

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 derecho¹

ALEXIS FARUTH PEREA S.²

TABLA DE CONTENIDO

Resumen

Abstract

Introducción

1. La economía colaborativa como fenómeno mundial
2. La economía colaborativa como evolución del capitalismo y camino a la desregulación
3. La competencia desleal como legislación necesaria
- 3.1. Algo de historia de la competencia desleal en Europa y en Colombia
- 3.2. Ámbitos de aplicación de la competencia desleal

1 Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2017. Fecha de aprobación: 29 de septiembre de 2017. Una versión de este trabajo fue presentada en la conferencia ALACDE 2017 Perú. Esta versión está adaptada y actualizada al formato de la revista. Para citar el artículo: Perea Sánchez, A. (2017). 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, en Revista Con-texto, n.º 48, pp. 25-57. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n48.04>

2 Abogado, especialista en Derecho del Mercado de Capitales y candidato a magíster 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 en el sector público, donde ha participado en la estructuración, consultoría y defensa de instituciones económicas y sociales, con responsabilidades que incluyen 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 Colombia y de maestría en la Universidad Santiago de Cali. Además, ha sido conferencista en diversas universidades como la UNAM (México) y la FIU (EE UU). Ganador del premio Robert Cooter de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, ALACDE, en 2013. Datos de contacto: (+57) 3138569710 - (+57) 1 6008937. email: aperea@peresasanchez.com.

- 3.3. Tipos de competencia desleal
 - 4. La competencia desleal por violación de normas. Una visión desde la teoría de los costos de transacción
 - 4.1. El caso Uber en Colombia
 - 5. ¿Es la economía colaborativa una forma de competencia desleal? ¿Debe prohibirse este modelo?
 - 6. El derecho de la competencia y la paradoja de los gemelos de Einstein
- Conclusiones
Bibliografía

RESUMEN

En 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 que, si bien ella, en principio, muestra una evolución de los mercados, el hecho de que las personas no comerciantes presten servicios que tradicionalmente contaban con barreras regulatorias y de que haya consumidores dispuestos a pagar por tales servicios, pese a no ser empresas vigiladas por el Estado, puede constituir, a la luz del derecho vigente, un acto de competencia desleal, concretamente, de violación de normas. Dicho acto consiste en que los competidores no saquen ventajas competitivas significativas frente a otros, mediante la infracción de normas jurídicas. Este es un tema importante 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 que esta nueva forma de transar en los mercados es una solicitud del mercado para 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 están en desventaja frente a estos nuevos competidores, que, con menores recursos, pueden generar un mayor nivel de satisfacción en el consumidor.

Palabras clave: Economía colaborativa, competencia desleal, costos de transacción.

SO CLOSE YET SO FAR. COLLABORATIVE ECONOMY: MARKET EVOLUTION?
OR NEW-TYPE UNFAIR COMPETITION? A LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE

ABSTRACT

In this article, the author will explain the reasons for which he considers that the collaborative economy is a new challenge for economic regulation insofar as, although in principle it shows an evolution of the markets, the fact that non-traders provide services that traditionally had regulatory barriers and that consumers are willing to pay for them despite not being companies monitored by the State, can constitute in the light of the

current law an act of unfair competition, specifically that of violation of rules, which deals with that competitors do not gain significant competitive advantages over others by infringing legal rules. This in turn an important subject for the economic analysis of the law, since the phenomenon must be studied 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 a un empresario del "sector regulado", el cual, para operar en el mercado, ha tenido que cumplir con una serie de normas que le imponen realizar erogaciones importantes para poder prestar sus servicios, como inscribirse en un registro público, que será la plataforma para que el Estado pueda cobrarle los impuestos y las tasas tributarias que determina la ley para su sector productivo.

Luego de meses de trámites burocráticos, y de casi desfallecer en el intento, el empresario en mención logra ingresar al mercado, paga las tasas tributarias 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 cual les permite disminuir costos y, en consecuencia, ofrecer a los consumidores menores precios, situación que les proporciona servicios gratuitos cuando ingresan al mercado.

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 producido un mayor nivel de satisfacción a los clientes, quienes, a pesar de ser conscientes de que tal servicio no es legal, optan por usarlo de manera continua.

Ante esto, teniendo en cuenta el esfuerzo que debió realizar el empresario 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 los valoran 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 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*, como Arboribus, ponen en la actualidad a tambalearse 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, enriquecían al mercado.

De otro lado, es importante señalar que la existencia de estas regulaciones impone a los agentes que las cumplen erogaciones que, finalmente, tendrán que ser transmitidas a los consumidores a través de los precios, que, en el caso de la denominada economía colaborativa, no son cubiertos por el prestador del servicio, pues, a través de una plataforma tecnológica, se logra la reducción de costos significativos, lo que les permite a los consumidores obtener 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. Así, estos se realizan en el mercado con una finalidad competitiva, cuyos efectos principales ocurren dentro del territorio nacional, sin importar si entre el sujeto activo y el sujeto 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", que reprocha la ventaja competitiva significativa obtenida por un competidor en el mercado mediante la infracción de una norma jurídica. Como ejemplo de lo anterior, tenemos los siguientes casos: el de una empresa que prestaba el servicio de telefonía de larga distancia internacional sin haber obtenido una licencia, 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, el de un prestador del servicio de salud de odontología especializada que operaba 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 de acuerdo con una regulación previamente establecida.

Así, surgen preguntas como: ¿por qué, a pesar de la ilegalidad de algunas de estas prestaciones, los consumidores las 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, repararemos en 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 frecuente, 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 muestra 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 euros³, superando ampliamente los 1.000 millones de euros 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”*⁴.

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”*. Agrega 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”*⁵.

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»).*

3 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.

4 RODRÍGUEZ MARÍN, SARA. Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales.

5 DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. La regulación de la economía colaborativa. Disponible en internet: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54302/112244.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

*Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro*⁶.

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

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 tradicionales les han tomado décadas. Uno de esos ejemplos lo encontramos en un comparativo expuesto por ALBERT CAÑIGUERAL, quien puso de presente que una empresa como Airbnb ha alcanzado, en solo seis años, el mismo número de habitaciones alrededor del mundo que una multinacional del sector hotelero como Intercontinental Hotels Group, a la que le costó 63 años. 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 de 13 billones de euros, mientras que su contraparte tiene una valoración de 10 billones de euros⁷.

