como un sistema de responsabilidad extracontractual establecida a partir de la interpretación jurisprudencial del código civil¹⁴.

En sus inicios la competencia desleal estaba vinculada de una manera muy fuerte a la propiedad industrial, por ello autores como Barona Vilar no dudan en sostener que en esta época solo podía asumirse una regulación de competencia desleal que partiera del principio general de protección de la propiedad, lo cual explica el porqué desde sus inicios y principalmente en razón de la influencia del derecho sobre la marca se vincula tan estrechamente las infracciones a los derechos de propiedad industrial con la competencia desleal. Vinculación que hoy sigue vigente como lo demuestra la legislación Andina con la decisión 486/00¹⁵.

Ahora, es pertinente se no existe un único modelo de competencia desleal ya que esta ha evolucionado con el paso del tiempo. En un principio el modelo de competencia

¹³ En este sentido, Bercovitz Rodríguez – Cano. Apuntes de derecho mercantil.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Barona Vilar Silvia. Competencia desleal.

desleal imperante era el denominado modelo paleoliberal, en donde la protección de la competencia desleal se hacía por medio del derecho penal por lo cual en esta época para que se incurriera en un acto de competencia desleal era preciso que la conducta desarrollada estuviera encuadrada dentro de uno de los tipos consagrado en los códigos penales¹⁶.

Con posterioridad, concretamente a través de la ley alemana de 1909 surge el denominado modelo profesional, el cual se caracteriza por la introducción de las denominadas cláusulas generales de competencia las que tienen como objeto reprimir todas aquellas conductas que no se encuentre dentro de los tipos consagrados como desleales pero que sean contrarios al actuar legítimo esperable de los agentes del mercado.

Este modelo tenía otra característica adicional, y era que solo era diseñado para comerciantes, pues se precisaba que entre el sujeto activo y el pasivo de una conducta existiera una relación de competencia, por lo tanto si una persona no comerciante ejecutaba alguno de los actos desleales reprochados no podría ser sancionada con esta legislación.

Finalmente, al visualizarse con el paso de los años las limitaciones del modelo profesional, específicamente con posterioridad a la segunda guerra mundial en la que dado el fenómeno de la introducción de la economía en varias disciplinas del derecho se logra entender que los actos de competencia desleal no solo afectan a los competidores sino que pueden afectar al mercado en general y a los consumidores en particular. De ahí surge el denominado modelo social imperante en la actualidad.

En el caso colombiano, la evolución de la competencia desleal ha estado muy ligada a la del llamado derecho de la libre competencia, pues es con la ley 1155/59 cuando se introducen las primeras normas sobre competencia desleal en dicha ley se establecen como desleales actos como el engaño, la desorganización o el descrédito de competidores.

Luego con la expedición del Código de Comercio, Colombia se circunscribió en el modelo profesional, lo cual limitaba a todas luces el radio de acción de las normas de competencia desleal pues solo era aplicable a comerciantes con relación de competencia entre ellos.

En el año 1996 mediante la ley 256 se produce la tan esperada reforma a las normas de competencia desleal, esto fruto del cambio de modelo económico de Colombia, en donde pasó de ser una economía con fuerte intervención estatal a una economía donde la iniciativa privada era la piedra angular del sistema económico.

En esta ley se introduce el modelo social de competencia, se elimina la necesidad de que exista una relación de competencia y se legitima a nuevos actores para iniciar acciones de competencia desleal con independencia de que no sean comerciantes como es el caso de los gremios, la procuraduría general de la nación o las ligas de consumidores. Así, se adopta el llamado modelo social de competencia.

¹⁶ Véase Menendez A. La competencia desleal.

3.2. Ámbitos de aplicación de la competencia desleal.

Otro de los aspectos señalados en nuestra ley de competencia desleal es que para que se pueda incurrir en un acto desleal es preciso que se cumplan con los ámbitos de aplicación de dicha ley como son el objetivo, referido a que se consideraran actos desleal aquellos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, o sea cuando tenga la capacidad para ganar cuotas de mercado o mantener la participación de un agente en el mismo;

El subjetivo, que hace referencia a que la ley se aplica a cualquier participante del mercado sea este comerciante o no, y a que no es necesario que exista relación de competencia entre quien ejecuta la conducta y quien la padece, por ejemplo, una agencia de publicidad podría ser objeto de competencia desleal por promover o desarrollar una campaña que desacredite a una empresa a favor de un competidor de esta. Esto supone una evolución en materia de competencia desleal pues supuso pasar del modelo profesional al modelo social de competencia, pues en el primero como lo decía el Código de comercio antes de la entrada en vigencia de la ley, el régimen de competencia desleal solo se aplicaba a los comerciantes que fuesen competidores quedando por lo tanto actores que han ganado importancia en los mercados como las fundaciones, las empresas no competidoras o el propio estado fuera del alcance de las normas de competencia desleal.

Por último, se debe cumplir con el ámbito territorial el cual exige que los actos desleales tengan sus principales efectos o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano, por lo cual si una conducta contra una empresa colombiana se desarrolla desde el exterior, pero impacta mayormente en el mercado nacional podrá ser juzgada en Colombia.

3.3. Tipos de competencia desleal.

En el derecho colombiano existen diversos tipos desleales los cuales reprimen conductas que atentan contra la lealtad esperable de los agentes en el mercado.

En efecto, la ley contempla trece tipos de competencia desleal que no son taxativos pues en el artículo 7 se contempla una cláusula general o prohibición general que se aplica a todas aquellas situaciones contrarias a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos en materia industrial y comercial, o cuando afecten la libertad de decisión del consumidor, y que no encajen en cualquiera de los otros tipos desleales establecidos entre los artículos 8 a 19.

Un caso que ejemplifica esta forma de competencia desleal lo encontramos en el caso "CLEAR Vs H&S" en donde la empresa propietaria del primer Shampoo demandó a la de la segunda porque luego de que ella iniciara una campaña de expectativa sobre el nuevo producto, la segunda publicó un comercial en los mismos canales de televisión, en los mismos y con elementos de música, sonido, colores y otros elementos que le hacía creer al consumidor que la revelación de la expectativa era el H&S y no CLEAR.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio según la sentencia 4230/12 existió por parte de Procter & Gamble un actuar contrario al principio de la buena fe y en especial de las exigencias de honestidad y probidad pues las actuaciones de la

demandada permitían que los consumidores creyeran que la campaña de H&S era la revelación de la campaña de CLEAR, por lo que declaro el carácter desleal del acto.

Otro ejemplo de competencia desleal es la desviación de la clientela, la cual solo se considera desleal si se hace si se hace contrariando los las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial. Un ejemplo lo encontramos en la sentencia 3297/12 en la cual se declaró la deslealtad de un arrendador que terminó de forma intempestiva un contrato de arrendamiento con su arrendatario que había ejercido su actividad como propietario de un restaurante durante doce en el local comercial, para entregárselo a un nuevo arrendatario para que ejerciera la misma actividad y prosiguiera explotando la clientela creada por el anterior.

Otro de los actos desleales es la llamada desorganización que reprime toda conducta tendiente a desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o los establecimientos ajenos. Un ejemplo lo encontramos en la sentencia 1 de 2010 en donde se declaró la deslealtad de una empresa multinacional que había dado a una nacional una franquicia para explotar en el municipio de Chía (Cundinamarca) el negocio de venta de alimentos para animales, para lo cual le exigió que creara toda una estructura que iba desde las dimensiones de los locales comerciales hasta los colores que se debía utilizar, los precios de venta y demás, pactándose como ganancia un descuento sobre los precios de venta al público. Luego de un tiempo un tercero ofreció a la multinacional encargarse de dicha franquicia a cambio de un descuento menor por lo que ésta decidió dar por terminado el contrato.

En este caso se declaró la deslealtad de la conducta de la multinacional porque el empresario colombiano debió sin justificación alguna desmontar toda una infraestructura que había sido colocada para cumplir con las condiciones impuestas incluyendo los trabajadores contratados.

Otro de los actos desleales, y quizás el que con mayor frecuencia se demanda es el de la confusión, el cual hace referencia la posibilidad de que un consumidor medio pueda creer que está adquiriendo un bien cuando adquiere otro (Confusión directa) o que a pesar de que distingue los productos por algún motivo se lleva a creer que tienen el mismo origen empresarial.

Uno de los casos más famosos en esta materia es el caso “Tricarne Vs. Trisustancia” en donde Nestlé demandó a QUALA porque a su juicio esta última con el producto Trisustancia habría empleado los elementos característicos del primero en un comercial lo que podría llevar a que el consumidor se confundiera. Para la SIC efectivamente, existió una deslealtad por confusión, ya que estimó que: “ Quala S.A. empleó los elementos característicos de la presentación del caldo "Tricarne" para presentar su producto "Trisustancia" en el comercial de televisión que se transmitió entre el 25 de junio y el 7 de julio de 2004”.

Uno de los actos desleales más graves de cara al consumidor es el acto de engaño el cual se presenta cuando una conducta tiene como objeto o como efecto inducir a error al público sobre la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno.

En la sentencia 1050 de 2011 se condenó al dueño de un establecimiento de comercio que vendía un producto homeopático con un registro del INVIMA que no

existía, lo que a juicio de la SIC le daba los consumidores la falsa de representación de comprar productos avalados por la autoridad, no siendo esto cierto.

El descrédito es otro acto de competencia desleal que consiste en la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Un ejemplo lo encontramos en la sentencia 1451 de 2011 en donde una empresa de software acusó a otra de haberle usurpado los derechos de autor que tenía sobre el mismo sin que esto fuera cierto, lo que hizo que la demandante no fuera contratada por un banco para sistematizar la operación del mismo.

La comparación de productos también puede ser desleal cuando se comparen públicamente de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

En la sentencia 2 de 2006 se sancionó por acto de comparación a TIGO por publicar un comercial en el cual se hacía referencia a que ningún colombiano se encontraba feliz con su servicio celular, en un momento en el que solo había dos competidores en el mercado.

La imitación es otro de los ejemplos típicos de competencia desleal se presenta cuando, se imitan productos que tienen derechos de exclusiva como las patentes o diseños industriales. También cuando hay una imitación exacta o minuciosa de los productos de otro; o cuando existe una imitación sistemática de las iniciativas empresariales de un competidor que le impiden afirmarse en el mercado.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia 339 de 2013 en la que un distribuidor de una empresa de peluches envió varias referencias a China para que fueran imitadas y luego vendidas a menores precios por los mismos canales en los que originalmente introducía los productos del fabricante de los productos originales.

Otro caso típico de competencia desleal es el de la explotación de la reputación ajena, lo cual se considera desleal cuando se aprovecha en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Ejemplos de estos encontramos varios como el de un supuestos ex cantante de Guayacán orquesta que en realidad nunca perteneció a l agrupación y ofrecía sus servicios en bares y discotecas de distintas partes del país; la cerveza DUFF que aparece en la serie LOS SIMPSON y que era producidas sin autorización de la FOX por unos empresarios antioqueños o el uso de derechos de imagen sin autorización por parte de empresas. Este último caso se vio cuando la SIC en sentencia 175 de 2014 declaró que el uso de la imagen de la presentadora María Cristina Hurtado para la promoción de un producto cosmético cuando esta ya no tenía contrato con dicha casa era desleal.