TABLA 1⁸

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

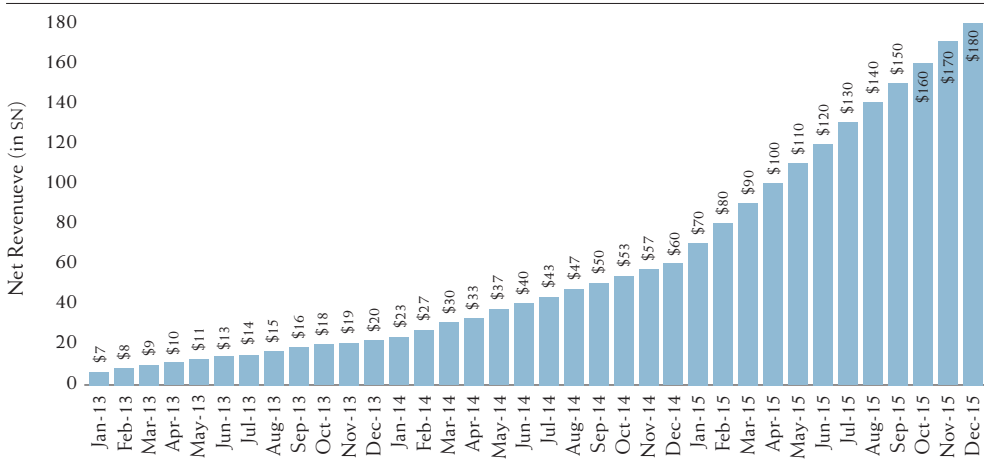
6 Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final.

7 CAÑIGUERAL, ALBERT. Los retos de la economía colaborativa. Disponible en internet: <https://www.youtube.com/watch?v=PPdvLTe0wjA>

8 Comparación entre Airbnb e Intercontinental Hotels Group. Tomada de: CAÑIGUERAL ALBERT. Los retos de la economía colaborativa. Disponible en internet: <https://www.youtube.com/watch?v=PPdvLTe0wjA>

Otro caso importante es el de Uber, compañía californiana cuyos ingresos, según sus cifras oficiales, citadas por BARNES⁹, se han incrementado de forma sostenida. De hecho, de acuerdo con la información publicada, en solo dos años (2013-2015), lograron multiplicarse 25 veces, al pasar de 7.000.000 de dólares, en enero de 2013, a 180.000.000 de dólares, en diciembre de 2015.

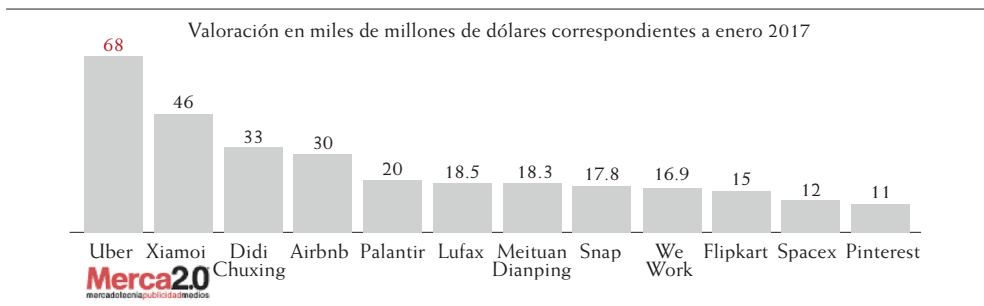
GRÁFICA 1. INGRESOS DE UBER 2013-2015



Fuente: BARNES, RODRIGO. Invertir en Uber y su modelo de negocio disruptivo¹⁰.

Tal ha sido el éxito de Uber, que, según *The Wall Street Journal*, es el principal emprendimiento en el ranking de las empresas que no cotizan en bolsa, cuentan con menos de diez años de vida, tienen una valoración de mercado que supera los 1.000 millones de dólares y no han sido adquiridas por otras empresas¹¹.

GRÁFICA 2. START-UPS MÁS VALIOSAS EN EL MUNDO



Fuente: Merca20.com

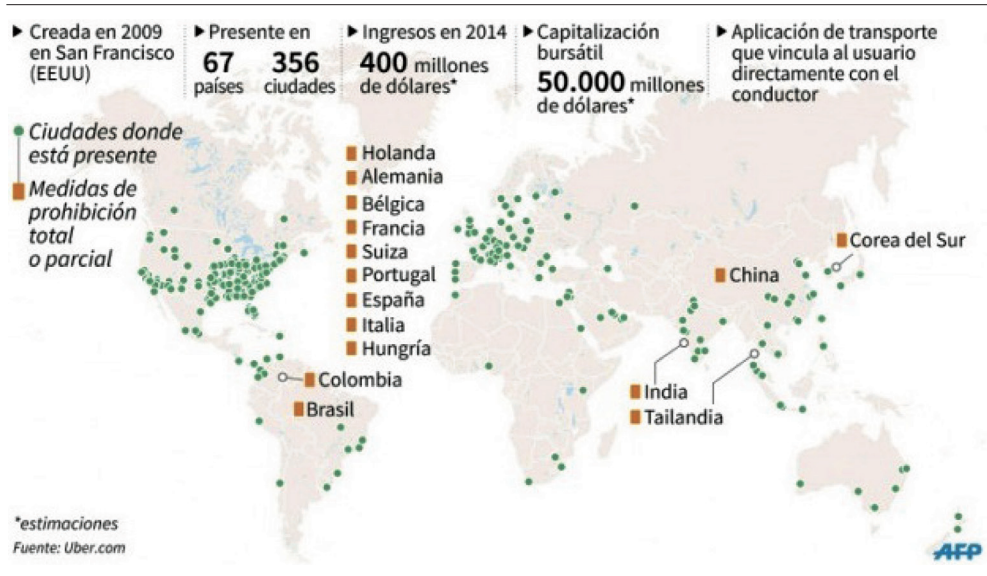
9 BARNES, RODRIGO. Invertir en Uber y su modelo de negocio disruptivo. Disponible en internet: <http://rodrigoibarnes.com/2016/10/12/invertir-uber-modelo-negocio-colaborativo/>

10 Ibídem.

11 The Wall Street Journal, citado por: BARNES, RODRIGO. Invertir en Uber y su modelo de negocio disruptivo.

Vale la pena citar que la compañía mencionada, en la actualidad, tiene presencia en 356 ciudades del mundo y cuenta con una capitalización bursátil que supera los 50.000 millones de dólares. Todo esto, sin ser propietaria de ningún vehículo.

GRÁFICA 3. UBER EN EL MUNDO



Fuente: <http://www.taringa.net/posts/offtopic/19632248/Uber-sigue-siendo-ilegal.html>

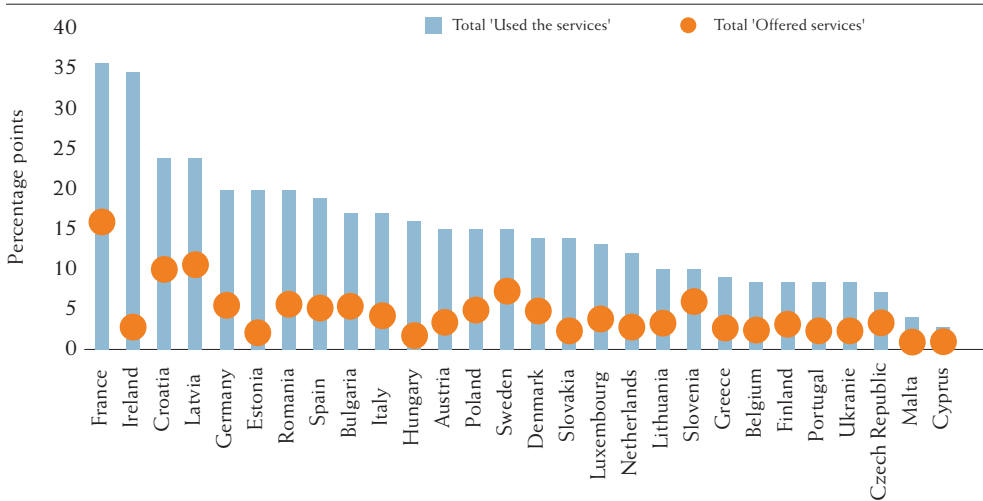
Según comenta HERNAN WINKLER:

“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”¹².

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

GRÁFICA 4. A LARGE SHARE OF EUROPEANS ARE ALREADY USING SHARING ECONOMY PLATFORMS



Fuente: HERNAN WINKLER. 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, según la Unión Europea, en 2025 será de 300.000 millones de euros, a nivel mundial¹³.

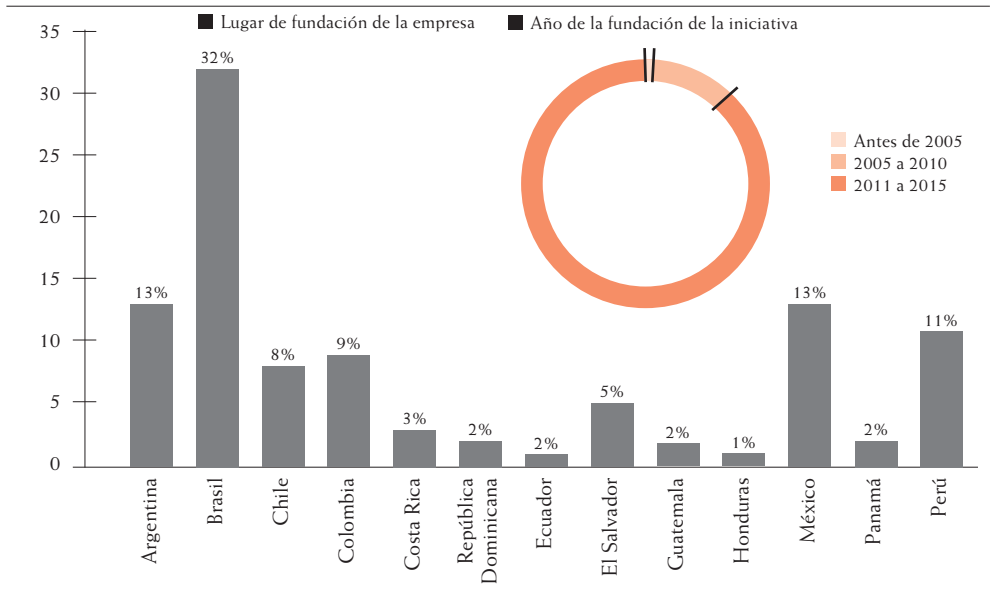
Por otra parte, es menester indicar que Latinoamérica no ha sido ajena al fenómeno. Por ejemplo, en un estudio del BID y otras entidades, se logró establecer que Brasil es el país en donde se ha iniciado el mayor número de emprendimientos colaborativos, con un 32 % del total de la región, seguido por Argentina y México, con un 13 %, cada uno (gráfica 5).

Igualmente, se destaca que, en esta región, los emprendimientos relacionados con servicios, empresas, transporte y uso del espacio físico son los más exitosos, con porcentajes de 28 %, 24 % y 19 %, respectivamente (gráfica 6).

De la misma forma, en el señalado estudio, se indica que estas iniciativas colaborativas tienen un potencial generador de empleo para la región, pues el 64 % tienen menos de 10 participantes, lo que permite concluir que, en el corto plazo, se puede generar todo un tejido microempresarial colaborativo en la región (gráfica 7).

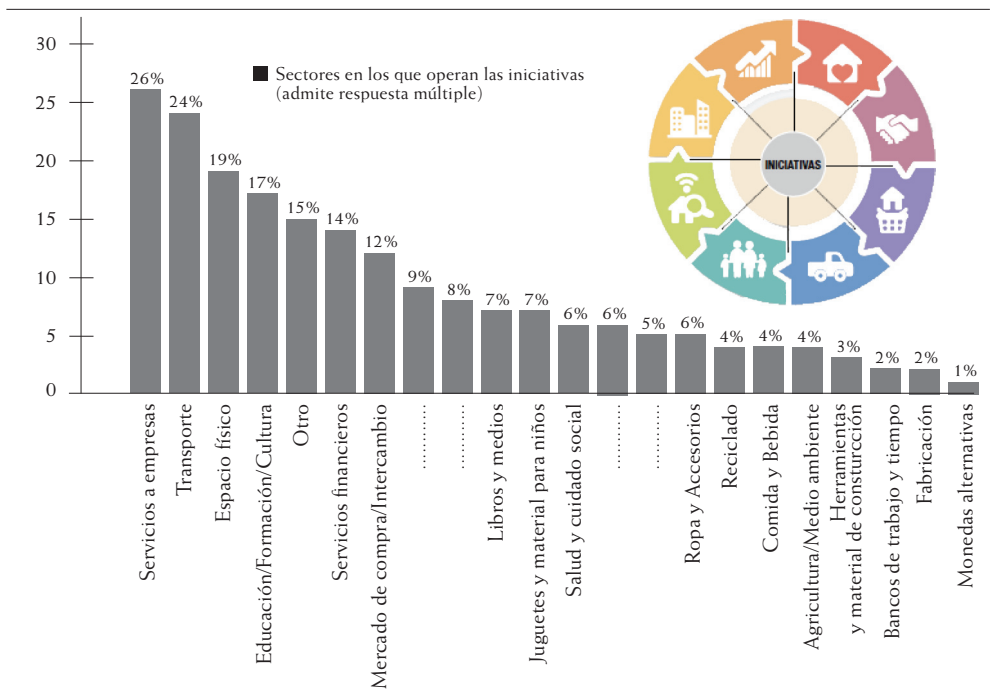
13 Unión Europea. Los límites de la economía colaborativa.