También se estima desleal la violación de secretos, en estos casos se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente. Igualmente, tendrá la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la Resolución de la SIC 31714 de 2003 en la que estimó que las bases de datos de los clientes que contengan además de su información básica otros datos como sus estados financieros, hábitos de consumo, cartera entre otros es de carácter secreta y por lo tanto no puede ser divulgada a terceros.

Otro evento en el que encontramos la llamada competencia desleal es la llamada violación de normas que se da cuando un competidor obtiene en el mercado una ventaja competitiva significativa sobre otro mediante la infracción de una norma jurídica.

Este tipo de desleal lo estudiaremos en el siguiente numeral.

4. La competencia desleal por violación de normas. Una visión desde la teoría de los costos de transacción.

Una de las formas de competencia desleal es la violación de normas, la cual se encuentra regulada en el artículo 18 de la ley 256/96 el cual expresa que se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa obtenida frente a competidores mediante la infracción de una norma jurídica.

En éste sentido, la Jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido como requisitos para que se configure la referida conducta las siguientes: *“(i) la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración, y (iii) que esta resulte significativa”*.¹⁷

Respecto al primer requisito, ha dicho que: *“El acto desleal de violación de normas⁹ exige que se verifique la trasgresión de una norma jurídica del derecho positivo, esto es, en el sentido abstracto de la ley, en tanto que este tipo de conducta desleal “pretende asegurar el funcionamiento correcto del mercado, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico”¹⁰. Así las cosas, como ha sostenido este Despacho en pasadas oportunidades, es preciso “prever la vulneración de una disposición vigente y desde luego aplicable a la actividad que involucra a las partes”¹¹.*

“Conforme a lo anterior, es posible colegir que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que tipifica la conducta que ahora se estudia, sino aquellas que regulan el comportamiento concurrencial de los competidores permitiendo un escenario jurídico en igualdad de condiciones¹². Ahora bien, para este propósito resulta ineludible precisar la

¹⁷Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 173 de 2012.

*norma que se considera violada, probar su infracción y acreditar que con ocasión de esa vulneración el participante en el mercado obtuvo un provecho*¹⁸.

Desde el punto de vista económico podemos afirmar que este tipo desleal tiene su fundamento en la prohibición de comportamientos oportunistas derivados de la no asunción de costos de transacción¹⁹ impuestos por la regulación a quienes quieran participar de un determinado mercado. Esto por lo tanto sería una defensa de la igualdad ante la ley, un elemento necesario para que la competencia pueda ser verdaderamente libre y justa.

Esta forma de competencia desleal tendría razonabilidad económica en la medida en que un competidor se estaría sustrayendo sin justa causa de su obligación de cubrir los costos de transacción necesarios para poder competir en el mercado en detrimento de otro competidor que sí ha asumido dicha carga a fin de cumplir con la legalidad.

Siguiendo estos dictados y al profesor Enrique Ghersi, podemos afirmar que el derecho es costoso por lo tanto es claro que cuando un empresario ingresa a un mercado de manera formal debe sufragar un costo enorme²⁰.

En el caso de los sectores regulados dichos costos suelen ser muy altos, no solo por aquellos que impone una regulación que pretende hacer funcionar de manera eficiente el mercado regulado, sino por el tiempo y la información que demanda poder cumplir con la normativa sectorial.

Así, las empresas que actúan dentro de la formalidad deben además de pagar los impuestos que comúnmente paga toda empresa pagar costos de vigilancia y costos de información mayor como por ejemplo los derivados de la contratación de expertos en temas específicos como los controles de calidad, seguridad o los de la implementación de los cambios normativos.

La asunción de estos costos por parte de los empresarios supone que estos deben realizar mayores erogaciones de las ordinarias las que luego deben recuperar a través de los precios a los que colocan sus productos en el mercado y que por ende son superiores a aquellos que tendrían de no existir tal regulación.

En ese sentido, si otro empresario decide actuar dentro de un mercado regulado sin cumplir con los dictados de la ley estaría haciendo una utilidad con su actuar la cual podrá real o potencialmente transferir a los consumidores y por ende obtendrá para sí una ventaja competitiva significativa, pues es claro que ante productos homogéneos es el precio el diferenciador de cara a la elección del consumidor frente a uno u otro oferente.

Por lo tanto, se puede concluir que de cara a la teoría de los costos de transacción lo que busca este tipo desleal es reprimir la existencia de comportamientos oportunistas de oferentes en el mercado que tras la infracción del régimen normativo utilizan

¹⁸Superintendencia de Industria y Comercio. Ibidem.

¹⁹ Entiéndase por costos de transacción los costos en que incurre una persona para usar el mercado, ya sea en tiempo, dinero o información.

²⁰ En este sentido puede leerse a Ghersi Enrique. El costo de la legalidad.

dichos ahorros para competir en el mercado, dejando a sus competidores en una posición desventajosa sin que exista justificación para ello.