GRÁFICA 5. PORCENTAJE DE EMPRENDIMIENTOS COLABORATIVOS EN LATINOAMÉRICA



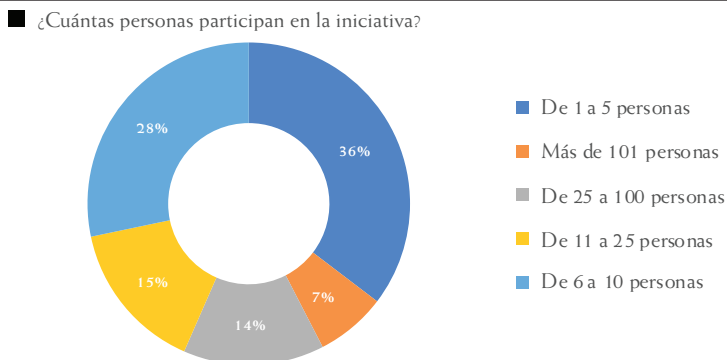
Fuente: BID, Ministerio de Economía y Competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.

GRÁFICA 6. SECTORES EN LOS QUE OPERAN LAS INICIATIVAS EN LATINOAMÉRICA



Fuente: BID, Ministerio de Economía y Competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.

GRÁFICA 7. PERSONAS QUE PARTICIPAN DE 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. 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”*¹⁴.

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 tienen 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 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 razonabilidad humana puede convertir estos problemas en transitorios. Veamos: en el caso de Uber, es evidente que los conductores ejercen esta actividad porque laboran mejor en esas condiciones que con un auto estacionado, por lo que están generando nuevos ingresos que satisfacen sus necesidades. Por otra parte, en cuanto a Airbnb, es evidente que estos supuestos problemas de vecindario se pueden solucionar mediante arreglos institucionales entre vecinos, si es que ellos consideran que es un problema la población flotante. Sin embargo, considero que, en todo caso, lo que están haciendo los prestadores de servicios a través de Airbnb o Uber es ejercer los derechos de propiedad que tienen sobre sus activos y, por ende, mientras no causen externalidades negativas a otros, no debería suprimirse su libertad.

14 NAVARRO, VICENÇ. Lo que se llama economía colaborativa no tiene nada de colaborativa. Diario Público [en línea], 3 de noviembre de 2016. Disponible en internet: <http://blogs.publico.es/dominiopublico/18322/lo-que-se-llama-economia-colaborativa-no-tiene-nada-de-colaborativa/>

2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA COMO EVOLUCIÓN DEL CAPITALISMO Y CAMINO A LA DESREGULACIÓN

Desde mi punto de vista, es claro que la economía colaborativa constituye una evolución del capitalismo, pues muestra cómo este sistema es una verdadera alternativa para que las personas usen sus recursos materiales o inmateriales para proveerse 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 dispuestos a asumir los riesgos 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, 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 la ilegalidad y los costos para evitar las sanciones administrativas, pues los empresarios informales deben invertir recursos en eludir las sanciones derivadas de no estar insertos en la regulación. Adicionalmente, los costos por transferencias netas, pues 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. Así mismo, los costos 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 los costos de no tener un sistema eficiente de responsabilidad extracontractual, pues en caso de daños, estos no solo afectan a las partes involucradas, sino a toda la sociedad¹⁵.

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

Por ejemplo, cuando una persona usa un taxi Uber, se expone 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, 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 los huéspedes a buscar un nuevo alojamiento.

Sin embargo, es claro que los consumidores consideran tan poco probable que situaciones así ocurran, y tan altamente factible que sus necesidades sean satisfechas por

15 DE SOTO, GHERSI y GHIBELLINI. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia. Editorial Oveja Negra, 1987.

estos agentes, que deciden asumir los riesgos 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 y 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 criticada 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 paradójico¹⁶ o de ser solo una religión¹⁷. 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 carteles empresariales, el control de integraciones o los abusos de posición para ser desarrolladas por resultar reprochables en la medida en que conductas que atentan contra el mercado, los consumidores u opción de dominio, materia que solo será tratada de forma tangencial en este escrito.

En cambio, se tratará aquí la competencia desleal, la cual constituye un cuerpo normativo que tiene como objetivo que los agentes en el mercado respeten la lealtad que les es exigible.

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

Para autores como BERCOVITZ, 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 él¹⁸.

Creo que le asiste razón al citado autor, en la medida que la existencia de una legislación de competencia da las herramientas necesarias para que los competidores que se sientan afectados ilegítimamente por sus competidores acudan al juez para reclamar que estos corrijan su conducta y, si han causado perjuicios, los indemnicen, con lo cual, en caso de ser reprimida dicha conducta, se generarán en otros agentes los incentivos para no repetir ese actuar indebido.

16 BORK, ROBER. The Antitrust paradox.

17 ROCKEFELLER, EDWIN S. The Antitrust Religion.

18 En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. Apuntes de derecho mercantil.

3.1. Algo de historia de la competencia desleal en Europa y 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 en Europa.

En este sentido, en Francia, como un sistema de responsabilidad extracontractual establecida a partir de la interpretación jurisprudencial del Código Civil¹⁹.

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 esa época, solo podía asumirse una regulación de competencia desleal que partiera del principio general de protección de la propiedad, lo cual explica por qué, desde sus inicios, y principalmente en razón de la influencia del derecho sobre la marca, se vincula tan estrechamente a 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 de 2000²⁰.

Ahora, es pertinente que no exista un único modelo de competencia desleal, ya que esta ha evolucionado con el paso del tiempo. En un principio, el modelo de competencia desleal imperante era el denominado modelo paleoliberal, en el que la protección de la competencia desleal se hacía por medio del derecho penal, por lo cual, en esa 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 penales²¹.

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

Este modelo tenía una característica adicional: que solo era diseñado para comerciantes, pues se precisaba que entre el sujeto activo y el sujeto 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 podía ser sancionada con esta legislación.