Existen diversos ejemplos de competencia desleal por violación de normas en Colombia, por ejemplo, en la sentencia 387 de 2013 se declaró la deslealtad de una empresa de odontología general que prestaba un servicio especializado como el de cirugía Maxilofacial sin estar debidamente habilitado por la secretaria de salud de la localidad, ni contar con especialistas en el área, pese a lo cual participaban en licitaciones públicas y privadas con la única empresa que sí cumplía con todos los requisitos de ley (para lo cual ésta había invertido una millonaria suma de dinero) ofreciendo precios más bajo y finalmente haciéndose a los contratos que por ley debería cumplir a una empresa que se encontrara habilitada²¹.

También en diversas ocasiones en el sector de las telecomunicaciones, la SIC se ha pronunciado declarando la existencia de competencia desleal en aquellos casos en los cuales agentes del mercado mediante el uso de enrutadores y sin contar con la respectiva concesión del Estado prestaban servicios de larga distancia internacional en detrimento de aquellas compañías que habían pagado sumas millonarias al Estado por una concesión para prestar dichos servicios²².

Como se puede ver son los sectores regulados los principales destinatarios de estas normas lo cual supone a todas luces que en el caso de servicios prestados mediante transacciones soportadas con base en la economía colaborativa y cuya actividad se encuentre regulada por el Estado los agentes que actúen como oferentes podrían estar incurriendo en actos de competencia desleal y por lo tanto su conducta a la luz de estas leyes sería reprimida.

4.1. El caso UBER en Colombia.

Uno de los casos más polémicos en Colombia y gran parte del mundo ha sido sin lugar a dudas el caso de la empresa UBER la cual como se dijo, es una plataforma que interconecta a demandantes y oferentes del servicios de transporte individual de pasajeros o taxi el cual es prestado en vehículos particulares como regla general, aunque en una buena parte de las veces se presta mediante vehículos vinculados a empresas que se encuentran habilitadas para prestar otro tipo de servicios de transporte.

Tal ha sido el impacto de la empresa en el mercado colombiano que en poco tiempo ha logrado la preferencia de gran parte de los usuarios de las ciudades en las cuales ofrece dicho servicio. Esto por supuesto a preocupado en gran medida a las empresas del sector las cuales se han dado a la tarea de combatir a dicha empresa en los escenarios administrativos, los estrados judiciales y hasta mediante vías de hecho como las manifestaciones públicas, paros y en algunos casos se ha llegado por parte de taxistas a incurrir en actos de violencia contra este tipo de competidores.

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 387 de 2013.

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1462 de 2011.

Es imperioso señalar que en Colombia al igual que en muchas partes del mundo la regulación de transporte sigue conservando esquemas anacrónicos que entre otras cosas limitan la prestación de servicio a aquellos oferentes que cuentan con un cupo dentro del parque automotor determinado en cada ciudad por la alcaldía, municipal o distrital, contar con tarjeta de operación, tener vehículos de color amarillo entre otros requisitos, los cuales hacen costosa la prestación de servicios y que dicho sea de paso ha creado un mercado subterráneo en la denominada venta de cupos a los taxis que pretenden ingresar a cualquier municipio.

Tal es el impacto que genera el denominado cupo para taxis que en virtud de que una gran mayoría de los municipios no amplían su parque automotor desde los años noventas, se han presentado casos en los que el cupo del taxi para poder operar llega a costar hasta tres y cuatro veces el valor del vehículo, lo que genera una situación clara de ineficiencia pues se obliga aún existiendo la necesidad a los nuevos oferentes a erogar varias veces el valor de sus vehículos lo cual no es razonable y solo se explica por la no decisión del Estado de aumentar dicho parque o lo que sería mejor, liberalizarlo y dejar que el mercado se autorregule.

Todo lo anterior, sin perjuicio de los otros emolumentos que deben sufragar las empresas por cada vehículo para operar legalmente.

CALCULO DE GASTOS EN EL SERVICIO TAXI		
ITEM	MES EN PESOS	AÑO 2016 EN PESOS
RODAMIENTO	50.000	600.000
FRECUENCIA O GPS	45.000	540.000
SOAT 2016		322.000
SEGUROS EXTRA Y CONTRA ACTUAL	PROMEDIO	700.000
TARJETA DE OPERACION		23.000
IMPUESTO DE CIRCULACION DE TRANSITO Y TRANSPORTE		36.000
CAMBIO DE TARIFA		23.000
TAXIMETRO CALIBRACION		30.000
TAXIMETRO REVISION TECNICA MECANICA		152.000
FGO	255.000	3.060.000
SEGURIDAD SOCIAL POR CONDUCTOR		1.723.000
PRESTACIONES POR CONDUCTOR		
TOTAL		7.209.000

Tabla 1. Costos legales promedios que debe asumir una empresa de taxis por cada vehículo según información suministrada por la Asociación de Transportadores del Quindío..

Otro de los aspectos que ha dado oportunidad a que UBER se posesione en Colombia, ha sido la satisfacción de los usuarios del servicio con el mismo. El cobro excesivo, la incertidumbre de los precios a pagar o las constantes negativas a prestar el servicio hacia ciertos destinos son varias de las mayores quejas que presentan los usuarios y que fueron a la larga aprovechadas por UBER para ganar cuotas de mercado.

En el año 2016, la Superintendencia de Puertos y Transportes (en adelante SUPERTRANSPORTE) , entidad encargada de vigilar al sector en Colombia, profirió varios actos administrativos en los que declaraba que la actividad que facilita UBER consistente en servir como0 plataforma para la prestación irregular se los servicios de taxis era ilegales y por ello le impuso multas a UBER COLOMBIA, filial de la multinacional UBER tanto por facilitar la prestación de dicho servicio como por insistir en publicitar sus servicios en medios de comunicación²³.

Para evaluar si la conducta de UBER constituye o no competencia desleal en Colombia es preciso dividir sus acciones en dos periodos a saber: 1. El dado entre

²³ Pueden verse las Resoluciones 18417 de 2015; 7838, 40313 y 72653 de 2016 de la Supertransporte.

2012 y 2015 en donde UBER prestaba sus servicios utilizando como medio de pago los pagos electrónicos con tarjetas de crédito y donde además es preciso señalar que UBER era más costoso que un taxi corriente; y 2. En periodo en el que actualmente en el que UBER es un servicio de taxi que se puede pagar en efectivo, los servicios se pueden para en cualquier esquina aunque se suele principalmente utilizar la aplicación para contactar a los conductores y pasajeros.

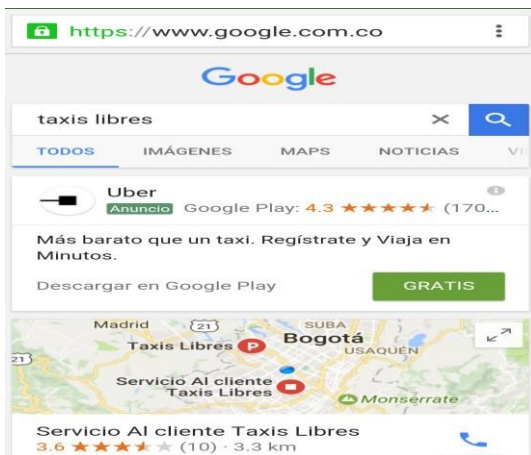
Ahora, vale la pena señalar que durante este periodo además del pago en efectivo, UBER a utilizado como estrategia para ganar clientes el ofrecimiento de viajes gratis, lo cual puede hacer dado que como se dijo ahorra costos de transacción al actuar en el mercado sin cumplir con la regulación respectiva.



Imagen 1. Captura de pantalla de publicidad audiovisual titulada: “El pibe paga UBER en efectivo” minuto 00:24.

También UBER ha promocionado en diversos canales de comunicación el hecho de ser como actualmente lo es más barato que un taxi, pues el precio no depende del lugar de destino sino de la demanda del servicio.

En efecto en una aviso publicitario disponible en el buscador google el día 11 de diciembre de 2016 se hace referencia específica al servicio y al de los taxis en donde se expresa textualmente: “UBER. Más barato que un taxi. Regístrate y Viaja en minutos”; el 3 de enero de 2017 igualmente se pudo vislumbrar en el mismo buscador un aviso publicitario en el cual se dice: “UBER. Viaja pagando menos que en un taxi”.



Imágenes 3 y 4 . captura de pantalla publicidad de UBER en internet (tomadas el 11 de diciembre de 2016 y el 3 de enero de 2017).

Analizado el presente caso, es imperioso señalar que, durante el primer periodo si bien existía una infracción administrativa, no se podía hablar de la existencia de actos de competencia desleal pues no se realizaba una ventaja competitiva pues aún con el ahorro de costos UBER era más caro que los taxis.

Situación distinta de la que ocurre en el segundo periodo en donde puede haber evidencia que existe una competencia desleal por violación de normas.

En consonancia con lo anterior, encontramos claramente configurado el acto de violación de normas dado que en primer lugar, UBER facilita la prestación del servicio de Transporte Público Terrestre Automotor Individual de Pasajeros a vehículos que no cumplen con las normas del sector²⁴.

²⁴ Existen diversas normas violadas como son: *LEY 336 DE 1996*

Artículo 9º.- El servicio público de transporte dentro del país tiene un alcance nacional y se prestará por empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitadas por la autoridad de transporte competente.

La prestación del servicio público de transporte internacional, a más de las normas nacionales aplicables para el caso, se regirá de conformidad con los tratados, convenios, acuerdos y prácticas, celebrados o acogidos por el país para tal efecto.

LEY 105 DE 1993

Artículo 9º.- Sujetos de las sanciones. Las autoridades que determinen las disposiciones legales impondrán sanciones por violación a las normas reguladoras del transporte, según las disposiciones especiales que rijan cada modo de transporte.

Podrán ser sujetos de sanción:

- 1. Los operadores del servicio público de transporte y los de los servicios especiales.*
- 2. Las personas que conduzcan vehículos.*
- 3. Las personas que utilicen la infraestructura de transporte.*
- 4. Las personas que violen o faciliten la violación de las normas.*
- 5. Las personas propietarias de vehículos o equipos de transporte.*
- 6. Las empresas de servicio público.*

DECRETO NÚMERO 1079 DE 2015

Artículo 2.2.1.3.2.1. Habilitación. Las empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros, deberán solicitar y obtener habilitación para operar en el nivel básico y/o de lujo. La habilitación lleva implícita la autorización para la prestación del servicio público de transporte en esta modalidad, en el o los niveles de servicio autorizados.

La habilitación concedida autoriza a la empresa para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada y en el o los niveles de servicio que le sean autorizados. Si la empresa, persona natural o jurídica, pretende prestar el servicio de transporte en una modalidad diferente, deberá acreditar ante la autoridad competente de la nueva modalidad, los requisitos de habilitación exigidos.

Parágrafo 1º. Las autoridades de transporte competentes deberán conocer y resolver las solicitudes de habilitación de empresas de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros.

No podrá resolverse negativamente la solicitud por razones asociadas a la congelación del parque automotor. En estos casos, la empresa de transporte, una vez habilitada, podrá vincular vehículos por cambio de empresa.