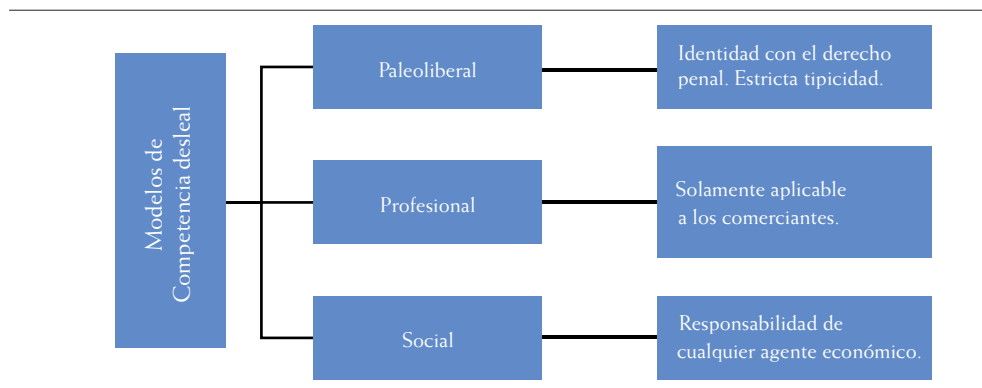
Finalmente, al visualizarse con el paso de los años las limitaciones del modelo profesional, específicamente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, dado el fenómeno de la introducción de la Economía en varias disciplinas del Derecho, se logra entender que los actos de competencia desleal no solo 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.

19 *Ibíd.*

20 BARONA VILAR, SILVIA. Competencia desleal.

21 Véase MENÉNDEZ, A. La competencia desleal.

GRÁFICA 8. MODELOS DE COMPETENCIA DESLEAL



En el caso colombiano, la evolución de la competencia desleal ha estado muy ligada a la del llamado derecho de la libre competencia, pues con la Ley 155 de 1959 se introducen las primeras normas sobre competencia desleal, y se establecen como desleales actos como el engaño, la desorganización o el descrédito de competidores. Esta norma asumió el modelo profesional de competencia desleal.

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 eran aplicables a comerciantes con relación de competencia entre ellos. Esta norma siguió el modelo profesional citado.

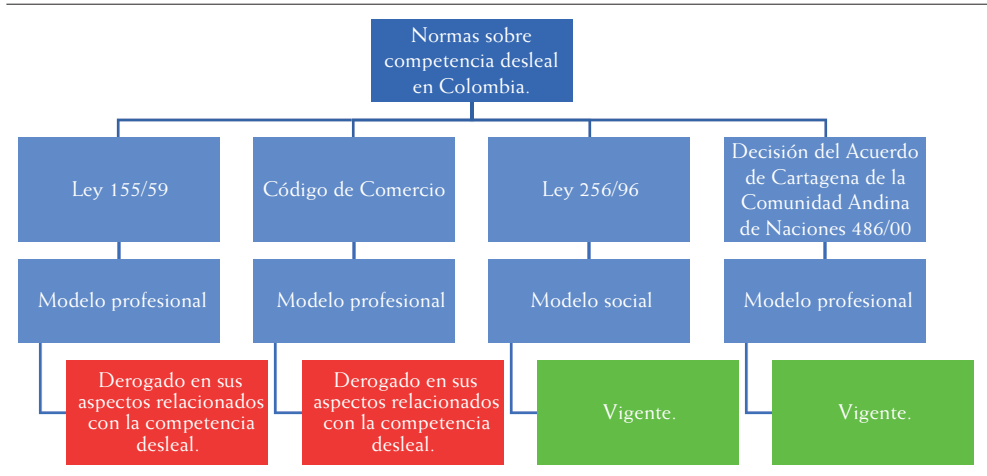
En el año 1996, mediante la Ley 256, se produjo la tan esperada reforma a las normas de competencia desleal, como fruto del cambio de modelo económico de Colombia, que pasó de ser una economía con fuerte intervención estatal a una economía donde la iniciativa privada era la piedra angular del sistema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

En esta ley, se introdujo el modelo social de competencia, se eliminó la necesidad de que exista una relación de competencia y se legitimó a nuevos actores para iniciar acciones de competencia desleal, con independencia de que no fueran comerciantes, como es el caso de los gremios, la Procuraduría General de la Nación o las ligas de consumidores. Así, se adoptó el llamado modelo social de competencia.

Finalmente, no debe perderse de vista que la regulación andina sobre propiedad industrial contemplada en la Decisión Andina 486 de 2000, aplicable como norma legal en Colombia, trajo consigo una variación de competencia desleal denominada competencia desleal vinculada con la propiedad industrial, en la que se destaca que, para ser protegido por esta regulación, deben existir primeramente derechos de propiedad intelectual, como nuevas creaciones, por ejemplo, las patentes o diseños industriales, o signos distintivos, como las marcas o nombres comerciales. Es de resaltar que esta regulación retornó al modelo profesional de competencia desleal²².

22 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 129-IP-2013: "El Tribunal ha determinado ciertas particularidades que debe tener un acto para ser considerado desleal:

GRÁFICA 9. MODELOS DE 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 cumplir con los ámbitos de aplicación de dicha ley, como son el objetivo, referido a que se consideran actos desleales aquellos que se realizan en el mercado con fines concurrenciales, o sea, cuando se tiene la capacidad de ganar cuotas de mercado o de mantener la participación de un agente en este.

El subjetivo, por su parte, 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 una 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 representó una evolución en materia de competencia desleal, pues supuso pasar del modelo profesional al modelo social de competencia. 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, lo que dejaba a actores que han ganado importancia en los mercados, como las fundaciones, las empresas no competidoras o el propio Estado, por fuera del alcance de las normas de competencia desleal.

1. Que el acto o actividad sean de efectiva competencia, es decir, que el infractor y la víctima estén en una verdadera situación de rivalidad competitiva, ejerciendo la actividad comercial en la misma o análoga forma.

2. Que el acto o la actividad sea indebido.

3. Que el acto sea susceptible de producir un daño, según Ascarrelli, un acto será desleal 'cuando sea idóneo para perjudicar a un empresario competidor, bastando, por lo tanto la probabilidad del daño (y no el daño efectivo) para justificar la calificación y la sanción". Interpretación Prejudicial de 17 de abril de 2008, expedida dentro del Proceso 26-IP-2008. Marca: América Telecom (negrilla fuera de texto).

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 tanto, 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 que afecten la libertad de decisión del consumidor, que no encajen en cualquiera de los otros tipos desleales establecidos en los artículos 8 al 19.

Un ejemplo de esta forma de competencia desleal lo encontramos en el caso "Clear vs H&S", en el que la empresa propietaria del primer champú demandó a la propietaria del segundo, 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, con elementos de música, sonido, colores y otros que le hacían creer al consumidor que la revelación de la expectativa era H&S y no Clear.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), según la Sentencia 4230 de 2012, existió un actuar contrario al principio de la buena fe por parte de Procter & Gamble, y en especial a 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 tanto, declaró el carácter desleal del acto²³.