Parágrafo 2º. Las empresas, personas naturales o jurídicas, actualmente habilitadas en el servicio de transporte público terrestre automotor individual de pasajeros, se consideran autorizadas para prestar el servicio básico. Podrán prestar el servicio en el nivel de lujo mediante la modificación de su habilitación, presentando la respectiva solicitud ante la autoridad de transporte competente, la cual deberá cumplir con las condiciones fijadas en el artículo 2.2.1.3.2.9. del presente decreto.

Parágrafo 3°. Las empresas que a la entrada en vigencia del presente parágrafo deseen habilitarse deberán solicitarlo ante la autoridad competente, y cumplir los requisitos establecidos en el presente Capítulo, de acuerdo con el nivel de servicio solicitado.

Parágrafo 4°. Las plataformas tecnológicas que empleen las empresas de transporte debidamente habilitadas, para la gestión y prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros, deben obtener la habilitación del Ministerio de Transporte. Para ello, demostrarán el cumplimiento de las condiciones de servicio que establezca el Ministerio de Transporte, como la posibilidad de calificar al conductor y al usuario, identificar el vehículo que prestará el servicio e individualizar el conductor.

Parágrafo 5°. El costo del estudio para la habilitación de una empresa de transporte terrestre automotor individual de pasajeros, a cargo del organismo de tránsito o de un área metropolitana, en ningún caso puede superar el valor de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Artículo 11.-Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar.

La habilitación, para efectos de esta ley, es la autorización expedida por la autoridad competente en cada modo de transporte para la prestación del servicio público de transporte.

Artículo 16.- De conformidad con lo establecido por el artículo 3°, numeral 7° de la Ley 105 de 1993, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio público de transporte estará sujeta a la habilitación y a la expedición de un permiso o a la celebración de un contrato de concesión u operación, según que se trate de rutas, horarios o frecuencias de despacho, o áreas de operación, servicios especiales de transporte, tales como: escolar, de asalariados, de turismo y ocasional.

Artículo 17.- El permiso para la prestación del servicio en áreas de operación, rutas y horarios o frecuencias de despacho, estará sometido a las condiciones de regulación o de libertad que para su prestación se establezcan en los reglamentos correspondientes. En el transporte de pasajeros será la autoridad competente la que determine la demanda existente o potencial, según el caso para adoptar las medidas conducentes a satisfacer las necesidades de movilización.

Artículo 26.-Todo equipo destinado al transporte público deberá contar con los documentos exigidos por las disposiciones correspondientes para prestar el servicio de que se trate. (...)

DECRETO 3366 DE 2003

Artículo 53. Servicio no autorizado. Entiéndase por servicio no autorizado, el que se realiza a través de un vehículo automotor de servicio público, sin el permiso o autorización correspondiente para la prestación del mismo; o cuando este se preste contrariando las condiciones inicialmente otorgadas.

DECRETO 1079 DE 2015

Artículo 2.2.1.3.3. Servicio público de transporte terrestre automotor Individual de Pasajeros en los niveles básico y de lujo. El Transporte Público Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en los niveles básico y de lujo, e aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, en forma individual, sin sujeción a rutas ni horarios, donde el usuario fija el lugar o sitio de destino. El recorrido será establecido libremente por las partes contratantes.

Parágrafo 1°. El servicio de transporte público terrestre automotor individual de pasajeros, en el radio de acción Metropolitano, Distrital o Municipal, se clasifica en:

1. Básico. Es aquel que garantiza una cobertura adecuada, con términos de servicio y costos que lo hacen asequible a los usuarios. Se puede ofrecer a través de medios tecnológicos, con plataformas para la oportuna y eficiente atención a los usuarios, o por medio de atención directa en las vías. La remuneración por la prestación del servicio puede realizarse con dinero en efectivo. (...).

Artículo 2.2.1.3.2.1. Habilidadación. Las empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros, deberán solicitar y obtener habilitación para operar en el nivel básico y/o de lujo. La habilitación lleva implícita la autorización para la prestación del servicio público de transporte en esta modalidad, en el o los niveles de servicio autorizados.

La habilitación concedida autoriza a la empresa para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada y en el o los niveles de servicio que le sean autorizados. Si la empresa, persona natural o jurídica, pretende prestar el

En este sentido, es preciso señalar que, las leyes del transporte como sus decretos reglamentarios establecen que tanto personas naturales como jurídicas para poder operar en el mercado del transporte individual de pasajeros en taxi se debe contar con la respectiva habilitación, cuestión que resulta por demás relevante puesto que para obtener la misma es preciso cumplir con la totalidad de los requisitos legales los cuales van desde el tener los equipos (Vehículos) conforme lo señala la ley, estar dentro del parque automotor determinado por cada autoridad local y gestionar la autoridad la tarjeta de operación respectiva, cuestión que en el presente caso ni UBER ni sus vehículos y conductores cumplen en modo alguno.

Así, resulta forzoso concluir que como lo señaló la SUPERPUERTOS en su oportunidad: “(i) El servicio prestado por los socios y conductores adscritos a la plataforma de que se aprovecha UBER es, efectivamente, no autorizado”

En segundo lugar, encontramos que el proceder de UBER, conlleva la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración de las normas citadas, pues como lo podemos ver, para poder ingresar al mercado las empresas de taxis afiliadas a mi mandante deben cumplir con la regulación de transporte tanto nacional como municipal, la cual le impone requisitos como estar habilitado, contar con autorización para el ingreso de los vehículos al parque automotor dentro de los cupos establecidos por el municipio; pagar impuestos de rodamiento, frecuencia o GPS, SOAT, seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual para vehículos de servicios públicos, impuestos

servicio de transporte en una modalidad diferente, deberá acreditar ante la autoridad competente de la nueva modalidad, los requisitos de habilitación exigidos.

Parágrafo 1°. Las autoridades de transporte competentes deberán conocer y resolver las solicitudes de habilitación de empresas de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros.

No podrá resolverse negativamente la solicitud por razones asociadas a la congelación del parque automotor. En estos casos, la empresa de transporte, una vez habilitada, podrá vincular vehículos por cambio de empresa. (...)

Artículo 2.2.1.3.2.2. Empresas nuevas. Ninguna empresa nueva podrá entrar a prestar el servicio hasta tanto la Autoridad de transporte competente le otorgue la habilitación correspondiente. Cuando las autoridades de control y vigilancia constaten la prestación del servicio sin autorización, ésta se le negará y no podrá presentar una nueva solicitud de habilitación antes de doce (12) meses.

Artículo 2.2.1.3.2.4. Persona natural. El propietario o tenedor hasta de cinco (5) vehículos que tenga interés de prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en Vehículos Taxi, deberá obtener la correspondiente habilitación (...).

Artículo 2.2.1.3.8.1. Definición. La tarjeta de operación es el documento único que autoriza a un vehículo automotor para prestar el servicio público bajo la responsabilidad de una empresa de transporte, de acuerdo con el radio de acción autorizado.

RESOLUCIÓN 3199 DE 1999

ART. 1°—Los vehículos clase automóvil destinados a prestación del servicio público individual en vehículos taxi, que se registren a partir de la vigencia de esta resolución, además de las condiciones establecidas por el Código Nacional de Tránsito, deberán cumplir las siguientes:

- *Portar un letrero luminoso colocado en la parte delantera de la capota, cuya cara anterior exhiba la leyenda “Taxi”.*
- *Llevar impresa la leyenda “servicio público” en letras de siete (7) centímetros de alto, tres y medio (3½) centímetros de ancho y ocho (8) milímetros de espesor, colocada en las puertas laterales delanteras y sobre la tapa del baúl.*
- *Estar pintados completamente de color amarillo.*

de circulación de transporte y tránsito, cambio de tarifa de taxímetro, calibración de taxímetro, revisiones técnico mecánicas, pagos de seguridad social para los conductores y las correspondientes prestaciones sociales. Además de que cuando se hacen desplazamientos intermunicipales de forma ocasional, se debe pagar una tasa conocida planilla de viaje ocasional, lo cual supone que una importante carga de erogaciones para prestar el servicio de forma regular.

En promedio en ciudades intermedias como Armenia (Colombia) los costos aproximados que tiene que erogar una empresa para cumplir con la regulación es de siete millones doscientos nueve mil pesos (\$ 7.209.000,00) por taxi.

Bajo esta óptica, al eludir la accionada las obligaciones legales que deben cumplir los asociados a mi representada ahorra costos los cuales traslada al consumidor a fin de lograr su preferencia.

Finalmente, es palpable que la referida ventaja es significativa, en primer lugar, porque la infracción legal y el ahorro de costos le han permitido ofrecer sus servicios no solo por debajo de los precios que usualmente cobra un taxi regular, y en segundo lugar, porque tal es el ahorro en costos que ha podido inclusive ofrecerle viajes gratuitos a los nuevos usuarios de la ciudad para que se fidelicen y la prefieran por sobre los asociados a mi poderdante quienes en razón de los costos derivados de la regulación no pueden proceder de tal manera.

Por lo anterior, resulta forzoso concluir que los actos desplegados por UBER en Colombia son actos constitutivos de competencia desleal a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

5. ¿Es la economía colaborativa una forma de competencia desleal? ¿debe ser prohibido este modelo?

Frente a la legislación colombiana es evidente que algunos casos de la economía colaborativa como UBER, constituyen actos de competencia desleal, pues comportan la existencia de la violación de una norma jurídica, la del transporte, la cual le da una ventaja competitiva, (no tener que asumir todos los costos de transacción que debe cubrir un taxista regular), y esta ventaja resulta además significativa puesto que es transferible y de hecho se ha transferido a los consumidores mediante el otorgamiento de la posibilidad de contar con viajes gratis entre otros.

Sin embargo, creo que lejos de tratar de prohibirse el modelo de economía colaborativa, la gran lección que esta nos deja es que los mercados evolucionan y que por ende la regulación no debe convertirse en un impedimento para tal crecimiento, y en su lugar debe ceder a esta ola impulsada por el consumo y que en consecuencia genera mayores eficiencias.

En este sentido, estimamos que el camino que deberían tomar los reguladores es el de reducir los requisitos regulatorios a su mínima expresión, eliminando aquellos que se conviertan en barreras para la generación de nueva oferta y que por ello impidan que ciertos sectores puedan ser más favorecidos con las innovaciones del mercado.

Una decisión política de este tipo conllevaría a que los oferentes solo tuvieran que hacer trámites no costosos como un registro en línea similar al que se hace con las

empresas y con ello entrar a operar en el mercado, con esto todos los actores del mercado estarían en igualdad de condiciones para concurrir al mercado y por ende para ofrecer nuevos servicios a sus clientes.

6. El derecho de la competencia y la paradoja de los gemelos de Eistein.

Uno de los fenómenos que ha creado la denominada economía colaborativa es el enfrentamiento interno ocurrido en el derecho de la competencia entre sus dos áreas, a saber: el derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal, pues mientras en el primero la economía colaborativa, incluyendo los sectores regulados, pudiera ser bien vista por generar nuevos competidores y en consecuencia más oferta, en el derecho de la competencia desleal como lo vimos frente a sectores regulados, principalmente, en materia de transporte, turismo, finanzas y telecomunicaciones la misma puede ser considerada como una conducta desleal reprimible desde este punto de vista.