Otro ejemplo de competencia desleal es la desviación de la clientela, que solo se considera desleal si se hace contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia 3297 de 2012, 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, con el fin de que ejerciera la misma actividad y siguiera explotando la clientela creada por el anterior²⁴.

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, que declaró la deslealtad de una empresa multinacional que le había dado a una nacional una franquicia para explotar, en el municipio de Chía (Cundinamarca), el negocio de venta de

23 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 4230 de 2012.

24 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 3297 de 2012.

alimentos para animales. Para ello, le exigió que creara toda una estructura, señalándole desde las dimensiones de los locales comerciales, hasta los colores que debía utilizar, los precios de venta y demás. Así mismo, se pactó como ganancia un descuento sobre los precios de venta al público. Luego de un tiempo, un tercero le ofreció a la multinacional encargarse de dicha franquicia, a cambio de un descuento menor, por lo que esta 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 levantada para cumplir con las condiciones impuestas, incluyendo los trabajadores contratados²⁵.

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

Uno de los casos más famosos en esta materia es "Tricarne vs. Trisustancia", en el que Nestlé demandó a Quala porque, a su juicio, esta última empleó en un comercial del producto Trisustancia los elementos característicos de Tricarne, lo que podría llevar a que el consumidor se confundiera. Para la SIC, efectivamente, existió una deslealtad por confusión, pues: "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"²⁶.

Uno de los actos desleales más graves, de cara al consumidor, es el acto de engaño, que 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 en realidad no tenía. Esto, a juicio de la SIC, les daba a los consumidores la falsa representación de comprar productos avalados por la autoridad, cuando esto no era cierto²⁷.

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 menos que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia 1451 de 2011, que resolvió un caso en el que una empresa de software acusó a otra de haberle usurpado los derechos de autor, sin que esto fuera cierto, lo que hizo que la demandante no fuera contratada por un banco para sistematizar su operación²⁸.

25 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1 de 2010.

26 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1 de 2011.

27 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1050 de 2011.

28 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1451 de 2011.

La comparación de productos también puede ser desleal, cuando se comparan públicamente la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, y dicha comparación utiliza indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omite 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 mercado²⁹.

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 los 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 impide afirmarse en el mercado.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia 339 de 2013, que decidió un caso en el 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 el fabricante de los peluches originales³⁰.

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

Como ejemplos de esto, encontramos el de un supuesto excantante de Guayacán Orquesta que, en realidad, nunca perteneció a esa agrupación, pero ofrecía sus servicios en bares y discotecas de distintas partes del país; la cerveza Duff, que aparece en la serie de televisión *Los Simpsons*, y que era producida sin autorización de la cadena Fox por unos empresarios antioqueños, o el uso de derechos de imagen sin autorización por parte de empresas.

Este tipo de deslealtad fue estudiado por la SIC en la Sentencia 175 de 2014, en donde se declaró que el uso de la imagen de la presentadora de televisión María Cristina Hurtado para la promoción de un producto cosmético, cuando esta ya no tenía contrato con una empresa a la que le había prestado su imagen, constituía una explotación de reputación ajena³¹.

También se estima desleal la violación de secretos. En estos casos, se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización del 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, tiene 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 se estimó que las bases de datos de los clientes que contengan, además de su

29 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 2 de 2006.

30 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 393 de 2013.

31 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 175 de 2014.

información básica, datos como sus estados financieros, hábitos de consumo, cartera, entre otros, es de carácter secreto y, por lo tanto, no puede ser divulgada a terceros³².

Otro evento de competencia desleal lo encontramos en el tipo de 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 desleal lo estudiaré 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 de 1996, que 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 este sentido, para que se configure la referida conducta, la jurisprudencia de la SIC ha establecido los siguientes requisitos: "(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"³³.

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'⁴⁰. 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'⁴¹.

"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 condiciones⁴². Ahora bien, para este propósito resulta ineludible precisar la norma que se considera violada, probar su infracción y acreditar que con ocasión de esa vulneración el participante en el mercado obtuvo un provecho"³⁴.

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 transacción³⁵ 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 que un competidor se estaría sustrayendo sin justa causa de su obligación de cubrir los

32 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31714 de 2003.

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

34 *Ibidem*.

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

costos de transacción necesarios para poder competir en el mercado, en detrimento de otro competidor que sí ha asumido dicha carga, para 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 enorme³⁶.

En el caso de los sectores regulados, dichos costos suelen ser muy altos, no solo por los 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 mayores, como por ejemplo los derivados de la contratación de expertos en temas específicos, como los controles de calidad, la seguridad o la implementación de cambios normativos.

La asunción de estos costos por parte de los empresarios supone que deben realizar mayores erogaciones que las ordinarias, las cuales 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 obteniendo una utilidad con su actuar, que podrá transferir real o potencialmente a los consumidores; por ende, tendrá una ventaja competitiva significativa, pues es claro que ante productos homogéneos, el precio es el diferenciador, de cara a la elección del consumidor frente a uno u otro oferente.

Por lo tanto, se puede concluir que la teoría de los costos de transacción busca reprimir la existencia de comportamientos oportunistas de oferentes en el mercado que, tras la infracción del régimen normativo, utilizan dichos ahorros para competir, 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. En la Sentencia 387 de 2013, se declaró la deslealtad de una empresa de odontología general que prestaba el servicio especializado de cirugía maxilofacial sin estar habilitada por la Secretaría de Salud de la localidad, ni contar con especialistas en el área. A pesar de ello, participaba en licitaciones públicas y privadas junto con la única empresa que cumplía todos los requisitos de ley (para lo cual había invertido una millonaria suma de dinero), ofreciendo precios más bajos y, finalmente, haciéndose a los contratos que, por ley, debería cumplir una empresa que se encontrara habilitada³⁷.

También, en el sector de las telecomunicaciones, la SIC se ha pronunciado en diversas ocasiones, declarando la existencia de competencia desleal en casos en los que 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

36 En este sentido, puede leerse a: GHERSI, ENRIQUE. El costo de la legalidad.

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

compañías que habían pagado sumas millonarias al Estado por una concesión para prestar dichos servicios³⁸.

Como se puede ver, los sectores regulados son los principales destinatarios de estas normas. Esto supone, a todas luces, que en el caso de los servicios prestados mediante transacciones soportadas en la economía colaborativa 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 en gran parte del mundo, ha sido, sin lugar a dudas, el de la empresa Uber. Como se dijo, Uber es una plataforma que interconecta a demandantes y oferentes del servicio 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 están habilitadas para prestar otro tipo de servicios de transporte.