En este sentido, este choque nos reproduce la llamada paradoja de los gemelos de Eistein pues cuenta dicha paradoja que si tomásemos a dos gemelos idénticos y uno de ellos abordara una nave espacial con destino a una estrella distante a la velocidad de la luz y el otro se quedara en tierra, aquel que se queda en tierra envejecería a un ritmo normal, mientras que su hermano que se encuentra en el espacio en razón de la dilatación del espacio – tiempo se mantendría con una edad relativamente cercana a aquella con la que partió de la tierra, por ende pudiera darse que si se encontraran al regreso de la nave, sería posible que el hermano astronauta se encontrara con un hermano gemelo anciano, mientras que él seguiría siendo joven, pues solo habría pasado para él unos pocos meses o años en el espacio, mientras que para el gemelo que se quedó en tierra con seguridad habrían pasado décadas.

Esta paradoja resulta aplicable a nuestro ejemplo, pues a pesar de ser considerados actualmente como hermanos gemelos el derecho de la libre competencia se torna rejuvenecidas mientras la competencia desleal se vislumbra envejecida frente a este fenómeno de la economía colaborativa. Véase que el derecho de la libre competencia con una visión moderna ve con buenos ojos éste fenómeno, mientras que la competencia desleal parece haber sido alcanzada por vejez de sus conceptos pese a ser un área que ha relativamente poco evolucionó en sus conceptos.

Así, resulta necesario que el derecho de la competencia desleal evolucione y estime que aquellas conductas que demuestran ser eficientes en el mercado lejos de ser desleales deben ser promovidas a fin de que generen ganancias a los consumidores. Lo anterior, conduciría a una reducción de los costos globales de transacción pues de encontrarse por parte de los agentes del mercado una forma mas eficiente de proveer al mercado con niveles de riesgo tolerables sería la regulación que se ha hecho costosa la que entraría en crisis y por lo tanto tendría una vía expedita para salir del ordenamiento legal.

Conclusiones.

Luego de realizar este artículo, podemos concluir que la economía colaborativa es un nuevo sistema transaccional en el cual los agentes económicos mediante el aprovechamiento de la capacidad ociosa de sus recursos introducen dichas

capacidades en el mercado a fin de que sean aprovechadas por los consumidores con lo cual se permite que estos hagan un uso más eficiente de los mismos pues convierten estos recursos en activos productivos que dinamizan el mercado y generan nuevos ingresos.

Además, la economía colaborativa es una clara evolución del capitalismo, pues nos muestra como la fuerza del mercado puede superar las normas jurídicas establecidas que se convierten en una fuertes barrera de entrada para nuevos agentes, lo que en últimas impide que nuevos competidores ingresen al mercado haciendo que como consecuencia de la presión entre oferentes se produzcan nuevos servicios a mejores precios para los consumidores.

Sin embargo, es menester señalar que, a la luz de la legislación colombiana algunos emprendimientos propios de la economía colaborativa como los servicios prestados por UBER, AIRBNB o los CROWDFUNDING pueden llegar a ser considerados como competencia desleal por violación de normas, pues estos oferentes obtienen ventajas competitivas significativas frente a los agentes que cumplen con la regulación pudiendo de esta forma transferir estos ahorros a los consumidores y de esa forma pudiendo ser preferidos por ellos.

Pero más allá de todo, la economía colaborativa pone en crisis al derecho de la competencia pues lo pone en plena contradicción ya que de una parte, esta área del derecho aspira a que mediante la libre competencia haya más productos en el mercado a menores precios, pero de otro lado defiende la existencia de barreras regulatorias que impiden a innovadores ingresar al mismo y generar eficiencias que den un mayor excedente a los demandantes de estos servicios.

En fin, es claro que el camino que se debe adoptar es el de la regulación mínima para que dentro de un escenario de igualdad ante la ley los agentes del mercado compitan en franca lid por la preferencias de los usuarios. Para ello es necesario que se eliminen barreras de entradas como los cupos en el sector transportador, como los requisitos habilitantes de los alojamientos, ya que es preciso entender que los mercados son inteligentes y ellos llevan a que en un periodo determinado de tiempo solo existan los oferentes necesarios para satisfacer las necesidades de los demandantes.

Bibliografía.

Barona Vilar Silvia. Competencia desleal.

Bercovitz Rodríguez – Cano. Apuntes de derecho mercantil.

BID, Ministerio de economía y competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.

Bork Rober. The Antitrust paradox.

Cañigüeral Albert. Los retos de la economía colaborativa.
www.youtube.com/watch?v=PPdvLTe0wjA

Comisión Europea. Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

Comisión europea. comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

De soto; Ghersi y Ghibellini. El otro sendero.

Doménech Pascual Gabriel. La regulación de la economía colaborativa. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54302/112244.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ghersi Enrique. El costo de la legalidad.

Menendez A. La competencia desleal.

Rockefeller Edwin S. The Antitrust Religion.

Rodríguez Marín Sara. Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales.

Superintendencia de Industria y Comercio. Ibídem.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1462 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 173 de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 387 de 2013.

WINKLER EL MAR HERNAN. ¿Quién participa en la economía colaborativa en Europa? <http://blogs.worldbank.org/voices/es/quien-participa-en-la-economia-colaborativa-en-europa>