IMAGEN 1. UBER EN EL MUNDO



Fuente: <http://buenavibra.es/zapping/uber-el-nuevo-demonio-del-transporte-urbano/attachment/uber1005-1000/>

De tal envergadura ha resultado la problemática que supone la existencia de esta plataforma, de cara a la regulación sectorial, que en países tan importantes como Francia, Inglaterra, España e Italia, se le ha considerado ilegal. En otros, como Alemania, Holanda y Colombia, se viene trabajando en una reglamentación para su funcionamiento. Por su parte, en México, el uso de la plataforma está regulado, principalmente en la Ciudad de México.

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

Uber ha tenido un gran impacto en el mercado colombiano, pues, en poco tiempo, ha logrado la preferencia de gran parte de los usuarios de las ciudades en las cuales ofrece servicios. Esto, por supuesto, ha 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 manifestaciones públicas y paros; en algunos casos, se ha llegado, por parte de taxistas, a incurrir en actos de violencia contra este tipo de competidores.

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 del 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, hacen costosa la prestación de servicios y, dicho sea de paso, ha creado un mercado subterráneo en la denominada venta de cupos a los taxis que pretenden ingresar a cualquier municipio.

Tan relevante es el denominado cupo para taxis, que, en virtud de que una gran mayoría de los municipios no amplía su parque automotor desde los años noventa, se han presentado casos en los que el cupo para operar llega a costar hasta tres o cuatro veces el valor del vehículo. Esto genera una situación clara de ineficiencia, pues se obliga, aun 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.

TABLA 1. COSTOS LEGALES PROMEDIO QUE DEBE ASUMIR UNA EMPRESA DE TAXIS POR CADA VEHÍCULO, SEGÚN INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR LA ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DEL QUINDÍO

Ítem	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 operación		23.000
Impuesto de circulación de tránsito y transporte		36.000
Cambio de tarifa taxímetro		23.000
Calibración taxímetro		30.000
Revisión técnico mecánica		152.000
Pago seguridad social por conductor	255.000	3.060.000
Prestaciones por conductor		1.723.000
Total		7.209.000

Otro de los aspectos que ha dado oportunidad a que Uber se posicione en Colombia ha sido la satisfacción de los usuarios del servicio. El cobro excesivo, la incertidumbre de los precios o las constantes negativas a prestar el servicio hacia ciertos destinos son algunas 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 como plataforma para la prestación irregular de los servicios de taxis, era ilegal. 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 publicitarlo en medios de comunicación³⁹.

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

Ahora, vale la pena señalar que durante este periodo, además del pago en efectivo, Uber ha utilizado como estrategia para ganar clientes el ofrecimiento de viajes gratis, lo cual puede hacer porque, 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)

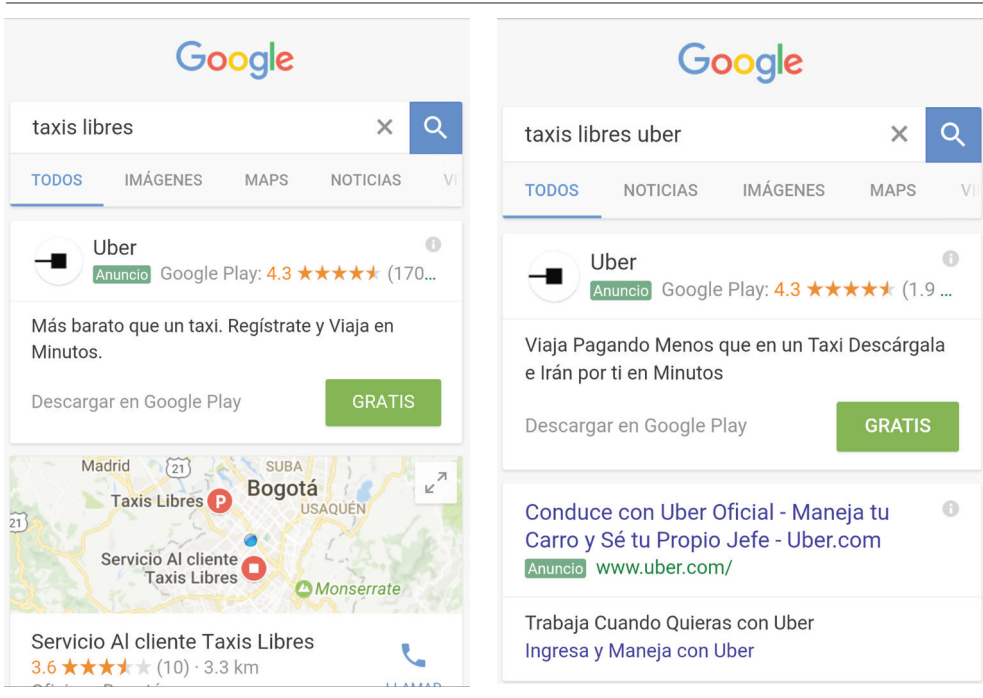


39 Pueden verse las resoluciones 18417 de 2015 y 7838, 40313 y 72653 de 2016 de la Supertransporte.

Uber también 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 un aviso publicitario disponible en el buscador Google el día 11 de diciembre de 2016, se hizo referencia específica al servicio de Uber y al de los taxis, y se expresó textualmente: "Uber. Más barato que un taxi. Regístrate y viaja en minutos". El 3 de enero de 2017, igualmente, se publicó, en el mismo buscador, un aviso publicitario en el cual se leía: "Uber. Viaja pagando menos que en un taxi".

IMÁGENES 3 Y 4. CAPTURA DE PANTALLA DE PUBLICIDAD DE UBER EN INTERNET (TOMADAS EL 11 DE DICIEMBRE DE 2016 Y EL 3 DE ENERO DE 2017)



Analizando 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, ya que, aun con el ahorro de costos, Uber era más caro que los taxis.

Situación distinta de la que ocurre en el segundo periodo, en donde podemos evidenciar 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 sector⁴⁰.

40 Existen diversas normas violadas, como son:

LEY 336 DE 1996

Artículo 9°. 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 9°. 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 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 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.

Parágrafo 2°. 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 5º. 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 3º, numeral 7º 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, es 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 1º. 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 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

En este sentido, es preciso señalar que las leyes del transporte y sus decretos reglamentarios establecen que para poder operar en el mercado del transporte individual de pasajeros en taxi, tanto las personas naturales como las jurídicas deben contar con la respectiva habilitación, cuestión que resulta, por demás, relevante, puesto que para obtenerla, es preciso cumplir con la totalidad de los requisitos legales, que incluyen tener los equipos (vehículos) conforme lo señala la ley, estar dentro del parque automotor determinado por cada autoridad local y gestionar ante 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 ingresar al mercado, las empresas de taxis afiliadas deben cumplir con la regulación de transporte tanto nacional como municipal, que 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 de circulación de transporte y tránsito; cambio de tarifa de taxímetro;

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

Artículo 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.

calibración de taxímetro, revisiones técnico-mecánicas; pagos de seguridad social para los conductores y las correspondientes prestaciones sociales. Además, cuando se hacen desplazamientos intermunicipales de forma ocasional, se debe pagar una tasa conocida como planilla de viaje ocasional, lo cual supone 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 son de 7.209.000 pesos por taxi, algo así como 2.100 dólares de los Estados Unidos.

Bajo esta óptica, al eludir las obligaciones legales que deben cumplir los asociados a las empresas de taxis, Uber ahorra costos, lo cual traslada al consumidor, con el 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 por debajo de los precios que usualmente cobra un taxi regular. En segundo lugar, porque tal es el ahorro en costos, que ha podido, inclusive, ofrecerles viajes gratuitos a los nuevos usuarios, para que se fidelicen y la prefieran sobre los asociados a las empresas de taxis, 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 constitutivos de competencia desleal, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

5. ¿ES LA ECONOMÍA COLABORATIVA UNA FORMA DE COMPETENCIA DESLEAL? ¿DEBE PROHIBIRSE 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, que le da una ventaja competitiva (no tener que asumir todos los costos de transacción que debe cubrir un taxista regular). Esta ventaja resulta, además, significativa, puesto que es transferible y, de hecho, se ha transferido a los consumidores, mediante la posibilidad de contar con viajes gratis, entre otros beneficios.

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. En su lugar, debe ceder a esta ola impulsada por el consumo, 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 llevaría 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 estarían en igualdad

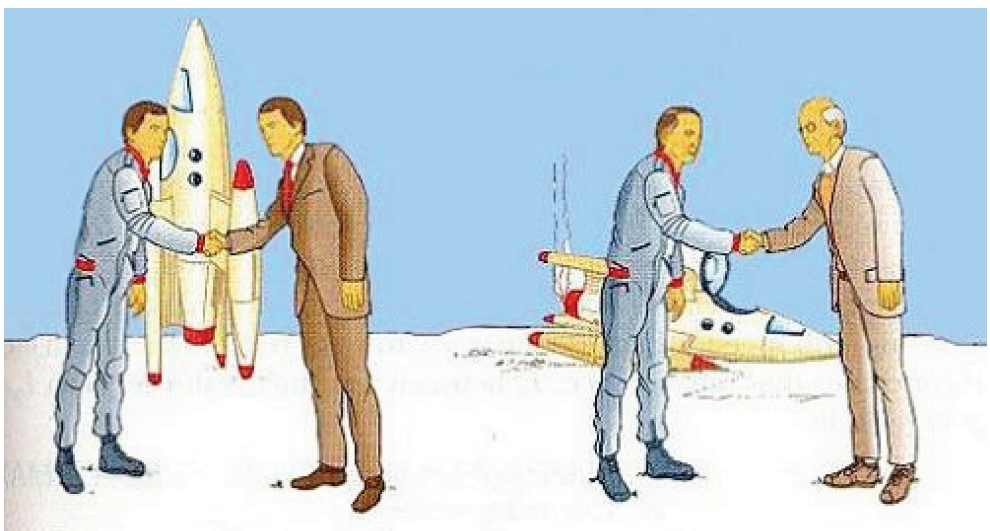
de condiciones para concurrir al mercado y, por ende, para ofrecer nuevos servicios a sus clientes.

6. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA PARADOJA DE LOS GEMELOS DE EINSTEIN

Uno de los fenómenos que ha creado la denominada economía colaborativa es el enfrentamiento interno entre las dos áreas del derecho de la competencia, a saber: el derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal. 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, puede ser considerada como una conducta desleal reprimible.

Este choque nos reproduce la llamada paradoja de los gemelos de Einstein, según la cual, si tomásemos a dos gemelos idénticos y uno de ellos abordara una nave espacial que viaja a la velocidad de la luz con destino a una estrella distante, y el otro se quedara en tierra, aquel que se queda 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, 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 para él solo habrían pasado unos pocos meses o años en el espacio, mientras que para el gemelo que se quedó en tierra, con seguridad habrían pasado décadas.

IMAGEN 2. LA PARADOJA DE LOS GEMELOS



(Fuente: <http://sobrecuriosidades.com/2010/02/01/la-paradoja-de-los-gemelos-y-la-dilatacion-temporal/>)

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 rejuvenecido, mientras que la competencia desleal se vislumbra envejecida, frente a este fenómeno de la economía colaborativa. El derecho de la libre competencia, con una visión moderna, ve con buenos ojos este fenómeno, mientras que la competencia desleal parece haber sido alcanzada por la vejez de sus conceptos, pese a ser un mediante cativa puesto que es transferible y de hecho se ha transferido a los consumidores os costos de transacciambas dara en tárea que hace relativamente poco evolucionó en ellos.

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 más 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, para que sean aprovechadas por los consumidores. Con ello, se permite que estos hagan un uso más eficiente de sus recursos, pues los convierten en activos productivos que dinamizan el mercado y generan nuevos ingresos.

Además, la economía colaborativa es una clara evolución del capitalismo, pues nos muestra cómo la fuerza del mercado puede superar las normas jurídicas establecidas, que se convierten en una fuerte 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 transferir estos ahorros a los consumidores y, de esa forma, 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 mercado 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, fundamentada en la menor intervención del Estado, 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 entrada, como los cupos en el sector transportador o los requisitos habilitantes de los alojamientos, ya que es preciso entender que los mercados son inteligentes y llevan a que, en un periodo determinado, solo existan los oferentes necesarios para satisfacer las necesidades de los demandantes.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, SILVIA. Competencia desleal.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. Apuntes de derecho mercantil.
- BID, Ministerio de Economía y Competitividad de España y otros. Economía colaborativa en Latinoamérica.
- BORK, ROBER. The Antitrust paradox.
- CAÑIGUERAL, ALBERT. Los retos de la economía colaborativa. Disponible en internet: 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.
- DE SOTO, GHERSI y GHIBELLINI. El otro sendero. Lima: Instituto Libertad y Democracia. Editorial Oveja Negra, 1987.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. La regulación de la economía colaborativa. Disponible en internet: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54302/112244.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- GHERSI, ENRIQUE. El costo de la legalidad.
- MENÉNDEZ, 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. Resolución 31714 de 2003.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1 de 2010.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1050 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1451 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1462 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 173 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 175 de 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 2 de 2006.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 3297 del 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 387 de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 393 de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 4230 del 2012.

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